

***DOCTRINA  
DE LA  
ABOGACÍA GENERAL  
DEL ESTADO  
EN MATERIA PORTUARIA***

TOMO II

**Edita:**  
**Organismo Público Puertos del Estado**  
*Asesoría Jurídica*  
*Asesoría Corporativa*

**Imprime:**  
Grupo Diario Imprenta, S.L.

**Depósito Legal:**  
M-7586-2018

2ª Edición: 2017

## ÍNDICE GENERAL

<b>X.- DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO ESTATAL</b> _____	19
<b>X.1) DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO. ESPACIOS Y USOS PORTUARIOS</b> ____	19
<b>X.2) UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO ESTATAL         (AUTORIZACIONES Y CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO)</b> __	69
<b>XI.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS</b> _____	377
<b>XII.- RÉGIMEN DE GESTIÓN DE LOS TRABAJADORES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORTUARIO DE MANIPULACIÓN DE MERCANCÍAS (ESTIBA Y DESESTIBA)</b> _____	421
<b>XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)</b> _____	461
<b>XIV.- RÉGIMEN DE POLICÍA</b> _____	801
<b>XV.- OTROS</b> _____	851

## X.- DOMINIO PUBLICO PORTUARIO ESTATAL

### X.1.- DOMINIO PUBLICO PORTUARIO. ESPACIOS Y USOS PORTUARIOS

- 92.- Informe sobre delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y las Autoridades Portuarias respecto de la zona II (aguas exteriores) de los puertos y los espacios de la zona marítimo terrestre adyacentes. Concesiones en dichos espacios y vertidos procedentes \_\_\_\_\_ 19  
**A.G. MEDIO AMBIENTE 1/98**
- 93.- Informe solicitado por la Dirección General de Costas sobre legalidad y efectos de una Orden del Ministerio de Fomento por la que se modifica el Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Ferrol \_\_\_\_\_ 36  
**A.G. MEDIO AMBIENTE 2/00**
- 94.- Informe sobre tramitación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios (artículo 96 de la Ley 48/2003, hoy 69 del TRLPEMM) \_\_\_\_\_ 47  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 69/07**
- 95.- Informe sobre necesidad de sometimiento previo de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios a evaluación ambiental (artículo 69 TRLPEMM) \_\_\_\_ 53  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 77/12 (R-604/12)**
- 96.- Informe sobre competencia para autorizar instalaciones de generación de energía eólica en la zona de aguas de los puertos de interés general ubicados en la Comunidad Autónoma de Canarias \_\_\_\_\_ 60  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 109/13 (R-1056/2013)**
- 97.- Informe sobre la inclusión de la zona portuaria del puerto de Ibiza dentro del conjunto histórico-artístico de la ciudad de Ibiza \_\_\_\_\_ 63  
**A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/14 (R-447/14)**

### X.2.- UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO ESTATAL (AUTORIZACIONES Y CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO)

- 98.- Informe sobre el régimen jurídico de las concesiones administrativas sobre puertos con la redacción original de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. \_\_\_\_\_ 69  
**A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 6/95**
- 99.- Informe sobre la declaración de lesividad de un acuerdo de una Autoridad Portuaria por el que se amplía una concesión de dominio público portuario \_\_\_\_ 74  
**A.G. FOMENTO 5/04**
- 100.- Informe sobre la declaración de lesividad de un acuerdo de una Autoridad Portuaria por el que se dispuso la extinción por mutuo acuerdo de una concesión de dominio público portuario \_\_\_\_\_ 84  
**A.G. FOMENTO 6/04**
- 101.- Informe sobre modificación de concesiones demaniales en un puerto. \_\_\_\_\_ 96  
**A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 13/05**
- 102.- Informe sobre la inclusión, en un supuesto de rescate de una concesión, del importe abonado por el licitador- adjudicatario en concepto de “mayor precio de la concesión”. Análisis de la figura del rescate de las concesiones \_\_\_\_ 110  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 83/06**
- 103.- Informe sobre la naturaleza sustancial o no de la modificación concesional consistente en la aprobación por la Autoridad Portuaria del arrendamiento de una porción de dominio público portuario objeto de la concesión. \_\_\_\_\_ 117  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 80/06**

104.- Informe sobre la posibilidad de construir una planta para la recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por buques en terrenos ocupados por una concesión. _____	126
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 7/07</b>	
105.- Informe sobre la transmisión de una concesión portuaria de la que es titular una sociedad absorbida por otra encontrándose esta última en causa de caducidad de la concesión. _____	133
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/07</b>	
106.- Informe sobre el modelo de documento a suscribir por una empresa pública autonómica con terceros para la construcción y explotación de determinadas inmuebles en la zona portuaria. _____	145
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 21/07</b>	
107.- Informe sobre la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, a determinadas concesiones otorgadas por una Autoridad Portuaria. _____	151
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 65/07</b>	
108.- Informe sobre el régimen de tramitación medioambiental de una concesión de dominio público portuario para la instalación de una terminal de graneles líquidos. _____	166
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 5/08</b>	
109.- Informe sobre la solución que debe darse al supuesto de una concesión portuaria por 30 años en la que, por causa no imputable al mismo, el concesionario no ha podido ejercer su derecho concesional durante los 10 primeros años. _____	176
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/08</b>	
110.- Informe sobre la procedencia de declarar la caducidad de una concesión de dominio público portuario otorgada a favor de una sociedad participada al 50% por un Ayuntamiento y una Autoridad Portuaria _____	182
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 22/08</b>	
111.- Informe sobre la posibilidad de ejecución de las obras de un Centro de Promoción de Actividades y sobre la procedencia del otorgamiento de una concesión _____	191
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 156/08</b>	
112.- Informe sobre posible revisión de un acuerdo de la Autoridad Portuaria por el que se modifica una concesión demanial sin exigirse declaración de impacto ambiental _____	201
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 98/09</b>	
113.- Informe sobre la consideración o no de la concesión otorgada a un club náutico para la construcción de obras de atraque y plataforma para servicios náutico-deportivos como una concesión de interés relevante o estratégico a efectos de la prórroga del artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003. ____	215
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 23/09</b>	
114.- Informe sobre la procedencia de la aplicación de las previsiones en materia de prórroga de las concesiones del artículo 107.2 de la Ley 48/2003 a una concesión para la ocupación de una zona de dominio público. _____	221
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/11(R-146/11)</b>	
115.- Informe sobre determinadas operaciones de división y transmisión de unas concesiones derivadas de una concesión inicial _____	226
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 73/12(R-509/12)</b>	

116.- Informe sobre los requisitos para otorgar una prórroga de una concesión portuaria _____	230
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 97/12 (R-857/12)</b>	
117.- Informe sobre la procedencia de autorizar la ocupación de una superficie de dominio público portuario mediante la suscripción de un convenio con una entidad dependiente de una Comunidad Autónoma. _____	236
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 130/12 (R-1150/12)</b>	
118.- Informe acerca del seguro de caución como modalidad que puede adoptar la garantía de explotación de las concesiones otorgadas en el dominio público portuario. _____	246
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/13 (R-3/2013)</b>	
119.- Informe sobre determinadas cuestiones relacionadas con la renuncia de la concesión del dominio público portuario otorgada en el año 2006 a una empresa con destino a planta de fabricación de polifosfatos, pigmentos y actividades complementarias de éstas. _____	251
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 6/2013 (R-187/13)</b>	
120.- Informe sobre el plazo de duración de las autorizaciones demaniales. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, las autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario con bienes muebles e instalaciones desmontables o sin ellos no pueden superar, incluidas las prórrogas, el plazo de tres años. _____	264
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 7/13 (R-191/2013)</b>	
121.- Informe sobre el plazo de la concesión otorgada a una sociedad en el puerto de Barcelona. Análisis del alcance de la disposición transitoria cuarta, apartados uno, dos.1 y cinco de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante respecto a concesiones otorgadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esa Ley y por plazo superior a 30 años. _____	271
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 95/13 (R-949/2013)</b>	
122.- Informe sobre la posición jurídica del concesionario y del cesionario de uso de las concesiones sobre el dominio público portuario. _____	283
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 16/14 (R-263/14)</b>	
123.- Informe sobre cancelación de un aval bancario constituido en garantía de las obligaciones contraídas por el otorgamiento de una concesión portuaria. _____	297
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 21/14 (R-752/14)</b>	
124.- Informe sobre la posibilidad de conceder a una entidad la prórroga de una concesión otorgada a la misma para construir una zona deportiva en la zona de servicio del puerto, permitiendo el uso hotelero del que dispone en la actualidad. _____	301
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 17/14(R-716/14)</b>	
125.- Informe sobre diversas cuestiones relativas a la concurrencia de la legislación portuaria y la del sector eléctrico en materia de ocupación de dominio público por líneas aéreas eléctricas de alta tensión. _____	306
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 56/14(R-774/14)</b>	

126.- Informe sobre interpretación de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM, en la redacción dada a la misma por la Ley 18/2014, de 15 de octubre y, en particular, sobre la posibilidad de otorgar la prórroga que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM a las concesiones anteriores a la Ley 27/1992. _____	316
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 9/15 (R-106/15)</b>	
127.- Informe sobre la posible prórroga excepcional de las concesiones portuarias otorgadas al “Club del Mar de Mallorca” en la zona de servicios del puerto de Palma. _____	323
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/15 (R-105/15)</b>	
128.- Informe sobre la solicitud de modificación de una concesión otorgada por la Autoridad Portuaria de Baleares y formulada por la entidad “Solvagaray Marítima, S.L.” para adaptar el proyecto constructivo de la concesión a la interpretación de las previsiones del Plan Especial de la isla de Formentera _	331
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 17/15 (R. 139/15)</b>	
129.- Informe sobre la reversión de obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario en los supuestos de prórroga del plazo concesional _____	337
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 86/15 (R-745/15)</b>	
130.- Informe sobre compatibilidad entre ampliación del plazo inicial de las concesiones portuarias con las prórrogas solicitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio _____	341
<b>A.G.-ENTES PÚBLICOS 18/16 (R-174/16)</b>	
131.- Informe sobre la valoración de la lámina de agua del puerto de Vigo en ejecución de sentencia _____	347
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 21/16 (R-195/16)</b>	
132.- Informe sobre la constitución de hipoteca sobre una concesión portuaria. ____	351
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 58/16 (R – 508/2016)</b>	
133.- Informe sobre la preferencia de atraque reconocida a algunos concesionarios en espacios no incluidos en el ámbito de la concesión. _____	356
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 45/2016 (R – 416/2016)</b>	
134.- Informe sobre eventual limitación para la participación en un expediente de competencia de proyectos. _____	363
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 72/16 (R-589/2016)</b>	

## XI.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS

135.- Informe sobre la posibilidad de contratar con tercero la gestión indirecta de un Centro de Coordinación de Servicios Marítimos Portuarios de un puerto a la vista de un convenio de colaboración suscrito ente la Autoridad Portuaria y SASEMAR _____	377
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 2/99</b>	
136.- Informe sobre competencias de las Autoridades Portuarias en materia de extinción de incendios producidos en la zona de servicio de los puertos. ____	384
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 11/03</b>	
137.- Informe sobre la posibilidad de adjudicar conjuntamente mediante un único pliego la explotación en régimen de concesión de dominio público una dársena de embarcaciones menores de un puerto y la prestación de servicios generales de dicho puerto. _____	391
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/05</b>	

- 138.-** Informe sobre pliego de condiciones para la prestación del servicio concesional de distribución de energía eléctrica en la dársena de un puerto. \_\_\_\_\_ 397  
**A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 6/08**
- 139.-** Informe acerca de quiénes pueden ser titulares de las licencias de prestación de servicios portuarios de acuerdo con lo prevenido en el artículo 109.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre. \_\_\_\_\_ 406  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 55/13 (R-546/2013)**
- 140.-** Informe sobre la aprobación de los límites geográficos para la prestación del servicio portuario de practicaaje en el puerto de Valencia. \_\_\_\_\_ 414  
**A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 14/16 (R-205/2016)**

## **XII.- RÉGIMEN DE GESTIÓN DE LOS TRABAJADORES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORTUARIO DE MANIPULACIÓN DE MERCANCÍAS (ESTIBA Y DESESTIBA)**

- 141.-** Informe sobre la necesidad o no para los concesionarios del servicio público de estiba y desestiba de buques de obtener licencia municipal para el ejercicio de su actividad y para la instalación de cintas transportadoras. \_\_\_\_\_ 421  
**A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 5/98**
- 142.-** Informe sobre convocatoria de huelga por la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios. \_\_\_\_\_ 434  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 95/06**
- 143.-** Informe sobre la legalidad del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria \_\_\_\_\_ 439  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 62/07**
- 144.-** Informe sobre acuerdo transaccional entre la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de la Luz y Las Palmas y la Autoridad Portuaria de Las Palmas. \_\_\_\_\_ 450  
**A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 32/14(R-1052/14)**
- 145.-** Informe sobre la compatibilidad con el derecho europeo de las bases de reforma legal propuestas por los sindicatos a fin de ejecutar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, en relación con la gestión de trabajadores destinados a la prestación del servicio de manipulación de mercancías. \_\_\_\_\_ 453  
**AUEI/MAEC/143/15**

## **XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)**

- 146.-** Informe sobre la procedencia de declarar lesivas a los intereses públicos varias liquidaciones practicadas por la antigua Junta de Obras del Puerto en aplicación de la tarifa G-3 exigible por la prestación de servicios generales. \_\_\_\_\_ 461  
**A.G. VARIOS 25/94**



147.- Informe sobre las condiciones y el procedimiento de aplicación del artículo 48. 2 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (hoy 172.3 y 249 del TRLPEMM) que faculta a las Autoridades Portuarias para suspender temporalmente la prestación de servicios portuarios en caso de impago reiterado de las tarifas. _____	470
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 6/97</b>	
148.- Informe sobre la procedencia de pago de un canon exigido por una Autoridad Portuaria a diversos servicios de la Administración del Estado por la ocupación de locales sitios en la zona de servicio del puerto y construidos con cargo a los presupuestos de la propia Autoridad Portuaria, sin subvención alguna. _____	478
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 2/98</b>	
149.- Informe sobre diversas cuestiones relativas a las liquidaciones practicadas y a practicar por el antiguo canon de ocupación del dominio público en terrenos de la zona de servicio del puerto. Alcance y efectos de la sentencia anulatoria de una Orden de valoración. _____	487
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 16/99</b>	
150.- Informe sobre diversas cuestiones relativas al canon que, en su caso, deba satisfacer la Dirección General de la Guardia Civil por la ocupación de un local situado en la zona de servicio de un puerto. _____	500
<b>A.G. INTERIOR 2/00</b>	
151.- Informe sobre criterios a seguir para el pago de intereses a abonar por la anulación de liquidaciones de tarifas portuarias en cuanto a la legitimación para recibir el pago. _____	510
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 6/05</b>	
152.- Informe sobre la posibilidad de exigir, por parte de la Autoridad Portuaria, la devolución de lo abonado por ella en concepto de intereses de demora a quienes se giraron liquidaciones por tarifas portuarias, anulada por resoluciones judiciales y administrativas firmes. _____	525
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 4/06</b>	
153.- Informe sobre posible nulidad de pleno derecho de un acuerdo del Consejo de Administración de una Autoridad Portuaria por el que se compensó el incremento del canon de ocupación y aprovechamiento del dominio público portuario con la declaración de exención (o tasa de cuantía cero) del canon de actividades comerciales e industriales _____	543
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 65/07</b>	
154.- Informe sobre la posibilidad de exigir a la Administración del Estado las tasas devengadas por la estadía en puerto de un buque declarado en situación de abandono. _____	558
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 27/08</b>	
155.- Informe sobre determinadas cuestiones relacionadas con la exigibilidad del antiguo canon de prestación de servicios al público y desarrollo de actividades industriales, actualmente tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios. _____	565
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 13/08</b>	
156.- Informe sobre la necesidad de aprobación por la Autoridad Portuaria de las tarifas a exigir a los usuarios por parte de una entidad concesionaria de un puerto deportivo. _____	579
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/09</b>	

157.- Informe sobre el método de cálculo de los costes de construcción de instalaciones portuarias a los efectos de la exacción de la tasa de ocupación del dominio público portuario. _____	583
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 71/09</b>	
158.- Informe sobre las diversas situaciones que pueden originarse tras las sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999. _____	587
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 106/09</b>	
159.- Informe sobre declaración de lesividad de un título concesional por el que se determina el régimen al que ha de someterse la liquidación en concepto de tasa por ocupación privativa del dominio público portuario y las liquidaciones de las que trae causa. _____	598
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 122/09</b>	
160.- Informe sobre nulidad de pleno derecho de liquidaciones por tarifas portuarias giradas al amparo del artículo 70 de la Ley 27/1992, declarado inconstitucional por Sentencias del TC 102/05 y 121/05. _____	606
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 23/10</b>	
161.- Informe sobre recursos “per saltum” formulados ante el Ministerio de Fomento solicitando la nulidad de ciertas liquidaciones por tarifas portuarias giradas al amparo de diversas Órdenes Ministeriales declaradas nulas. _____	618
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 38/10</b>	
162.- Informe sobre la aplicación de las previsiones relativas al procedimiento de liquidación de las tasas portuarias contenidas en la Ley 33/2010, que introduce un nuevo sistema de gestión de las tasas portuarias basado en la autoliquidación. _____	626
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 87/2010 (R-1179/10)</b>	
163.- Informe sobre la aplicación del nuevo régimen establecido en la Ley 33/2010 para las tasas de ocupación y actividad en relación con las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor. _____	630
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 2/11 (R-95/11)</b>	
164.- Informe acerca del sujeto pasivo sustituto de la tasa de la mercancía regulada en el artículo 15 de la Ley 48/2003, en la redacción de la Ley 33/2010 _____	639
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 5/11 (R-124/11)</b>	
165.- Informe sobre las consecuencias jurídicas del archivo de unos procedimientos de revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de una Autoridad Portuaria sobre exención del canon de ejercicio de actividades industriales y comerciales. _____	646
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 27/11 (R-1881/11)</b>	
166.- Informe sobre la procedencia de la liquidación de tasas portuarias y merced arrendaticia por la ocupación de bienes de dominio público portuario y de bienes patrimoniales de una Autoridad Portuaria _____	657
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 66/11 (R-819/11)</b>	
167.- Informe sobre ejecución de una sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que condena a la Administración a la devolución al recurrente del importe de la cantidad satisfecha en concepto de tarifas portuarias. _____	672
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 107/11 (R-1426/11)</b>	

168.- Informe sobre la aplicación a un Consorcio de Zona Franca de las bonificaciones establecidas en los artículos 181.1.b) y 181.1.d) del TRLPEMM. _____	680
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/12 (R-540/12)</b>	
169.- Informe sobre ejecución de sentencias firmes de un Tribunal Superior de Justicia en recurso por inactividad de las Autoridades Portuarias en relación con las obligaciones derivadas de un convenio suscrito entre Puertos del Estado y una empresa sobre tarifas portuarias. _____	685
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 76/12 (R-569/12)</b>	
170.- Informe sobre la aplicación de determinadas exenciones y bonificaciones de tasas portuarias a los clubes náuticos, así como sobre el procedimiento oportuno para la obtención de concesiones de dominio público portuario de dársenas e instalaciones náutico-deportivas por parte de aquéllos _____	694
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 52/13 (R-542/2013)</b>	
171.- Informe sobre la procedencia de aplicar al Consorcio Valencia 2007 la bonificación a la cuota de la tasa de ocupación prevista en la letra c) del artículo 181 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. _____	701
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 8/14(R-166/14)</b>	
172.- Informe sobre la cuantía a satisfacer en concepto de tasas portuarias de ocupación y actividad derivadas de un convenio interadministrativo suscrito entre la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz y el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz. _____	712
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/14(R-446/14)</b>	
173.- Informe sobre declaración de lesividad de una resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia relacionada con la exención del pago de la tasa de actividad. _____	717
<b>A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 21/14(R-693/14)</b>	
174.- Informe sobre posible estimación de un recurso de reposición contra determinadas providencias de apremio de liquidaciones giradas en concepto de tasas portuarias. _____	724
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 27/14 (R-981/14)</b>	
175.- Informe sobre la posibilidad de compensar los incrementos de las tasas de ocupación por nuevas valoraciones de los terrenos o aguas portuarios con las mejoras de las tasas que se liquidan en ese mismo título administrativo. _____	728
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 8/15 (R-92/15).</b>	
176.- Informe sobre la exigencia de la tasa de ocupación y de la tasa de actividad por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa al Concello de Villagarcía por la instalación en dominio público portuario de un emisario submarino de aguas residuales procedente de una depuradora. _____	734
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/15 (R-120/15)</b>	
177.- Informe sobre el órgano competente para incoar, tramitar y resolver un expediente de declaración de lesividad de un acuerdo dictado por el Director de una Autoridad Portuaria sobre devolución de un ingreso indebido en concepto de tarifa portuaria. _____	744
<b>A.G. ENTES PÚBLICOS 41/15 (R-393/15)</b>	

178.- Informe sobre la posible declaración de lesividad de la resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería por el que se autorizó el pago a X, S.A. de una determinada cantidad en concepto de tarifas portuarias. _____	751
<b>A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 14/15 (R-453/15)</b>	
179.- Informe sobre posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la JCA de la regla 18ª de la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas que regula la tasa de ocupación de una concesión demanial con destino a reparaciones navales y mecánico-eléctricas. _____	762
<b>A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 26/15 (R-826/15)</b>	
180.- Informe sobre posible exención de la tasa de ocupación del dominio público portuario en una concesión otorgada a la fundación de una Universidad. _____	772
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 25/15 (R-869/2015)</b>	
181.- Informe sobre posible declaración de lesividad de resolución que reconoce el derecho a obtener la devolución del ingreso indebido correspondiente a la tarifa portuaria T-3 por prescripción de tal derecho. _____	785
<b>A.E. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 14/16 (R-300/2016)</b>	

#### XIV.- RÉGIMEN DE POLICÍA

182.- Informe sobre la posibilidad de que la Autoridad Portuaria someta a controles preventivos de alcoholemia a su propio personal y al de las empresas que operan en la zona portuaria. _____	801
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/05</b>	
183.- Informe sobre la procedencia de que una Autoridad Portuaria contrate un servicio de vigilancia privada. Alcance de los artículos 57 y 59 en relación con la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003. _____	825
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 12/05</b>	
184.- Informe sobre la posibilidad de que la policía portuaria asuma tareas de control de viajeros y equipajes en los recintos portuarios como funciones propias y no como auxiliares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. _____	833
<b>ENTES PÚBLICOS 8/06</b>	
185.- Informe sobre el destino que deban seguir las hipotecas, cargas y gravámenes constituidos sobre buque cuando, por haber sido declarados en situación de abandono, se disponga su enajenación. _____	842
<b>A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 29/14 (R-1017/14)</b>	

## XV.- OTROS

- 186.-** Informe sobre la procedencia de trasladar a la Comunidad Autónoma copia de un informe emitido por la OLAF a propósito de la investigación realizada sobre el proyecto de ampliación del puerto de Gijón, financiado por el Fondo de Cohesión. \_\_\_\_\_ 851  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 21/14 (R-366/14)**
- 187.-** Informe sobre calificación jurídica del “Convenio para la puesta en marcha de la Autopista del Mar entre los puertos franceses de Nantes/Saint Nazaire y Le Havre y los puertos españoles de Vigo y Algeciras.” \_\_\_\_\_ 856  
**A.G. FOMENTO 5/15 (R-765/15)**
- 188.-** Informe sobre la asunción de costes de las reparaciones necesarias en la nave del Programa Mundial de Alimentos de la ONU en el puerto de Las Palmas. \_\_\_\_\_ 859  
**A.G. ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACIÓN 7/15 (R-737/15)**
- 189.-** Informe sobre si cabe entender estimada por silencio administrativo positivo una licencia de funcionamiento solicitada por una empresa para la actividad que desarrolla en la terminal de Puerto Seco S.A. \_\_\_\_\_ 862  
**A.G. ENTES PÚBLICOS 93/15 (R-810/15)**



# **X.- DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO ESTATAL**





## **X.- DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO ESTATAL**

### **X.1.- DOMINIO PUBLICO PORTUARIO. ESPACIOS Y USOS PORTUARIOS**

#### **92.- Informe sobre delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y las Autoridades Portuarias respecto de la zona II (aguas exteriores) de los puertos y los espacios de la zona marítimo terrestre adyacentes. Concesiones en dichos espacios y vertidos procedentes.**

##### **Resumen**

Consulta sobre la delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y las Autoridades Portuarias (A.P.) respecto de la zona II (aguas exteriores) de los puertos y los espacios de la zona marítimo-terrestre (ZM-T) adyacentes, concesiones en dichos espacios y vertidos procedentes de obras portuarias. Conclusiones: A) En tanto no se afecten, en su caso, al servicio portuario, los espacios de las playas y ZM-T están sometidos a la competencia de la D.G. de Costas, respecto a la gestión y policía del dominio público. Corresponden, en cambio, tales competencias a las A.P. en relación con la zona II de los puertos; B) Los proyectos de obras de infraestructura portuaria que producen la transformación física de la zona II no requieren concesión de la D.G. de Costas, sino, en su caso, la elaboración de un estudio de impacto ambiental (art. 21.2 LPMM); C) Competencia para autorizar vertidos de productos de obras portuarias de dragado (Comunidades Autónomas o Capitanías Marítimas, según los casos) y para otorgar concesiones demaniales sobre la ZM-T al respecto (D.G. de Costas); D) Revisión de la declaración de impacto ambiental favorable al proyecto de las obras a que se refiere la consulta: sólo podría realizarse mediante recurso contencioso-administrativo contra el acto de aprobación del proyecto (por la A.P. o por Puertos del Estado), ya que aquella declaración no es susceptible de impugnación autónoma.

**Ref.:** A.G.MEDIO AMBIENTE 1/98

**Fecha:** 7 de abril de 1998

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel

#### **Texto del Informe**

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y las Autoridades Portuarias respecto de la zona II de los puertos y los espacios de playa y zona marítimo-terrestre adyacentes, concesiones existentes en los referidos espacios, obras que supongan la transformación física de la zona II de los puertos y vertidos procedentes de obras portuarias de dragado en espacios del dominio público marítimo-terrestre. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, esta Dirección General tiene el honor de informar cuanto sigue.

#### **ANTECEDENTES**

- 1) Con ocasión del comienzo de las obras de "Prolongación del Dique de Levante del Puerto de Málaga" y ante los daños que con tal motivo pudieran causarse a la playa de Poniente de la misma ciudad, la Dirección General de Costas, en escrito fechado el 18 de junio de 1997, expuso a la Autoridad Portuaria de Málaga los graves perjuicios que previsiblemente

causarían a la aludida playa las mencionadas obras, así como la falta de informe de la citada Dirección General para la aprobación o modificación del plan de utilización de los espacios portuarios, requisito previo, a juicio de aquel Centro, a cualquier alteración de las zonas I y II del Puerto de Málaga.

- 2) La Autoridad Portuaria de Málaga contestó, el 30 de junio siguiente, que, al no existir plan de utilización de los espacios portuarios, las obras podían realizarse en las superficies de agua comprendidas en las zonas I y II y que, sometido el proyecto de las obras de remodelación del puerto de Málaga a procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente dictó, el 31 de julio de 1996, resolución por la que se declaró el aludido proyecto ambientalmente viable.
- 3) Mediante escrito de 14 de enero de 1998, la Dirección General de Costas solicitó a la Autoridad Portuaria de Málaga la paralización de los vertidos de productos procedentes de obras de dragado en zonas de mar abierto exteriores al puerto así como de las obras de habilitación, como muelle de carga y descarga de las embarcaciones utilizadas para la ejecución de las obras del puerto, de un espigón situado en el extremo oriental de la playa de "Poniente" o de "La Misericordia" y a una distancia aproximada de cuatro kms. de las instalaciones portuarias. El referido espigón se construyó en virtud de una concesión otorgada el 27 de diciembre de 1958 por la antigua Dirección General de Puertos y Señales Marítimas que tiene por objeto la ocupación de una parcela de 600 metros cuadrados en la zona marítimo-terrestre para la construcción de una toma de agua de mar para refrigeración de una central térmica propiedad de la "Compañía Sevillana de Electricidad, S.A."
- 4) La Autoridad Portuaria de Málaga contestó al anterior requerimiento, manifestando que los vertidos se efectúan al amparo de una autorización otorgada por la Capitanía Marítima, según lo dispuesto en los artículos 62.2 y 21.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y que, en relación con las obras realizadas en el espigón construido al amparo de la concesión administrativa reseñada en el apartado anterior, dicha concesión recae, según un informe del Servicio Jurídico del Estado en Málaga, fechado el 14 de noviembre de 1997 y del que obra copia en los antecedentes remitidos, sobre el dominio público portuario, correspondiendo, en consecuencia, la gestión del aludido dominio público a la Autoridad Portuaria de Málaga que autorizó la ejecución de las mencionadas obras.
- 5) La Dirección General de Costas, discrepando del criterio mantenido por el Servicio Jurídico del Estado en Málaga, solicita informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre las siguientes cuestiones:
  - "1.- Delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y las Autoridades Portuarias sobre las denominadas zona II de los Puertos y los espacios de playa y zona marítimo-terrestre adyacentes.
  - 2.- A quién corresponde el ejercicio de las competencias de tutela, control y vigilancia sobre las playas y zona marítimo-terrestre colindante con las zonas II de los Puertos, incluidas las concesiones existentes en ellas y muy específicamente en relación con la concesión otorgada a la Cía. Sevillana de Electricidad para toma de aguas de refrigeración de la Central Térmica.
  - 3.- Si la Autoridad Portuaria puede proceder a la transformación física de la zona II (agua) mediante la construcción de obras sin autorización, concesión o informe de esta Dirección General de Costas y efectos jurídicos de tal actuación.
  - 4.- Autoridad competente para autorizar el vertido de productos dragados procedentes del puerto en espacios de dominio público marítimo-terrestre no portuarios.
  - 5.- En los supuestos contemplados, procedimientos jurídicos que debe utilizar esta Dirección General de Costas para evitar los daños que se están produciendo en la playa de Poniente

de Málaga a consecuencia de las obras emprendidas por la Autoridad Portuaria, tanto como consecuencia de la ampliación del Dique de Levante como de la transformación en muelle del espigón de la Central Térmica construido sobre la playa, al haberse ya agotado las vías pacíficas de comunicaciones y requerimientos”.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La adecuada resolución de las cuestiones planteadas en el escrito de consulta exige hacer una consideración previa sobre la relación entre el dominio público portuario y el dominio público marítimo-terrestre y las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha relación.

La situación geográfica de los puertos marítimos hace inevitable, por obvias razones, que queden afectados a la prestación del servicio público portuario y, por tanto, integrados en el dominio público portuario, ciertos bienes que forman parte del dominio público marítimo-terrestre definido en el artículo 132.2 de la Constitución y en los artículos 3 a 6 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC). En efecto, la situación y configuración física de los aludidos puertos hace que sea imprescindible que éstos ocupen superficies de agua marítima y de terrenos que por sus características naturales son bienes de dominio público marítimo-terrestre. La anterior exigencia está contemplada en el artículo 14.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), según el cual “se considera dominio público portuario estatal el dominio público marítimo-terrestre afecto a los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal” y, por su parte, la LC califica como bienes de dominio público marítimo-terrestre “los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regularán por su legislación específica” (artículo 4.11).

Así las cosas, puede afirmarse, respecto a los bienes que, integrados constitucional o legalmente en el dominio público marítimo-terrestre (ribera del mar y de las rías, mar territorial y aguas interiores, terrenos ganados al par y desecados en su ribera, etc.: cfr. artículos 132.2 de la Constitución y 3 al 6 de la LC), se afecten a la prestación del servicio público portuario, que la calificación de dichos bienes como bienes del dominio público portuario se superpone a su calificación inicial de bienes de dominio público marítimo-terrestre. Esta superposición de calificaciones jurídicas tiene por consecuencia que los referidos bienes, en tanto se mantengan afectos a la prestación del servicio público portuario, no sigan el régimen jurídico establecido en la LC para el dominio público marítimo-terrestre, sino el régimen jurídico establecido en la LPMM para el dominio público portuario, tal y como dispone el artículo 4.11 de la LC (“...los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regularán por su legislación específica”). Ahora bien, una vez que los mencionados bienes queden desafectados del servicio público portuario y pierdan, por tanto, la condición de bienes de dominio público portuario, resurgirá su calificación de bienes de dominio público marítimo-terrestre que subyacía bajo aquella condición y que permanecía en estado latente, lo cual tendrá por consecuencia, como fácilmente se comprende, que los aludidos bienes habrá de seguir, a partir de su desafectación, el régimen jurídico establecido por la LC. Así lo viene a confirmar el artículo 49.4 de la LPMM que, tras disponer, en su párrafo primero, que “los bienes de dominio público portuario que resulten innecesarios para el cumplimiento de fines de este carácter podrán ser desafectados por el Ministro de Obras Públicas y Transportes, con informe de la Dirección General de Costas a efectos de la protección y defensa del dominio público marítimo-terrestre, previa declaración de innecesariedad por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria y se incorporarán al patrimonio de ésta ...”, establece en su párrafo segundo que “en el caso de que los bienes desafectados conserven sus características naturales de bienes de dominio público marítimo-terrestre, tales como playas o zonas de depósito de materiales sueltos, conforme a lo previsto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, se

incorporarán automáticamente al uso propio del dominio público marítimo-terrestre regulado por dicha Ley”.

Dado que, conforme se ha indicado, la distinta calificación o condición jurídica (dominio público marítimo-terrestre y dominio público portuario) comporta la aplicación de diferentes regímenes jurídicos (régimen de la LC y régimen de la LPMM, respectivamente), debe entenderse que la delimitación de atribuciones entre la Administración competente en materia de dominio público marítimo-terrestre y la Administración competente en materia de dominio público portuario ha de efectuarse en función de la calificación o condición jurídica de los bienes de que se trate, puesto que no cabe duda de que el sistema de atribución de competencias forma parte del respectivo régimen jurídico del dominio público portuario y del dominio público marítimo-terrestre.

Así, y por lo que se refiere al dominio público marítimo-terrestre, el artículo 206.1 del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, aprobado por el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, (RGLC) establece, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 113 de la citada Ley, que “las competencias que la Ley de Costas y el presente Reglamento atribuyen a la Administración del Estado serán ejercidas por los Departamentos ministeriales correspondientes, a través de la estructura administrativa que se determine en sus disposiciones orgánicas respectivas”, precepto que ha de ser completado con lo dispuesto por el Real Decreto 1894/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Medio Ambiente, cuyo artículo 4 encomienda a la Dirección General de Costas, bajo la supervisión del Secretario de Estado de Aguas y Costas, las siguientes funciones:

- “a) La determinación del dominio público marítimo-terrestre mediante el procedimiento de deslinde, así como la adopción de las medidas necesarias para asegurar su integridad y adecuada conservación.
- b) La gestión y tutela del dominio público marítimo-terrestre, así como su policía y la de las servidumbres legales de su competencia.
- c) La realización, supervisión y control de estudios, proyectos y obras de defensa, protección y conservación de los elementos que integran el dominio público marítimo-terrestre y, en particular, los de creación, regeneración y recuperación de las playas.
- d) La dirección funcional de las Demarcaciones y Servicios Provinciales de Costas.
- e) En general, el ejercicio de las restantes competencias que atribuye al Departamento la normativa vigente en materia de costas”.

Por lo que se respecta al dominio público portuario, las competencias para la gestión del mismo se residencian en la respectiva Autoridad Portuaria. Así, el artículo 54.1, párrafo segundo, de la LPMM dispone que “la atribución de competencias en materia de gestión del dominio público marítimo-terrestre efectuada en favor de diferentes órganos de la Administración del Estado se entenderá hecha a las Autoridades Portuarias correspondientes respecto del dominio público portuario estatal”; más particularmente, el artículo 37.1 de la LPMM, según redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de aquella, encomienda a las Autoridades Portuarias, entre otras funciones que no son del caso, la ordenación de los usos de la zona de servicio del puerto, la planificación y programación de su desarrollo, el proyecto y construcción de las obras del puerto, el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público portuario, la elaboración y actualización de censos y registros de usos de dicho dominio, la vigilancia del cumplimiento de las cláusulas y condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones, la aplicación del régimen sancionador y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección y ordenada gestión del dominio público portuario.

Pues bien, aplicando las consideraciones precedentes al tema de la delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y las respectivas Autoridades Portuarias en relación con las zonas II de los puertos, es obligado, según lo dicho, determinar si las referidas zonas tienen o no la condición de pertenencias del dominio público portuario.

El artículo 15 de la LPMM dispone en su apartado 1 que “el Ministerio de Obras Públicas y Transportes delimitará en los puertos de competencia estatal una zona de servicio que incluirá las superficies de tierra y de agua necesarias para la ejecución de sus actividades, las destinadas a tareas complementarias de aquéllas y los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria”, y, a su vez, y por lo que atañe a la superficie de agua de la zona de servicio del puerto, el apartado 7 del citado precepto establece lo siguiente:

“La superficie de agua incluida en la zona de servicio se subdividirá en dos zonas:

- Zona I, o interior de las aguas portuarias, que abarcará los espacios incluidos dentro de los diques de abrigo y las zonas necesarias para las maniobras de atraque y de reviro, donde no existan éstos.
- Zona II, o exterior de las aguas portuarias, que abarcará las zonas de entrada, maniobra y posible fondeo, subsidiarias del puerto correspondiente y sujetas a control tarifario de la Autoridad Portuaria”.

A la vista de los preceptos que acaban de transcribirse, la zona II, o exterior de las aguas portuarias, constituye una pertenencia del dominio público portuario. Si los bienes integrados en dicho dominio se definen por su afectación a la prestación del servicio público portuario, no es posible negar la referida calificación jurídica a aquellas superficies de agua (así como de tierra) que, por ser necesarias para la ejecución de las actividades del puerto, según dice el artículo 15.1 de la LPMM, se incluyen, precisamente, en la zona de servicio del puerto, como acontece con la denominada zona II, que, a tenor del citado artículo 15.7 de la LPMM, está destinada a la “entrada, maniobra y posible fondeo” de los buques, es decir, a operaciones propias del servicio o actividad portuaria. En cualquier caso, las dudas que pudieran suscitarse al respecto quedan disipadas por la terminante declaración del artículo 53 de la LPMM, según el cual “pertenecen al dominio público portuario estatal: (...) f) Los espacios de agua incluidos en la zona de servicio de los puertos; zona que comprende la zona II, o exterior de las aguas portuarias (artículo 15.7 de la LPMM).

Así pues, al ser conceptuada la zona II como una pertenencia del dominio público portuario, ha de entenderse que la competencia sobre la misma corresponde, según lo dicho más arriba, a la Autoridad Portuaria respectiva.

Ahora bien, en lo que se refiere a los espacios de playa y zona marítimo-terrestre adyacentes a la zona II del puerto, ha de entenderse que la competencia corresponde a la Dirección General de Costas, salvo en los casos en que los terrenos comprendidos en los referidos espacios fuesen afectados al servicio público portuario, pues en tal caso tendrían la condición de dependencias del demanio portuario.

En efecto, si, conforme se ha indicado, la delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y la Autoridad Portuaria respectiva ha de efectuarse en función de la calificación jurídica (dominio público marítimo-terrestre o dominio público portuario) de los bienes de que se trate, los espacios de playa y de zona marítimo-terrestre (partiendo del concepto de zona marítimo-terrestre y de playa que establece el artículo 3.1, apartados a) y b) de la LC) adyacentes a la zona II del puerto no ostentan por esta sola condición el carácter de dominio público portuario, que sólo tendrán en virtud de su afectación al servicio portuario. Si la LC define el dominio público marítimo-terrestre mediante la enumeración y descripción pormenorizada, por sus características físicas, de los bienes que lo integran (artículos 3 a 6 de la LC), la LPMM hace de la afectación de bienes genéricamente enunciados (terrenos, obras, instalaciones, espacios de agua) al servicio portuario el elemento definidor del dominio público portuario; así el artículo 14.1 de la LPMM conceptúa como bienes del dominio público portuario estatal “las aguas marítimas, terrenos, obras e instalaciones fijas de los puertos;” y el artículo 53 enumera como pertenencias del dominio público portuario estatal “los terrenos, obras e instalaciones fijas portuarias de titularidad estatal afectados al servicio de los puertos;” “los terrenos e instalaciones fijas que las Autoridades Portuarias adquieran mediante compra-

venta, expropiación o por cualquier otro título para el cumplimiento de sus fines, cuando sean debidamente afectados” y “los terrenos, obras e instalaciones fijas de señalización marítima, afectados a las Autoridades Portuarias para esta finalidad”. Es por ello por lo que, aun siendo, según lo razonado, la zona II una pertenencia del dominio público portuario, la circunstancia exclusivamente física de la inmediatividad o contigüidad a la referida zona de ciertos espacios de playa y zona marítimo-terrestre no determina, por sí sola, que dichos espacios tengan la condición de bienes de dominio público portuario; será sólo la afectación al servicio público portuario lo que determinará que aquellos espacios, inicialmente integrados en el dominio público marítimo-terrestre, adquieran la condición de dominio público portuario. Tal es el criterio que, como se ha indicado más arriba, recoge el artículo 14.2 de la LPMM, según el cual “se considera dominio público portuario estatal el dominio público marítimo-terrestre afecto a los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal”.

Así las cosas, y hasta que se produzca su afectación al servicio público portuario, los espacios de playa y de la zona marítimo-terrestre adyacentes a la zona II de los puertos, tienen la condición de bienes de dominio público marítimo-terrestre, correspondiendo, en consecuencia, a la Dirección General de Costas el ejercicio de las competencias que, en relación con dichos espacios, establece la LC.-

- II -

Plantea en segundo lugar el escrito de consulta la cuestión relativa a la titularidad de “las competencias de tutela, control y vigilancia sobre las playas y zona marítima terrestre colindante con la zona II de los Puertos, incluidas las concesiones existentes en ellas y muy especialmente en relación con la concesión otorgada a la Cía. Sevillana de Electricidad para la toma de aguas de refrigeración de la Central Térmica”.

La cuestión de la titularidad de las competencias de tutela, control y vigilancia de las playas y zona marítimo terrestre colindantes con la zona II de los puertos ha quedado, en realidad, examinada con carácter general en el fundamento jurídico precedente.

Si, según se ha indicado, la delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y la Autoridad Portuaria respectiva ha de efectuarse atendiendo a la condición jurídica de los concretos bienes de que se trate, correspondiendo a la citada Dirección General el ejercicio de las potestades y competencias legalmente establecidas en relación con el dominio público marítimo-terrestre y a la Autoridad Portuaria respectiva el ejercicio de las establecidas respecto del dominio público portuario, y dado que, como se ha razonado, los espacios de playa y zona marítimo-terrestre adyacentes o colindantes con las zonas II de los puertos son, salvo que se afectasen al servicio público portuario, dependencias del dominio público marítimo-terrestre, es obligado concluir que, en relación con los referidos espacios, corresponde a la Dirección General de Costas (con la reiterada salvedad) el ejercicio de las competencias enumeradas en el artículo 4.1 del Real Decreto 1894/1996, de 2 de agosto, entre las que se encuentran comprendidas las de tutela, control y vigilancia a que se alude en el escrito de consulta.

Lo propio cabe decir respecto de las concesiones que ocupen exclusivamente terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre adyacentes a la zona II del puerto. Puesto que los aludidos terrenos ostentan la condición de pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, las mencionadas concesiones quedan sujetas al régimen establecido en la LC (artículos 64 a 81) y en el RGLC (artículos 124 a 145), lo que tiene por consecuencia que el ejercicio de las potestades y atribuciones que, por virtud del título concesional, ostenta la Administración del Estado, en cuanto titular del aludido dominio público, frente al concesionario ha de corresponder a la Dirección General de Costas, por ser éste el órgano en que se encuentra radicada, según el artículo 4.1. b) del Real Decreto 1894/1996, de 2 de agosto, la gestión y tutela del dominio público marítimo-terrestre, función en la que deben enten-

derse comprendidas las referidas potestades y atribuciones, ya que, incluyendo la gestión del dominio público marítimo-terrestre el otorgamiento de concesiones, según los artículos 110.b) de la LC y 203 1.b) del RGLC, las potestades de que se trata tienen, precisamente, por causa, la relación jurídica a que da lugar el título concesional.

Mayor dificultad suscita la determinación de la titularidad de las competencias de que se trata respecto de aquellas concesiones cuya base o soporte físico esté constituido conjuntamente por dependencias del dominio público marítimo-terrestre y del dominio público portuario, como es el caso de la concesión de que es titular la “Compañía Sevillana de Electricidad S.A.” en el lugar a que se refiere la consulta.

Según los antecedentes remitidos, la referida concesión se otorgó con la finalidad de construir una toma de agua para la refrigeración de una central térmica de que es titular la mencionada sociedad, consistiendo, esencialmente, las instalaciones construidas a su amparo en un espigón o pantalán que, partiendo de la playa de Poniente o de la Misericordia de Málaga, se adentra en el mar en línea perpendicular a la costa. La concesión ocupa una parcela de 600 metros cuadrados en la zona marítimo-terrestre, encontrándose emplazado el espigón en aguas comprendidas en la zona II de la zona de servicio del puerto de Málaga, según delimitación efectuada por Orden Ministerial de 7 de junio de 1984 (“Zona II.- Es la porción de mar limitada por cuatro líneas; dos de ellas son líneas rectas imaginarias, trazadas en dirección N/S con una longitud de tres millas (5.555 metros), una de las cuales parte del punto extremo de la margen derecha de la desembocadura del brazo más a Poniente del río Guadalhorce y la otra parte del punto extremo de la margen izquierda de la desembocadura del brazo más a Levante del arroyo Gálica; la tercera la línea de costa comprendida entre los dos puntos últimamente citados y la cuarta en una línea recta imaginaria que uno los extremos del lado Sur de las dos líneas primeramente citadas”). En relación con la delimitación de la mencionada zona efectuada por la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 7 de junio de 1984, debe señalarse que, según la disposición adicional primera de la LPMM “en tanto no se proceda a la delimitación prevista en el artículo 15.1, se considerará zona de servicio de los puertos de competencia estatal el conjunto de los espacios de tierra incluidos en la zona de servicio existente a la entrada en vigor de la presente Ley y las superficies de agua comprendidas en las zonas I y II delimitadas para cada puerto a efectos tarifarios, de acuerdo con la normativa vigente”.

Dando por ciertos los datos físicos reseñados, es indudable que la concesión de que se trata se asienta, por una parte, sobre el dominio público marítimo-terrestre, del que ocupa una parcela de 600 metros cuadrados en la zona marítimo terrestre, y, por otra, sobre el dominio público portuario, al tener las aguas de la zona II del puerto, en las que se adentra el espigón, la condición de dependencia del dominio público portuario, según se ha expuesto en el fundamento jurídico I del presente informe. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que la circunstancia de que las instalaciones construidas al amparo de la concesión de que se trata constituyan, orgánica y funcionalmente, un todo unitario no altera la calificación jurídica de los bienes sobre los que se asienta la propia concesión, de forma que ni la parcela de la zona marítimo terrestre a que se ha hecho referencia pasa a integrarse en el demanio portuario ni, a la inversa, la superficie de la zona II en que se encuentra ubicado el espigón pierde su condición de demanio portuario para formar parte del demanio marítimo-terrestre. En efecto, no siendo la concesión título jurídico suficiente para operar la conversión del demanio marítimo-terrestre en demanio portuario o viceversa, ni el demanio portuario puede extenderse, en lo que concierne a la zona II o exterior de las aguas portuarias, más allá de su precisa delimitación ni, según se ha dicho, los espacios de playa o zona marítimo-terrestre adyacentes a la zona II son, por esta sola circunstancia de contigüidad o inmediatidad con la referida zona, demanio portuario, condición que sólo adquirirán en el caso de ser afectados al servicio público portuario.

Así las cosas, aunque en la fecha en que se otorgó la concesión (27 de diciembre de 1958), ésta pudo ser una concesión de dominio público marítimo-terrestre en el supuesto de

que la actual zona exterior de las aguas portuarias no se extendiese hasta el lugar en que se encuentra emplazado el espigón, la circunstancia de que, como consecuencia de la delimitación de la zona II del puerto de Málaga efectuada por la antes citada Orden Ministerial de 7 de junio de 1984, la aludida instalación ocupa una dependencia del demanio portuario obliga a determinar la calificación de la concesión y el régimen que deba seguir, pues las Autoridades Portuarias no podrían ejercer, respecto del dominio público marítimo-terrestre, las competencias que la LPMM les atribuye en relación con el dominio público portuario, ni tampoco la Dirección General de Costas podría efectuar lo propio respecto de una dependencia del demanio portuario, como es la zona II del puerto, o de una instalación que, como en el caso que se examina, se encuentra emplazada en la citada zona.

Pues bien, la adecuada resolución de esta cuestión exigiría, partiendo de la actual delimitación de la zona II del puerto de Málaga, la escisión o división de la concesión de que se trata en una concesión de dominio público marítimo-terrestre, respecto de la parcela de 600 metros cuadrados de la zona marítima terrestre, y una concesión de dominio público portuario, respecto de la superficie de la zona II del puerto ocupada por el espigón o pantalán.

Al ser la concesión demanial el título jurídico que habilita el uso privativo, exclusivo y excluyente de un bien de dominio público, el derecho al aprovechamiento que el referido título atribuye al concesionario y, en definitiva, la concesión misma sólo es posible en la medida en que dicho aprovechamiento sea conforme a la naturaleza y destino del demanio. Pues bien, la distinción misma entre demanio marítimo-terrestre y demanio portuario con la consiguiente sujeción a regímenes jurídicos diferenciados (cfr. artículos 4.11 de la LC y 54.1 de la LPMM) entraña que el derecho al uso y aprovechamiento, y las consiguientes ocupaciones, de bienes de uno y otro demanio tengan que determinarse con arreglo al diferente fin y funcionalidad de cada uno de ellos; por lo tanto, ni podría resolverse sobre el aprovechamiento privativo de un bien de dominio público marítimo-terrestre con arreglo a los criterios que regulan la atribución de ese derecho en la legislación portuaria (cfr. artículo 63.1 de la LPMM), ni, a la inversa, podría otorgarse una concesión sobre el demanio portuario con arreglo a los criterios que informan el régimen de utilización del demanio marítimo-terrestre (cfr. artículo 2.c) de la LC). Partiendo de este planteamiento, en los supuestos en que la realización de una única y misma actividad exija, como soporte físico o material, la ocupación conjunta y simultánea, en virtud de título concesional, de dependencias del demanio marítimo-terrestre y portuario, ha de entenderse que es necesario el otorgamiento de la oportuna concesión de dominio marítimo-terrestre y de la respectiva concesión de dominio público portuario. Este es el criterio que se deduce de la LC, al disponer su artículo 65 que “el otorgamiento de la concesión a que se refiere el artículo anterior no exime a su titular de la obtención de las concesiones y autorizaciones que sean exigibles por otras Administraciones Públicas en virtud de sus competencias en materia de puertos, vertidos u otras específicas”, extendiendo el artículo 130.2 del RGLC esta regla de exigencia de pluralidad de títulos (concesiones o autorizaciones) al supuesto de que la competencia para su otorgamiento esté atribuida no a distintas Administraciones Públicas, sino a distintos órganos de la Administración del Estado (“lo dispuesto en el apartado anterior –en el que se reproduce el artículo 65 de la LC– será también de aplicación a las concesiones y autorizaciones que deban otorgar los Departamentos de la Administración del Estado en virtud de sus respectivas competencias”).

Pues bien, si, a la vista de los preceptos a que se ha hecho referencia, es necesario, en el caso de que el ejercicio de una actividad exija diversos títulos concesionales, la obtención de todos ellos, como acontece en el supuesto de que sea preciso ocupar, conjunta y simultáneamente, dependencias del demanio marítimo-terrestre y del demanio portuario, es razonable entender que, en el caso de haberse otorgado una única concesión que comprenda la ocupación de dependencias de uno y otro demanio, se proceda a su regularización, mediante la escisión de la concesión otorgada en una concesión de dominio público marítimo-terrestre respecto de la ocupación de bienes de esta naturaleza, por una parte, y en una concesión de dominio público portuario respecto de la ocupación de bienes de esta condición, por otra, manteniendo el derecho del concesionario, supuesta la conformidad a la normativa sectorial



correspondiente (legislación de costas y legislación portuaria) del uso y aprovechamiento de unos y otros bienes atribuidos por la concesión única.

Dicho lo anterior y hasta tanto se proceda a la regularización de la concesión de que es titular la “Compañía Sevillana de Electricidad, S.A.” mediante su escisión en una concesión de dominio público marítimo-terrestre respecto de la parcela de 600 metros cuadrados en la zona marítimo-terrestre y en una concesión de dominio público portuario respecto de la superficie de la zona II del puerto de Málaga en que se encuentra emplazado el espigón, la resolución de la cuestión planteada requiere, a juicio de este Centro Directivo, conciliar el orden legal de distribución de competencias sobre la gestión del dominio público marítimo-terrestre y del dominio público portuario que corresponden, respectivamente, a la Dirección General de Costas y a la Autoridad Portuaria de Málaga y los efectos que se derivan de la existencia de una única concesión y que, según los antecedentes remitidos (informe del Servicio Jurídico del Estado en Málaga de 14 de noviembre de 1997), ha venido siendo conceptuada como una concesión de dominio público portuario; así, y según el referido informe, el canon concesional viene satisfaciéndose en la “Pagaduría del Grupo de Puertos de Málaga, Granada y Almería” y, por otra parte, el aludido canon se revisó de acuerdo con la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1987, de valoración de los terrenos de la zona de servicio del puerto de Málaga.

En esta línea de pensamiento, y manteniendo, con carácter provisional y hasta tanto se proceda a la regularización, en los términos indicados, de la concesión de que se trata, el estado de cosas existente, es decir, la conceptualización global y unitaria de dicha concesión como una concesión de dominio público portuario, ha de diferenciarse según se trate de la superficie de la zona II ocupada por el espigón o de la parcela de 600 metros cuadrados de la zona marítimo-terrestre.

Respecto de la primera, debe entenderse, puesto que se trata de una dependencia del demanio portuario, que corresponde a la Autoridad Portuaria de Málaga el ejercicio de todas las competencias que le encomienda la LPMM, incluida la vigilancia del cumplimiento de las condiciones con sujeción a las cuales se otorgó la concesión.

Respecto de la segunda superficie, es decir, la parcela de 600 metros cuadrados en la zona marítimo-terrestre, debe diferenciarse todavía entre las potestades de tutela y policía del demanio marítimo-terrestre que establece la LC y la función de vigilancia del cumplimiento de las condiciones de las concesiones. El ejercicio de las funciones de tutela y policía ha de corresponder a la Dirección General de Costas, puesto que, tratándose de una parcela de la zona marítimo-terrestre, dichas funciones son independientes del título concesional; el ejercicio de las funciones de vigilancia de las condiciones de la concesión debe corresponder, en cambio, dado que están conectadas al título concesional, encontrando en él su origen, a la Autoridad Portuaria de Málaga. No obstante, cabría admitir, en relación con estas últimas funciones, que fuese la Dirección General de Costas la que, materialmente y con la cooperación de la Autoridad Portuaria de Málaga, las ejerciese, sin perjuicio de que, formalmente, los acuerdos que se adoptasen en el ejercicio de estas funciones se dictasen por la Autoridad Portuaria citada, y ello con objeto de conciliar la exigencia que resulta del régimen legal de atribución de competencias sobre el dominio público marítimo-terrestre (que corresponden a la Dirección General de Costas) con la que se deriva de la existencia de un único título concesional conceptualizado, en la práctica administrativa, como concesión de dominio público portuario (competencia de la Autoridad Portuaria de Málaga).

- III -

La tercera cuestión sometida a consulta por la Dirección General de Costas es la de “si la Autoridad Portuaria puede proceder a la transformación física de la zona II (aguas) mediante la construcción de obras sin autorización, concesión o informe de esta Dirección General de Costas y efectos jurídicos de tal actuación”

Puesto que la zona II es, según se ha indicado en el fundamento jurídico I del presente informe, una dependencia del demanio portuario y dado que la gestión del dominio público portuario es competencia de la Autoridad Portuaria respectiva, conforme dispone el artículo 36.d) de la LPMM, el otorgamiento de las autorizaciones y concesiones de que precisen las actuaciones que se realicen en la mencionada zona no puede corresponder a la Dirección General de Costas, sino a la Autoridad Portuaria de que se trate. Así, el artículo 57.1 del citado texto legal establece que “las actividades que se desarrollen en el espacio portuario que no requieran obras o instalaciones de ningún tipo y la ocupación del dominio público portuario con instalaciones desmontables o con bienes muebles, estarán sujetas a previa autorización de la Autoridad Portuaria;” y el artículo 63.1 preceptúa que “la ocupación de bienes de dominio público portuario con obras o instalaciones no desmontables o por plazo superior a tres años, estará sujeta a previa concesión otorgada por la Autoridad Portuaria, de acuerdo con los criterios técnicos que, con carácter general, determine Puertos del Estado.”

Si, por las consideraciones precedentes, queda descartada la competencia de la Dirección General de Costas para el otorgamiento de autorizaciones y concesiones sobre el dominio público portuario y, por tanto, sobre la zona II o exterior de las aguas portuarias, queda por examinar la posible exigencia de informe de la aludida Dirección General para la realización de obras que den lugar a la transformación física de la referida zona.

Habida cuenta de que la zona II presupone la existencia de un puerto y dado que está constituida por la superficie de agua destinada a las operaciones de entrada, maniobra y posible fondeo de los buques, según dispone el artículo 15.7 de la LPMM, debe entenderse que la transformación física de la citada zona mediante la construcción de obras se corresponde, en realidad, con el caso de ampliación o modificación del puerto respectivo, lo que, por otra parte, constituye el supuesto de hecho que motiva la consulta a que se refiere el presente informe.

Centrada así la cuestión, y puesto que tanto la gestión del servicio público portuario como la del demanio portuario, base material sobre la que dicho servicio se asienta, corresponden a la Autoridad Portuaria, la posible exigencia de informe de la Dirección General de Costas no podría tener otra razón de ser que la preservación del medio ambiente, particularmente, de los espacios de playa y de la zona marítimo-terrestre adyacentes a la zona II del puerto. Pues bien, la tutela del interés público en la preservación del medio ambiente, en los casos de realización de nuevas obras de infraestructura y ampliación de puertos, se satisface mediante el oportuno estudio de impacto ambiental y la observancia del procedimiento de declaración de impacto ambiental a que se refieren el Real Decreto Legislativo 1302/1987, de 28 de junio, y el Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, correspondiendo realizar la referida declaración, al tratarse de obras en el dominio público portuario estatal, a la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente, según se desprende del artículo 10.1.f) del Real Decreto 1894/1996, de 2 de agosto. Así, el artículo 21 de la LPMM, tras establecer en su nº 1 que “la realización de nuevas obras de infraestructura y la ampliación de los puertos estatales existentes exigirá la redacción y aprobación del correspondiente proyecto y estudios complementarios por la Autoridad Portuaria competente o, en su caso, por Puertos del Estado;” dispone en su nº 2 que “los proyectos de ampliación que modifiquen sustancialmente la configuración y los límites exteriores de los puertos estatales deberán incluir un estudio de impacto ambiental y se sujetarán al procedimiento de declaración de impacto ambiental cuando por la importancia de la actuación sean susceptibles de modificar o alterar, de forma notable, el medio ambiente.”

Así pues, y a la vista del precepto que acaba de transcribirse, la realización de obras de ampliación o modificación de puertos o, más exactamente, sus proyectos, no exige informe de la Dirección General de Costas, sino, en su caso (proyectos de ampliación que modifiquen sustancialmente la configuración y límites exteriores de los puertos), declaración de impacto ambiental, a realizar por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental.

**- IV -**

Plantea el escrito de consulta, como cuarta cuestión, cuál sea la “autoridad competente para autorizar el vertido de productos dragados procedentes del puerto en espacios de dominio público marítimo-terrestre no portuarios”

Puesto que se alude, como localización de los vertidos, a “espacios de dominio público marítimo-terrestre no portuarios” han de diferenciarse, por una parte, los vertidos que se realicen en espacios de la zona marítimo-terrestre y de playas o zonas de depósito de materiales sueltos a que se refieren, respectivamente, los apartados 1.a) y 1.b) del artículo 3 de la LC y, por otra, los vertidos que se realicen en aguas marítimas no comprendidas en las zonas I y II de los puertos.

A) Vertidos que se realicen en los espacios de la zona marítimo-terrestre así como de playas o zonas de depósito de materiales sueltos a que se refiere el artículo 3, apartados 1.a) y b) de la LC.

En relación con estos vertidos, ha de distinguirse entre la autorización del vertido y la autorización (en realidad, concesión) de la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para efectuar el vertido. Esta distinción aparece formulada en el artículo 57.1 de la LC, según el cual “todos los vertidos requerirán autorización de la Administración competente, que se otorgará con sujeción a la legislación estatal y autonómica aplicable, sin perjuicio de la concesión de ocupación de dominio público, en su caso” y en el n.º 4 del citado precepto, según el cual “la extinción de la autorización de vertido, cualquiera que sea la causa, llevará implícita la de la inherente concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre”.

Partiendo de la anterior distinción, y por lo que atañe, en primer lugar, a la autorización del vertido, no precisa la LC cuál sea la Administración a la que corresponde su otorgamiento, aludiendo sólo (artículo 57, números 1, 2, 3 y 5 y artículo 62) a la “Administración competente”. Pues bien, ha de entenderse que el otorgamiento de la referida autorización corresponde, siempre que, en virtud de su respectivo Estatuto, haya asumido competencia en materia de protección del medio ambiente, a la Comunidad Autónoma de que se trate. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 149/1991, de 4 de julio, recaída en los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la LC, declara en su fundamento jurídico 4.F, a propósito de las impugnaciones dirigidas contra los artículos 56 a 62 de dicho texto legal, lo siguiente:

“Para evitar este absurdo no cabe otra vía que la de entender que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas sobre vertidos industriales y contaminantes en el mar territorial no es más que una especificación de la competencia más amplia que todas ellas tienen para ejecutar la legislación del Estado sobre protección del medio ambiente. Es cierto que esta interpretación hace en cierta medida redundantes los enunciados estatutarios relativos a vertidos y que infringe así uno de los postulados hermenéuticos más generalmente aceptados, pero también entre los principios hermenéuticos existe una cierta jerarquía y es difícil no otorgar un valor predominante al que ordena prescindir de aquellas interpretaciones que conducen al absurdo.

Cabe apreciar, por tanto, para concluir, que las Comunidades Autónomas que han asumido competencias para la ejecución de las normas sobre protección del medio ambiente son también competentes para llevar a cabo los actos de ejecución que impliquen la aplicación de las normas sobre vertidos, sea cual fuere el género de éstos y su destino”.

Por tanto, siendo la autorización de vertido acto de ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente, debe entenderse, por lo que respecta, particularmente, al supuesto de hecho que motiva la presente consulta, que el otorgamiento de la oportuna autorización para los vertidos de que se trata corresponde al órgano competente de la Comunidad Autónoma de Andalucía (más propiamente, de la Junta de Andalucía), ya que, según el artículo

15.1 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, “corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el marco de la regulación general del Estado, el desarrollo legislativo y ejecución de las siguientes materias: (...) 7.a) Medio Ambiente. Higiene de la contaminación biótica y abiótica (...)”

Si, según lo indicado, la autorización de los vertidos de que aquí se trata corresponde al órgano competente de la Junta de Andalucía, la autorización o, más exactamente, la concesión para la ocupación del dominio público marítimo-terrestre que sea necesaria para la ejecución de los referidos vertidos compete, en cambio, a la Administración del Estado. Así, el artículo 146 del RGLC, tras disponer en su apartado 1, en el que se reproduce literalmente el artículo 58.4 de la LC, que “la extinción de la autorización de vertido, cualquiera que sea la causa, llevará implícita la de la inherente ocupación del dominio público marítimo-terrestre”, añade en su apartado 2 que “a tal efecto, la Administración que haya declarado extinguida la autorización lo pondrá en conocimiento del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, para que éste proceda a la extinción de la concesión de ocupación sin más trámite”. Puesto que, con arreglo a este precepto, corresponde a la Administración del Estado la declaración de extinción de la concesión, debe entenderse que el otorgamiento de la misma es también competencia de la citada Administración, como, por otra parte, resulta del artículo 110.b) de la LC, que señala, como atribución de la Administración del Estado, “la gestión del dominio público marítimo-terrestre, incluyendo el otorgamiento de adscripciones, concesiones y autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento ...”. Por lo demás, la referencia que el artículo 116.2 del RGLC hace al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo debe entenderse hecha en la actualidad, a los efectos de que ahora se trata, al Ministerio de Medio Ambiente, correspondiendo el otorgamiento y extinción de las concesiones en cuestión, según se indicó en el fundamento jurídico II de este informe, a la Dirección General de Costas (cfr. artículo 4.1.b) del Real Decreto 1894/1996, de 2 de agosto).

B) Vertidos que se realicen en aguas marítimas no comprendidas en las zonas I y II de los puertos.

El tema de los vertidos en las referidas aguas se enmarca en el más amplio de la contaminación del medio marino, al constituir los vertidos la causa principal, si no única, de la contaminación de ese medio, realizándose ordinariamente el vertido de productos procedentes de obras portuarias de dragado desde los propios buques desde los que se efectúan dichas obras.

Pues bien, aunque el mar territorial constituya una de las dependencias del dominio público marítimo-terrestre, tal y como dispone el artículo 3.2 de la LC, la competencia para autorizar los vertidos de que se trata en las aguas del mar territorial, así como en aguas marítimas situadas fuera del mismo, ha de determinarse con arreglo a las previsiones de la LPMM, según se expone a continuación.

La LPMM dispone en su artículo 6.1 que “a los efectos de esta Ley se considera marina mercante: (...) f) La prevención de la contaminación producida desde buques, plataformas fijas y otras instalaciones que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción y la protección del medio ambiente marino (...)”, y dedica a la Marina Mercante su Título III, señalando en su artículo 74, con el que se inicia dicho Título, como objetivo de la Marina Mercante, entre otros, “la protección del medio ambiente marino”.

Por su parte, la determinación de lo que constituyen “zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción” se efectúa en el artículo 7.1 del texto legal de continua referencia, que dispone lo siguiente:

“Son zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, además de las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva.

- Son aguas interiores españolas, a los efectos de esta ley, las situadas en el interior de la línea de base del mar territorial, incluyéndose en ellas los ríos, lagos y las aguas continentales.
- Es mar territorial aquél que se extiende hasta una distancia de doce millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide su anchura.
- Es zona contigua la que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta las veinticuatro millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.
- Es zona económica exclusiva la que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta una distancia de doscientas millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura de aquél.”

Conceptuada, según los preceptos de la LPMM que se han citado, la prevención de la contaminación producida desde buques, plataformas y otras instalaciones que se encuentren en aguas de las mencionadas zonas y la protección del medio ambiente marino como función de la Marina Mercante, debe añadirse que el artículo 86.2 de la LPMM atribuye al Ministerio de Obras Públicas y Transportes la competencia relativa “al salvamento de la vida humana en el mar, así como la limpieza de las aguas marítimas y lucha contra la contaminación del medio ambiente marino producida desde buques o plataformas fijas que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, adoptando las medidas que pudieran resultar precisas y en particular las señaladas en la letra d) del artículo 118.2 de la presente Ley y en los términos que le atribuyan los planes y programas previstos en el artículo 87.” En la esfera periférica de la Administración Marítima, el artículo 88 de la LPMM enumera las funciones que corresponden a las Capitanías Marítimas, refiriéndose el apartado 3.g) del citado precepto a “todas aquellas funciones relativas a la navegación, seguridad marítima, salvamento marítimo y lucha contra la contaminación del medio marino en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción ...”

Pues bien, suprimido el Ministerio de Obras Públicas y Transportes a que se refiere el artículo 86.2 de la LPMM por la disposición final primera del Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo, de Reestructuración de Departamentos ministeriales, y radicada en el Ministerio de Fomento (cfr. artículo 5 del Real Decreto 1886/1996, de 2 de agosto, de estructuración orgánica del Ministerio de Fomento) la competencia en materia de preservación del medio ambiente marino y lucha contra la contaminación producida desde buques, plataformas e instalaciones que se encuentren en zonas a que se ha hecho referencia, funciones que en la esfera periférica de la Administración Marítima corresponden a las Capitanías Marítimas, debe entenderse que la competencia para autorizar los vertidos de materiales procedentes de obras portuarias de dragado corresponde a las mencionadas Capitanías, ya que, siendo la autorización el acto que, previa constatación de la conformidad al interés público de la actividad que se pretende realizar, posibilita su ejecución, la autorización de los vertidos de productos procedentes de obras portuarias de dragado constituye uno de los medios de preservación del medio ambiente marino; así lo viene a confirmar la interpretación conjunta de los artículos 21, apartados 2, 3 y 4, 60.1 y 62 de la LPMM, preceptos en los que se observa, como no podía ser de otra forma, una constante vinculación de los referidos vertidos al tema de la preservación o protección del medio ambiente marino que es de la competencia de la Autoridad Marítima.

La competencia de las Capitanías Marítimas para autorizar los vertidos de que se trata no ha quedado, en realidad, alterada por la sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998, de 10 de febrero, en la que se declaran inconstitucionales los artículos 21.4 y 62.2 de la LPMM “en la medida en que no prevén intervención alguna de las Comunidades Autónomas en defensa de su competencia de protección del medio ambiente, así como el artículo 62.3, en cuanto no dispone el envío de la información en él citada a la Comunidad Autónoma en la que radique el puerto”. En efecto, del fundamento jurídico 41 de la citada sentencia se desprende que la declaración de inconstitucionalidad (relativa) de los mencionados preceptos viene determi-

nada no porque la competencia resolutive para autorizar o denegar los vertidos corresponda a las Comunidades Autónomas, sino porque para el ejercicio de esa competencia no se prevé en aquéllos ningún cauce que permita la intervención de las Comunidades Autónomas (“Por ello, no cabe duda de que en estos casos las Comunidades Autónomas deben tener un cauce para intervenir, que acaso pudiera ser un informe previo, similar al que, como hemos visto, se prevé para garantizar las competencias sobre pesca, pero cuya determinación concreta, entre las varias posibles, no es función de este Tribunal ...”). Por otra parte, y dados los términos de la propia sentencia, no se aprecia base suficiente para entender que las autorizaciones que ya se hubiesen concedido al amparo de los preceptos declarados inconstitucionales, en la medida antes señalada, sean nulas.

- V -

Finalmente, la Dirección General de Costas consulta cuáles sean los procedimientos jurídicos que deba utilizar dicho Centro “para evitar los daños que se están produciendo en la playa de Poniente de Málaga a consecuencia de las obras emprendidas por la Autoridad Portuaria” que se detallan en la propia consulta.

En relación con esta última cuestión debe señalarse, ante todo, que, según se indica en el oficio dirigido por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga al Director General de Costas con fecha el 30 de junio de 1997, “el proyecto de las obras de remodelación del puerto de Málaga fue sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, dictándose, con fecha 31 de julio de 1996 (BOE de 26 de septiembre), la correspondiente resolución por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente, declarando el proyecto como solución ambientalmente viable con determinadas condiciones (respecto a los materiales procedentes de dragado, usos de la superficie rellenada, protección de la calidad de las aguas, acceso al puerto de los materiales de obras y programa de vigilancia ambiental)”

Al haberse dictado, en relación con el proyecto de obras de remodelación del puerto de Málaga, una declaración de impacto ambiental favorable al referido proyecto, aunque con los condicionamientos aludidos, debe entenderse que la cuestión que plantea la Dirección General de Costas se traduce, en realidad, dada la divergencia de criterio que dicho Centro mantiene sobre la declaración de impacto ambiental, en la posible revisión o anulación de la misma. Centrada así la cuestión, su adecuada resolución ha de partir de dos premisas.

En primer lugar, estableciéndose por el artículo 21.1 de la LPMM (según se ha indicado en el fundamento jurídico III del presente informe) la regla de que la realización de nuevas obras de infraestructura y de ampliación de los puertos estatales existentes exige la redacción y aprobación del oportuno proyecto y estudios complementarios por la Autoridad Portuaria competente o, en su caso, por Puertos del Estado, ha de entenderse que la aprobación del correspondiente proyecto constituye un acto administrativo, en cuanto dictado por una Administración Pública –carácter que ostentan tanto Puertos del Estado como las Autoridades Portuarias en su condición de Entidades de Derecho Público (cfr. artículos 24.1 y 35.1 de la LPMM)– en el ejercicio de las funciones públicas que a las referidas Entidades les encomienda la LPMM; así lo viene a confirmar, por otra parte, la circunstancia de que, según el artículo 22.1 del citado texto legal, la aprobación de los proyectos lleva implícita la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación a los fines de la expropiación forzosa, efectos que (salvo la existencia de una Ley que específicamente los prevea) sólo pueden predicarse de un acto administrativo. Siendo los actos de aprobación de los referidos proyectos actos administrativos, no cabe duda de que les son aplicables tanto la regla de presunción de legalidad como la de ejecutividad de los actos administrativos contenidas, respectivamente, en los artículos 57.1 y 56 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

En segundo lugar, exigiendo el artículo 21.2 de la LPMM, como se ha indicado más arriba, que los proyectos de ampliación que modifiquen sustancialmente la configuración y los límites exteriores de los puertos incluyan un estudio de impacto ambiental y que se sujeten al procedimiento de declaración de impacto ambiental cuando, por la importancia de la actuación, sean susceptibles de modificar o alterar, de forma notable, el medio ambiente, debe señalarse que la declaración de impacto ambiental a que se refieren los más arriba citados Real Decreto Legislativo 1302/1986 y Real Decreto 1131/1988, constituye, como se indicó en el dictamen de esta Dirección General de 10 de febrero de 1995 (ref. A.G. MOPTMA 82/94), un trámite instructor dentro del procedimiento sustantivo para la aprobación del respectivo proyecto y, en consecuencia, no es susceptible de impugnación autónoma respecto de la resolución que recaiga en dicho procedimiento; es decir, y en otros términos, su revisión únicamente puede efectuarse mediante la impugnación de la resolución sustantiva (la resolución que se dicte en relación con el proyecto sometido a declaración de impacto ambiental). Ello determina que, en el caso que se examina, quede descartada la declaración de lesividad, por la Administración General del Estado, de la aprobación del proyecto de las obras de remodelación del puerto de Málaga, puesto que el referido proyecto debe haber sido aprobado por una entidad pública con personalidad jurídica propia, distinta de la Administración General del Estado (la Autoridad Portuaria de aquella ciudad o, en su caso, el Ente público "Puertos del Estado").

Pues bien, sobre la base de las anteriores premisas, debe entenderse que la única vía de actuación posible consistiría en la interposición, de estarse en plazo para ello, del recurso procedente contra el acto de aprobación del proyecto de las obras de remodelación del puerto de Málaga. A juicio de este Centro Directivo no desvirtúa la conclusión enunciada la circunstancia de que quien interponga, en su caso, el recurso sea precisamente la Administración Pública que efectuó la declaración de impacto ambiental. En efecto, si la Administración del Estado puede revisar sus propios actos por los procedimientos establecidos en los artículos 102 y 103 de la LRJ-PAC, no tendría sentido que dicha Administración no pudiera reaccionar contra una declaración de impacto ambiental dictada por ella misma cuando dicha declaración fuese errónea o improcedente; así las cosas, y puesto que la referida declaración no es revisable autónomamente, debe entenderse que no queda más vía que la interposición por la Administración del Estado del recurso que proceda contra la resolución sustantiva (aprobación del proyecto de las obras de remodelación del puerto de Málaga), al haber sido dictada la referida resolución por una entidad pública con personalidad jurídica propia y, por tanto, distinta de la Administración General del Estado. La circunstancia de que el recurso habría de interponerlo, en su caso, la misma Administración que efectuó la declaración de impacto ambiental determina, lógicamente, que antes de decidir sobre tal interposición se acredite cumplidamente la inexactitud o incorrección de aquella declaración, en lo que deberá intervenir la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, al ser éste el Centro Directivo que efectuó la declaración de impacto ambiental que la Dirección General de Costas reputa errónea, debiendo entenderse que, en caso de discrepancia entre uno y otro Centro Directivo, la decisión ha de corresponder al titular del Ministerio de Medio Ambiente, como superior jerárquico común de ambos.

Dicho lo anterior, debe señalarse que, de haber aprobado el proyecto de las obras de remodelación del puerto de Málaga el Ente público Puertos del Estado, el único recurso posible sería el contencioso-administrativo, que habría de interponerse en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación o publicación del acto de aprobación del referido proyecto (artículo 58 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956), ya que, según el artículo 24.3 de la LPMM, "los actos dictados por Puertos del Estado en ejecución de sus funciones públicas y, en concreto, en relación con la gestión y utilización del dominio público, la exacción y recaudación de los ingresos públicos, y la imposición de sanciones, agotarán la vía administrativa, excepto en materia tributaria, donde serán recurribles en vía económico-administrativa." Mayor dificultad suscita la determinación del recurso procedente en el caso de que el referido proyecto hubiese sido aprobado por la Autoridad Portuaria de Málaga, ya que la LPMM no formula, en relación con

las Autoridades Portuarias, una regla análoga a la que contiene su artículo 24.3. En favor de la tesis de que los actos dictados por las Autoridades Portuarias en el ejercicio de sus funciones públicas no agotan la vía administrativa milita el argumento de que, cuando la LPMM ha querido declarar aplicables a las Autoridades Portuarias determinados extremos del régimen de Puertos del Estado, así lo ha dispuesto, como acontece con el artículo 35.7, que declara aplicable a las Autoridades Portuarias lo dispuesto para Puertos del Estado en el artículo 24.4. Sin embargo, este Centro Directivo considera que, aunque nada disponga la LPMM a este respecto, es más razonable entender que los actos de las Autoridades Portuarias agotan también la vía administrativa (excepto en materia tributaria), teniendo en cuenta, por una parte, el principio general de autonomía funcional y de gestión que preside la actuación de estas entidades públicas (artículos 23 y 35.3 de la LPMM, según redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre) y, por otra, la circunstancia de que no existe en la LPMM ningún precepto que atribuya al Ministerio de Fomento o a Puertos del Estado la función de conocer de los recursos contra las resoluciones de las Autoridades Portuarias. Cabe, pues, concluir que de haberse aprobado el proyecto de continua referencia por la Autoridad Portuaria de Málaga, el acto de aprobación habría agotado la vía administrativa, procediendo únicamente recurso contencioso-administrativo, que habría de interponerse (o haberse interpuesto) en el plazo antes indicado. No se prejuzga, por no constar en los antecedentes remitidos, si dicho plazo, computado en la forma indicada más arriba, ha transcurrido en el momento presente.

Formulada la anterior conclusión, ha de hacerse una última indicación, y es que, estando sometida la declaración de impacto ambiental del reiterado proyecto a determinadas condiciones, sería posible la suspensión de las obras de ejecución del proyecto en el caso de que dichas condiciones fueran transgredidas o incumplidas. En efecto, el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, tras disponer en su apartado 1 que “si un proyecto de los sometidos obligatoriamente al trámite de evaluación de impacto ambiental comenzara a ejecutarse sin el cumplimiento de este requisito será suspendido, a requerimiento del órgano ambiental competente, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiera lugar”, añade en su apartado 2 que “asimismo, podrá acordarse la suspensión cuando concu-riera alguna de las circunstancias siguientes: (...) b) El incumplimiento o transgresión de las condiciones ambientales impuestas para la ejecución del proyecto”.

En virtud de todo lo expuesto, la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado somete a la consideración de V.I. las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** En tanto no se afecten, en su caso, al servicio público portuario en la forma establecida por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, los espacios de playa y zona marítimo-terrestre adyacentes a la zona II de los puertos tienen la consideración de dependencias del dominio público marítimo-terrestre, correspondiendo a la Dirección General de Costas, en relación con dichos espacios, las competencias de gestión y policía del dominio público marítimo-terrestre establecidas en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. La zona II de los puertos constituye una dependencia del dominio público portuario, correspondiendo, en relación con dicha zona, a la Autoridad Portuaria respectiva el ejercicio de las competencias de gestión y policía del dominio público portuario establecidas por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

**Segunda.-** Corresponde a la Dirección General de Costas, en relación con las concesiones existentes en los terrenos de la zona marítimo-terrestre adyacentes a la zona II de los puertos, el ejercicio de las competencias que la Ley de Costas establece respecto de las concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre.

**Tercera.-** Al estar constituida la base o soporte físico de la concesión de que es titular la Compañía Sevillana de Electricidad, y a la que se refiere la consulta, por dependencias del



dominio público marítimo-terrestre y del dominio público portuario, procede que se regularice la referida concesión mediante su escisión en una concesión de dominio público marítimo-terrestre respecto de la parcela de 600 metros cuadrados de la zona marítimo-terrestre y en una concesión de dominio público portuario respecto de la superficie de la zona II del puerto de Málaga ocupada por el espigón. Hasta tanto tenga ello lugar, deben tenerse en cuenta los criterios recogidos en el fundamento jurídico II del presente dictamen sobre delimitación de competencias entre la Dirección General de Costas y la Autoridad Portuaria de Málaga.

**Cuarta.-** Los proyectos de obras de infraestructura y ampliación de los puertos, como supuesto característico de obras que producen la transformación física de la zona II de los puertos, no requieren concesión, autorización o informe de la Dirección General de Costas, sino, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21.2 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la elaboración de un estudio de impacto ambiental y su sujeción al procedimiento de declaración de impacto ambiental cuando, por la importancia de la actuación de que se trate, los referidos proyectos sean susceptibles de modificar o alterar, de forma notable, el medio ambiente.

**Quinta.-** La autorización de vertidos de productos procedentes de obras portuarias de dragado que se efectúen en espacios de la zona marítimo-terrestre y de playas o zonas de depósitos de materiales sueltos a que se refiere el artículo 3, apartados 1.a) y 1.b) de la Ley de Costas corresponde a las Comunidades Autónomas que, en virtud de sus respectivos Estatutos, hayan asumido competencia en materia de ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente, siendo de la competencia de la Dirección General de Costas el otorgamiento de las concesiones para las ocupaciones del dominio público marítimo-terrestre que sean necesarias para la ejecución de los referidos vertidos. La autorización de los vertidos de los mencionados productos que se realicen en aguas marítimas desde buques, plataformas o instalaciones que se encuentren en aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción compete a las Capitanías Marítimas.

**Sexta.-** Al haberse dictado declaración de impacto ambiental favorable al proyecto de las obras de remodelación del puerto de Málaga y no ser dicha declaración impugnada autónomamente, su revisión sólo podría efectuarse (o haberse efectuado), según lo indicado en el fundamento jurídico V del presente informe, mediante la interposición del oportuno recurso contencioso-administrativo contra el acto de aprobación del referido proyecto, sin perjuicio de que pudiera paralizarse la realización de las mencionadas obras en el caso de que no se cumplieren las condiciones impuestas para la ejecución del proyecto en la declaración de impacto ambiental.

## **93.- Informe solicitado por la Dirección General de Costas sobre legalidad y efectos de una Orden del Ministerio de Fomento por la que se modifica el Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Ferrol.**

### **Resumen**

Consulta de la D.G. de Costas sobre la legalidad y efectos de una Orden del Ministerio de Fomento de 3.2.2000 por la que se modifica el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Ferrol, teniendo en cuenta que no se emitió el informe de la D.G. consultante previsto en el que art. 15.2 de la LPMM y que se trata de incorporar al espacio portuario unos terrenos presuntamente de dominio público marítimo-terrestre cuyo deslinde no se ha aprobado todavía. Conclusiones: 1ª) El informe de la D.G. de Costas previsto en el art.15.2 de la LPMM debe conceptuarse como informe preceptivo y determinante para la resolución del procedimiento, siendo aplicable a la omisión de dicho informe el régimen establecido en el art. 83.3 y no el citado precepto de la LPMM; 2ª) Para determinar la posible trascendencia invalidante del aludido informe se estima oportuno recabar el dictamen del Consejo de Obras Públicas, a fin de que determine si la documentación obrante en el expediente que concluyó con la O.M. de 3.2.200 contiene los elementos de juicio suficientes para poderse pronunciarse sobre la corrección de la misma; 3ª) La incorporación a la zona de servicio del Puerto de Ferrol de terrenos que aun no han sido formalmente declarados de dominio público marítimo-terrestre no constituye irregularidad jurídica.

**Ref.:** A.G. MEDIO AMBIENTE 2/00

**Fecha:** 13 de abril de 2000

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel

### **Texto del Informe**

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre la legalidad y efectos de la Orden del Ministro de Fomento de 3 de febrero de 2000 por la que se modifica el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto y Ría de Ferrol, aprobado por Orden del entonces Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 27 de diciembre de 1995 y, en relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

- 1) Se expone en el escrito de consulta de la Dirección General de Costas que “el 18 de febrero de 2000 se publica en el BOE la Orden Ministerial de 3 de febrero de 2000 por la que se modifica el Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto y Ría de Ferrol, que fue aprobado por Orden Ministerial de 27 de diciembre de 1995. Dicha modificación -prosigue el citado escrito- fue objeto de petición de informe por parte de la Autoridad Portuaria a esta Dirección General en cumplimiento de lo previsto en el artículo 15.2 de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante. Dicha petición fue contestada mediante escrito de 11 de mayo de 1999, por el que se dejaba en suspenso la emisión de informe, tanto por la falta de documentos que el artículo 92 del Reglamento de Costas estima necesarios para el conocimiento de la afectación de obras a la dinámica litoral, como porque de la documentación presentada no se podía deducir la incidencia de las obras que, como consecuencia de la modificación del PUEP (se refiere al Plan de Utilización de Espacios Portuarios), se podía producir sobre el dominio público marítimo-terrestre, cuya integridad y defensa de sus características y elementos naturales es de obligado cumplimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Costas”

- 2) En la documentación enviada por la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián, cumplimentando lo solicitado por este Centro Directivo en su escrito de 9 de marzo de 2000, consta que con fecha 17 de febrero de 1999 aquella entidad pública remitió a la Demarcación de Costas en Galicia, a efectos de la emisión (por la Dirección General de Costas) del informe previsto en el artículo 15.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el expediente relativo a la modificación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto y Ría de Ferrol; este expediente tuvo entrada en la mencionada Demarcación el 18 de febrero de 1999. La Dirección General de Costas acordó, por resolución de 11 de mayo siguiente, que tuvo entrada en la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián el día 17 de dicho mes, suspender la emisión del informe solicitado por la reiterada entidad por las razones a que más adelante se hará referencia.
- 3) El Director General de Costas recaba el parecer de esta Dirección sobre la legalidad y efectos de la Orden del Ministerio de Fomento de 3 de febrero de 2000 por la que se modifica el Plan antes citado, sin que haya sido emitido por la Dirección General de Costas el informe previsto en el artículo 15.2 del aludido texto legal, así como sobre el hecho de que se trata de incorporar al dominio público marítimo portuario unos terrenos que no han sido calificados como dominio público marítimo-terrestre mediante la aprobación del oportuno deslinde.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para la adecuada resolución de la primera cuestión que plantea el escrito de consulta -legalidad de la Orden del Ministerio de Fomento de 3 de febrero de 2000 (BOE de 18 de febrero) por la que se modifica el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto y Ría de Ferrol, pese a la falta de informe de la Dirección General de Costas- es necesario, ante todo, determinar si dicho informe había de seguir el régimen establecido por el artículo 15.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) o el régimen previsto en el artículo 83.3, inciso final, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), para los informes que, además de ser preceptivos, sean “determinantes para la resolución del procedimiento”, siendo necesario pronunciarse por una de estas alternativas en razón de las diferencias que se aprecian entre uno y otro régimen, en virtud de la remisión contenida en el artículo 83.2 de la LRJ-PAC a las disposiciones que establezcan plazos distintos del señalado en aquel precepto.

La cuestión enunciada exige a su vez, como fácilmente se desprende de lo dicho, precisar el concepto de informe determinante para la resolución del procedimiento y, tras ello, examinar si dicho concepto conviene al informe de la Dirección General de Costas (DGC) a que se refiere el artículo 15.2 de la LPMM, pues, de no tener este informe el carácter de informe determinante para la resolución del procedimiento, no se suscitaría la cuestión relativa al régimen jurídico aplicable al reiterado informe, que sería el previsto en el artículo 15.2 de la LPMM, en virtud de la remisión contenida en el artículo 83.2 de la LRJ-PAC a las disposiciones que establezcan plazos distintos del señalado en aquel precepto.

Ante todo, conviene señalar que el concepto de informe determinante para la resolución del procedimiento no puede identificarse con el de informe preceptivo, ya que, por una parte, el artículo 83.3 de la LRJ-PAC alude a los supuestos de “informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento”, locución que pone de manifiesto que no todos los informes preceptivos son informes “determinantes”, y, por otra parte, el artículo 42.5.c) de dicho texto legal alude a “informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”, lo que denota, al utilizar la conjunción copulativa “y”, que los conceptos de informe

preceptivo e informe determinante son distintos. Partiendo de la distinción entre unos y otros informes, y acudiendo a aquellas acepciones de la palabra “determinar” (a la que se remite el vocablo “determinante”) que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española y que tienen mayor utilidad para la definición que interesa, como son las de “fijar los términos de una cosa”, “fijar una cosa para algún efecto” y “hacer tomar una resolución”, pueden considerarse como informes “determinantes” aquellos que sean necesarios para fijar los términos de la cuestión planteada en el procedimiento y el contenido o sentido que deba tener la resolución de aquél, prescindiendo de que el ordenamiento haya calificado o no dichos informes como “vinculantes”; un ejemplo claro al respecto lo constituirían aquellos informes técnicos sin los que no puede resolverse el expediente y cuya falta no puede suplir por sí mismo el órgano instructor o el órgano decisor por carecer de los conocimientos precisos en la materia o disciplina de que se trate.

Fijado, en los términos indicados, el concepto de informe determinante para la resolución del procedimiento, es razonable entender que dicho concepto resulta aplicable al informe de la DGC a que se refiere el artículo 15.2 de la LPMM, ya que, teniendo por finalidad dicho informe la valoración de la incidencia de los PUEP en la preservación de las características y elementos naturales del dominio público marítimo-terrestre, como aspecto que ha de tomarse en consideración para la decisión que debe adoptarse sobre la aprobación de dichos planes, destaca el carácter y contenido eminentemente técnico del repetido informe, cuya falta no puede suplir por sí mismo el órgano instructor ni el órgano decisor del procedimiento, lo que resulta implícito en la atribución de la competencia para emitirlo a la DGC como órgano que dispone de los datos y conocimientos técnicos precisos en la materia.

Conceptuado el informe de la DGC a que se refiere el artículo 15.2 de la LPMM como un informe preceptivo (en cuanto exigido por la propia ley) y determinante, según el concepto expuesto, surge, como se ha indicado, la cuestión relativa al régimen jurídico que debe aplicarse al mismo.

No cabe duda de que, de entenderse aplicable el régimen previsto en el artículo 15.2 de la LPMM, la falta de emisión del informe establecido en dicho precepto en el plazo establecido para ello (un mes) dará lugar a que se entienda emitido en sentido favorable, como expresamente dispone aquel precepto en el inciso primero de su párrafo segundo, continuando, por tanto, el procedimiento.

Mayores dificultades suscita la determinación de los efectos de la falta de emisión del informe de continua referencia en el caso de considerarse que es aplicable el régimen establecido en la LRJ-PAC.

Excluida en esta hipótesis la regla de que la falta de emisión en plazo del informe en cuestión da lugar a que éste se entienda emitido en sentido favorable (por no contener tal previsión la LRJ-PAC), debe señalarse que, por lo pronto, y a la vista del artículo 83.3, inciso final, de la LRJ-PAC, la falta de emisión en plazo de un informe preceptivo que, además, sea determinante para la resolución del procedimiento impide la continuación de éste. El citado precepto dispone que “de no emitirse informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualesquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos”. Aunque el precepto transcrito utiliza el término “podrán” en la formulación de la regla general (“se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado”) y la palabra “podrá” en la formulación de la excepción a la misma (“excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos”), sería ilógico que ambos términos se interpretasen en su sentido literal, porque no tendría sentido que la regla general permitiese al órgano instructor optar por la continuación o por la suspensión del procedimiento y que la excepción a dicha regla consistiera en la misma opción. Es por ello por lo que cabe entender que si la regla general consiste en la facultad del

órgano instructor de optar por la continuación o suspensión del procedimiento, la excepción -informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento- habrá de consistir en la suspensión del procedimiento, lo que, por otra parte, se justificaría por la trascendencia de estos informes, pues carecería de sentido que, pese a no haberse emitido un informe que, precisamente, resulta decisivo, el procedimiento pudiera continuar.

Ahora bien, si, en un plano puramente lógico, la falta de emisión de un informe determinante del contenido de la resolución ha de impedir la continuación del procedimiento, puesto que, por definición, no se trata de un informe que se juzgue útil o conveniente, sino de un informe necesario y decisivo para la resolución, de modo que al órgano competente sólo le quedaría la posibilidad de reiterar la petición del informe o bien la de abstenerse de dictar resolución expresa, lo cierto es que la LRJ-PAC no parece seguir este criterio.

El artículo 42.5 de dicho texto legal establece diversos supuestos de suspensión del plazo máximo legal para resolver un procedimiento o, lo que es igual, de suspensión del procedimiento. Entre dichos supuestos figura el consignado bajo la letra c) de dicho precepto, que prevé la suspensión “cuando deben solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órganos de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”. Si, según el precepto que acaba de transcribirse, la suspensión del procedimiento motivada por la petición o solicitud de un informe preceptivo y determinante del contenido de la resolución está sometida a una limitación temporal (“no podrá exceder en ningún caso de tres meses”), podría entenderse que, transcurrido ese plazo, el procedimiento debe de continuar, aunque no se hubiera emitido el informe solicitado, y ello pese a la fuerza lógica que pudiera reconocerse al criterio de que no puede resolverse expresamente el procedimiento a falta de un informe que, sobre ser preceptivo, sea determinante del contenido de la resolución. Tratando de conciliar el criterio que parece desprenderse del artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC con la consecuencia que, en un plano lógico, se anuda a la falta de emisión de un informe que es determinante del contenido de la resolución, este Centro considera razonable concluir, en relación con el punto ahora examinado, que la continuación del procedimiento sólo sería factible en el caso de que pudiera solicitarse dicho informe a otro órgano que, atendida su competencia, fuera idóneo para emitirlo.

Pues bien, las diferencias de régimen jurídico que, respecto del informe de la DGC previsto en el artículo 15.2 de la LPMM, se aprecian entre este precepto y el artículo 83.3 de la LRJ-PAC, deben resolverse, en opinión de este Centro Directivo, en favor de la prevalencia, de la LRJ-PAC sobre la LPMM y ello por las consideraciones que siguen.

En principio, cabría señalar que el precepto citado de la LPMM tiene el carácter de norma especial (*lex specialis*) frente al carácter general del precepto también mencionado de la LRJ-PAC (*lex generalis*), de modo que el primero prevalecería sobre el segundo en virtud del viejo axioma jurídico según el cual la ley general posterior no deroga la ley especial anterior (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*). Sin embargo, debe advertirse que la doctrina moderna suele atribuir al referido axioma un valor muy relativo por varias razones. En primer lugar, se señala la propia relatividad y equivocidad de los conceptos de normas especiales y normas generales, que se pone de manifiesto al comparar, en ciertos casos, dos normas incompatibles entre sí (así, una norma puede considerarse, desde un determinado punto de vista, como especial frente a otra caracterizada como general y, en cambio, apreciarse mayor especificidad en la segunda norma que en la primera si se contemplan ambas desde un punto de vista distinto). En segundo término, y dentro de la doctrina aludida, un autorizado tratadista ha destacado el “escaso grado de positivación” del axioma en cuestión, que, en efecto, no se encuentra formulado con carácter general en ningún texto legal de nuestro ordenamiento. En tercer lugar, es ampliamente aceptado el criterio de que el reiterado axioma no resulta aplicable cuando la ley general posterior comprende la regu-

lación integral de una determinada materia, porque en estos casos -según el autor antes aludido- “parece que la vocación de regulación uniforme debe prevalecer sobre las diferencias sectoriales preexistentes” (salvo que la ley general salvase expresamente dichas diferencias). Este criterio puede aplicarse justificadamente en el presente caso, porque la LRJ-PAC (norma posterior) contiene la regulación completa de los aspectos generales de los procedimientos administrativos (entre los que figuran la tramitación y efectos de los informes: cfr. artículos 45.5.c), 82 y 83), sin perjuicio de las especialidades de normas anteriores que la propia Ley citada deja a salvo (entre las que no figura ninguna referencia concreta al informe previsto en el artículo 15.2 de la LPMM).

No pudiendo resolverse, por las razones expuestas, la antinomia entre los artículos 15.2 de la LPMM y 83.3 de la LRJ-PAC mediante la prevalencia del primer concepto por su supuesta especialidad respecto del segundo, la cuestión de que se trata ha de ser dilucidada, a juicio de esta Dirección, mediante la aplicación de otro principio o criterio que permita resolver los supuestos de conflicto o concurrencia de normas jurídicas, cual es, dada la igualdad de rango jerárquico de uno y otro precepto, el de *lex posterior*, lo que conduce a la prevalencia del artículo 83.3 de la LRJ-PAC como norma posterior al artículo 15.2 de la LPMM.

- II -

Una vez razonada la aplicación del régimen establecido en el artículo 83.3 de la LRJ-PAC al informe de la DGC que prevé el artículo 15.2 de la LPMM, debe examinarse cuáles sean las consecuencias que la omisión de dicho informe tiene, al haber continuado hasta su conclusión el procedimiento a que se refiere el precepto primeramente citado, sobre el acto resolutorio de dicho procedimiento (Orden Ministerial de modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol en el presente caso).

Dado que, como se ha señalado antes, no es completamente seguro el criterio, deducido de la regla del artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC, de que la falta de emisión de un informe determinante del contenido de la resolución no impide la continuación del procedimiento -criterio que, a su vez, tendría por consecuencia que esa omisión no tuviese eficacia invalidante, pues no tendría sentido que, por una parte, la ley permitiese la continuación del procedimiento y, por otra parte, que se entendiese que la repetida omisión ha de tener eficacia invalidante-, se estima razonable acudir a las previsiones legales sobre el defecto de forma, por ser éste el carácter que tiene la omisión del trámite de informe.

El artículo 63.2 de la LRJ-PAC dispone que “no obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar un fin o dé lugar a la indefensión de los interesados”.

Partiendo del carácter instrumental que tienen los requisitos formales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, referida al artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (actualmente derogada), pero trasladable plenamente al artículo 63.2 de la LRJ-PAC, al ser este último precepto reproducción literal de aquél, resuelve la cuestión de la posible trascendencia invalidante del vicio de forma teniendo en cuenta, por una parte, las concretas circunstancias del caso y, por otra, la funcionalidad del principio de economía procesal.

En cuanto a lo primero, una antigua sentencia del Alto Tribunal de 29 de enero de 1915, repetida posteriormente en numerosas resoluciones, declaró que “cuando las Leyes y Reglamentos no declaren expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad depende de la importancia que revista, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y al cauce para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlas.” En cuanto a lo segundo funcionalidad del principio de economía procesal, la sentencia del Tribunal

Supremo de 6 de noviembre de 1963, cuya doctrina se reitera en las de 26 de septiembre de 1966, 6 de julio de 1973, 9 de abril de 1975, 25 de marzo de 1981, 25 de enero de 1984, 7 de julio de 1986, 25 de octubre de 1988 y 21 de febrero de 1989, entre otras, declaró que “un elemental principio de economía procesal impide que se anule la resolución y las actuaciones administrativas, retrotrayéndolas al momento en que se omitió un trámite preceptivo si, aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula”.

La conjunción de ambos criterios valoración de las circunstancias de cada caso y aplicación del principio de economía procedimental tiene por consecuencia que la verdadera trascendencia invalidante del vicio de forma queda limitada a aquellos supuestos en que dicho vicio haya supuesto una privación o sustracción de los elementos de juicio necesarios para poder decidir con seguridad acerca de la corrección o incorrección de la decisión de fondo adoptada, por no existir en el expediente correspondiente al procedimiento en que se padeció el referido vicio datos bastantes para una valoración justa de la solución adoptada. Así se reconoce por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 1 de marzo de 1963, 13 de octubre de 1966, 7 de enero de 1967, 2 de enero de 1978, 29 de noviembre de 1989, 26 de junio y 27 de noviembre de 1990, entre otras) y por la doctrina más autorizada.

El anterior criterio tiene una clara justificación lógica. Si, pese a haberse cometido el defecto de forma, se dispone de elementos de juicio suficientes para examinar la decisión de fondo y ésta es jurídicamente correcta, lo procedente será declarar la legalidad del acto, ya que el principio de economía procedimental impide repetir el procedimiento viciado cuando se ha comprobado que el acuerdo adoptado es conforme a Derecho. Si, disponiéndose también de elementos de juicio suficientes para examinar la decisión de fondo, se concluye que ésta es jurídicamente incorrecta, lo que procede es anular el acto por este motivo, con el fin de evitar que, tramitado de nuevo el procedimiento y subsanado el defecto formal que se cometió, se dicte un nuevo acto que incurra en la misma infracción de fondo; lo determinante de la anulación será, pues, en este caso, el vicio de fondo y no de forma. Si, a diferencia de los supuestos anteriores, la infracción formal cometida supone una privación de los elementos de juicio necesarios para dilucidar la corrección o incorrección de la decisión de fondo adoptada, no siendo posible, por esta razón, determinar su conformidad o disconformidad a Derecho, procederá anular o declarar la nulidad del acto, adquiriendo así el defecto de forma trascendencia invalidante. Tal es, en opinión de este Centro, el sentido sustancial del más arriba transcrito artículo 63.2 de la LRJ-PAC, en cuanto considera como defecto de forma determinante de la anulabilidad del acto el supuesto de que éste “carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin”.

- III -

Aplicando el criterio jurisprudencial a que se ha hecho referencia al supuesto de que aquí se trata, cabría entender, en principio, que, puesto que el informe de la DGC que prevé el artículo 15.2 de la LPMM ha sido calificado como informe determinante para la resolución del procedimiento, su omisión debería tener eficacia invalidante, dado que el propio concepto de informe determinante del contenido de la resolución implica que su falta u omisión se traduzca en una sustracción o privación de elementos de juicio necesarios para decidir acerca de la corrección de la resolución adoptada.

Sin embargo, esta Dirección considera que tal conclusión no sería procedente, dadas las circunstancias que concurren en el caso que se examina y cuya ponderación constituye, según la doctrina jurisprudencial antes aludida, uno de los factores que ha de tenerse en cuenta para pronunciarse sobre la trascendencia invalidante del vicio de forma.

Prescindiendo del aspecto temporal (el acuerdo de la DGC de suspender la emisión del informe no se adoptó dentro del plazo de un mes establecido en el artículo 15.2 de la LPMM,

sino en fecha muy próxima al vencimiento del plazo de tres meses que establece el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC), y según resulta de los antecedentes remitidos, el acuerdo de la DGC de suspender la emisión del informe solicitado por la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián obedeció al hecho de ser incompleta, a juicio de la aludida Dirección General, la documentación remitida por la citada Autoridad Portuaria.

Entre otros extremos, la DGC exigió la presentación de los estudios y documentos a que se refiere el artículo 92 del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (RC). Ahora bien, dicha exigencia era, en opinión de este Centro y por las razones que a continuación se exponen, improcedente.

El PUEP, a cuya aprobación o modificación se dirige el procedimiento establecido en el artículo 15.2 de la LPMM, no es sino el instrumento jurídico mediante el cual se delimita la zona de servicio del respectivo puerto, que comprende de las superficies de agua y tierra necesarias para la ejecución de las actividades portuarias, con la consiguiente afectación al dominio público portuario de los bienes integrados en aquella zona.

Teniendo por cometido el PUEP la delimitación de la zona de servicio del puerto, a lo que ha de añadirse, como segunda función del referido plan, la ordenación portuaria no urbanística de la zona de servicio mediante la asignación de usos para las distintas zonas del puerto (zona de uso portuario comercial o industrial, pesquero, deportivo, etc.), no es de la incumbencia del PUEP lo relativo a proyectos de obras, construcciones o instalaciones que, por tanto, no forman parte de su contenido. Así las cosas, no se considera justificado exigir en el procedimiento de aprobación del PUEP los documentos, estudios e informes a que alude el artículo 92 del RC, ya que tales documentos y estudios quedan referidos a proyectos básicos o constructivos de concretas y determinadas obras, edificaciones o instalaciones, como resulta, en primer lugar, de la ubicación del citado precepto en el Capítulo del RC, que lleva por rúbrica "Proyectos y obras" y cuyo primer artículo (artículo 85.2) dispone que "para que la Administración competente resuelva sobre la ocupación o utilización del dominio público marítimo-terrestre, se formalizará el correspondiente proyecto básico en el que se fijarán las características de las instalaciones y obras, la extensión de la zona de dominio público marítimo-terrestre a ocupar o utilizar y demás especificaciones que se determinan en el artículo 88 (precepto que se refiere a los documentos que integran el proyecto básico). Con posterioridad, y antes de comenzarse las obras, se formulará el proyecto de construcción, sin perjuicio de que el peticionario pueda presentar éste y no el básico acompañando a su solicitud". En segundo lugar, debe ponerse de relieve la circunstancia de que el artículo 92 del RC no es sino un precepto que complementa al artículo 91 del propio RC, cuyo apartado 1 establece que "los proyectos (se refiere a los proyectos de construcción, cfr. artículo 90.1) se formularán conforme al planeamiento que, en su caso, desarrollen y con sujeción a las normas generales, específicas y técnicas que apruebe la Administración competente, en función del tipo de obra y de su emplazamiento".

En suma, tanto por su ubicación en el Capítulo del RC, relativo a proyectos y obras, como por su relación con otros preceptos de dicho Capítulo concernientes a proyectos (básicos y constructivos) de obras, construcciones e instalaciones, los documentos y estudios enumerados en el artículo 92 del repetido Reglamento no son, a juicio de este Centro Directivo, exigibles en el procedimiento de elaboración de un plan, como es el PUEP, que, por su funcionalidad, no contiene proyectos de concretas y determinadas obras, instalaciones o construcciones.

Las consideraciones precedentes y la conclusión a que conducen son igualmente aplicables, *mutatis mutandis*, al requisito, exigido también por la DGC, consistente en la evaluación de la necesidad de ejecución de desmontes y terraplenes y de su incidencia en el dominio público marítimo-terrestre. En efecto, al circunscribirse la función del PUEP a la delimitación de la zona de servicio del puerto y a la ordenación portuaria -no urbanística- de esa zona, no puede exigirse un requisito como el indicado, establecido por el artículo 46.2 del RC, por resultar ajeno a las determinaciones del repetido Plan que, como se ha reiterado, no se



refiere a obras ni instalaciones, ni menos a la ejecución de desmontes y terraplenes de altura superior a la indicada en dicho precepto. Por la misma razón tampoco se considera exigible el requisito consistente en la indicación del presupuesto de las obras, así como de la rentabilidad que se espera obtener de ellas.

Así pues, se entiende que la exigencia por la DGC del cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 46.2 y 92 del RC, como condición previa para la emisión del informe a que se refiere el artículo 15.2 de la LPMM, no estaba justificada (por no tener base legal ni reglamentaria), como tampoco lo estaba la exigencia del presupuesto de las obras y de su previsible rentabilidad, razón por la cual los datos correspondientes a esos requisitos no pueden considerarse como elementos de juicio necesarios para determinar la corrección o incorrección jurídica de la decisión de fondo adoptada (modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol). Por otra parte, no puede desconocerse, como segunda circunstancia que ha de tomarse en consideración para la resolución de la cuestión que se examina, que en la documentación remitida por la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián a la DGC consta un estudio de simulación de la dinámica litoral realizada por una entidad privada, a lo que debe añadirse que en el acuerdo de suspensión de la emisión de informe adoptado por la reiterada Dirección General se dice que “la Demarcación (se refiere a la Demarcación de Costas de Galicia) indica que no existe ninguna playa cercana y que, por la configuración de la Ría de Ferrol, las únicas corrientes marinas que existen son las de llenado y vaciado de las mareas, y existen algunos bancos marisqueros, hechos todos ellos, que han sido tenidos en cuenta en la simulación de la Dinámica litoral realizada por la empresa Ambiosa y en la Declaración de Impacto ambiental, que incluye las correspondientes medidas correctoras”.

Para una mejor comprensión del asunto, conviene precisar que la modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol aprobada por la Orden del Ministerio de Fomento de 3 de febrero de 2000 está vinculada a la ampliación de la concesión de que es titular “Forestal del Atlántico, S.A.”; así en el preámbulo de dicha Orden Ministerial se dice, por una parte, que “la modificación responde al incremento de tráfico directamente asociado a las instalaciones industriales y portuarias del complejo de «Forestal del Atlántico Sociedad Anónima», que hacen necesario dotar de mayor superficie de explotación y de longitud de atraques a esta concesión...” y, por otra parte, que “la ampliación de la zona de servicio en esta área permitirá realizar un mejor diseño del contorno de la plataforma de los terrenos ganados al mar como consecuencia de la ampliación de la concesión otorgada a «Forestal del Atlántico, Sociedad Anónima», el 14 de mayo de 1997, y cuya Declaración del Impacto Ambiental, aprobada por Resolución de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, de 31 de marzo de 1998, consideró el proyecto de las obras a realizar viable desde el punto de vista ambiental, si bien, además de cumplirse las medidas correctoras propuestas en el estudio de impacto ambiental, estableció ciertas condiciones entre las que debe destacarse la realización del diseño del contorno de la plataforma a ganar al mar de manera que permita la similitud de circunstancias en la ría con el resultado obtenido del modelo de simulación empleado para analizar las variaciones de las corrientes ...”.

Al existir en el expediente tramitado por la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián un estudio de simulación de la dinámica litoral en el que se toman en consideración, según indica la Demarcación de Costas en Galicia, las circunstancias antes referidas -inexistencia de playas, configuración de la Ría de Ferrol y corrientes marinas- y habiéndose formulado, en relación con la plataforma de terrenos ganados al mar como consecuencia de la ampliación de la mencionada concesión (a la que se vincula, como ya se dijo, la modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol), la Declaración de Impacto Ambiental en sentido favorable, no puede entenderse, en opinión de este Centro, que no consta en el expediente ningún elemento de juicio para poder apreciar la corrección o incorrección de la decisión de aprobar la modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol en términos tales que la falta de emisión de informe por la DGC haya supuesto una privación absoluta de los oportunos elementos de juicio para decidir sobre tal cuestión.

Ahora bien, debe advertirse que esta Dirección carece de los conocimientos precisos para apreciar la suficiencia de los datos que obran en el expediente tramitado en su día por la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián para determinar la corrección o incorrección de la decisión adoptada (modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol), por tratarse de una cuestión fundamentalmente técnica o, en términos más exactos, de una cuestión jurídica para cuya resolución resulta necesario un previo informe técnico que sólo podría emitir un órgano de este carácter. Por esta razón se considera que sería oportuno y adecuado recabar el parecer del Consejo de Obras Públicas sobre la suficiencia o no de aquellos datos y, en su caso, sobre la corrección o no de la decisión aludida, habida cuenta de la configuración del citado Consejo “como órgano colegiado superior, de carácter técnico, asesor y consultivo de los Ministerios de Fomento y de Medio Ambiente en materia de obras públicas relacionadas con la construcción, explotación, gestión y conservación de sus infraestructuras, el dominio público vial, hidráulico y marítimo terrestre, la vivienda y el urbanismo, los transportes terrestres y el medio ambiente”, según dispone el artículo 1 del Reglamento del reiterado Consejo aprobado por Orden del Ministerio de la Presidencia de 30 de septiembre de 1999 (BOE de 7 de octubre), remitiéndose después el citado precepto al artículo 4 del propio Reglamento, que enumera más concretamente las materias sobre las que puede informar el Consejo, figurando entre ellas los “Planes, anteproyectos, proyectos, ejecución y explotación y conservación de infraestructuras (...) portuarias, así como actuaciones en las costas” (artículo 4.1.d) y la “determinación, protección y gestión del dominio público (...) marítimo-terrestre” (artículo 4.1.g).

La competencia para formular consultas y peticiones de informe al Consejo de Obras Públicas corresponde a los Ministros de Fomento y Medio Ambiente y a los órganos superiores y directivos de ambos Departamentos (artículo 16.1 del Reglamento citado), entre los cuales se encuentra, evidentemente, la DGC, como órgano directivo del Ministerio de Medio Ambiente.

Como es lógico, si se recabara el informe de Obras Públicas se le debería remitir por quien corresponda (presumiblemente, la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián y el Ente Público Puertos del Estado) toda la documentación que en su día integró el expediente sobre modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol, que concluyó con la Orden Ministerial aprobatoria de 3 de febrero de 2000.

Finalmente, debe señalarse que, al constituir la omisión del informe de la DGC que prevé el artículo 15.2 de la LPMM, como ya se indicó, un defecto de carácter formal e invocándose dicha omisión como motivo de la posible ilegalidad de la reiterada Orden del Ministro de Fomento de 3 de febrero de 2000, en el caso de que el Consejo de Obras Públicas dictaminase que los datos que constan en el expediente tramitado por la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián son insuficientes para determinar la corrección o incorrección del acto resolutorio -aprobación de la modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol-, habría que entender que la falta de emisión del informe de la DGC supuso una privación de elementos esenciales de juicio o conocimiento en el momento de resolver, lo que permitiría apreciar vicio determinante de la invalidez de la aludida Orden Ministerial, según la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto más arriba.

#### - IV -

La segunda cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo versa sobre la circunstancia de que la modificación del PUEP supone, según se dice en el escrito de consulta, la incorporación “al dominio público portuario, en su parte terrestre, de unos terrenos presuntamente de dominio público marítimo terrestre que todavía no han sido declarados formalmente como tal dominio público marítimo terrestre mediante la aprobación del deslinde que está realizando esta Dirección General” (la de Costas).

Para la adecuada respuesta a esta cuestión ha de tenerse en cuenta que, como se ha indicado en el fundamento jurídico precedente, la primera función del PUEP consiste en delimitar las superficies de tierra y agua necesarias para la ejecución de las actividades portuarias o, lo que es igual, la delimitación de la zona de servicio del puerto, con la consiguiente afectación al servicio público portuario de dichas superficies de tierra y agua que, de esta forma, quedan incorporadas al dominio público portuario; así resulta de lo dispuesto en el artículo 14, apartados 1 y 2, de la LPMM en relación con el artículo 15, apartados 1 y 2, de la misma Ley.

Pues bien, la delimitación de la zona de servicio del puerto y, a su través, la inclusión en dicha zona de las oportunas superficies de tierra y agua se efectúa al margen o independientemente de cuál sea la calificación jurídica originaria del bien o bienes que, por ser necesarios para la ejecución de las actividades portuarias, deban incluirse en la referida zona. Dichos bienes serán, en unos casos, y tal es el supuesto más frecuente, bienes de dominio público marítimo-terrestre (ya que, la propia situación geográfica de los puertos marítimos hace que sea inevitable que queden afectados a la prestación del servicio público portuario y, por tanto, integrados en el dominio público portuario ciertos bienes que forman parte del dominio público marítimo-terrestre), como prevén el artículo 14.2 de la LPMM y el artículo 4.11 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en otros supuestos, en cambio, serán bienes de propiedad privada que, de no mediar convenio sobre su adquisición con sus titulares, será preciso expropiar, supuesto que expresamente contempla el artículo 15.2, inciso final, de la LPMM (“Esta aprobación -se refiere a la aprobación del PUEP- llevará implícita la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de los bienes de propiedad privada”) o, en su caso, terrenos y bienes patrimoniales de la Administración del Estado (cfr. artículo 15.3 de la LPMM). En suma, no es la naturaleza o calificación jurídica de los bienes, sino la circunstancia de que sean necesarios para la ejecución de las actividades portuarias lo decisivo para su inclusión en la zona de servicio del puerto (delimitada por el PUEP) y su incorporación al dominio público portuario. Es por ello por lo que la incorporación al dominio público portuario, operada mediante la modificación del PUEP del Puerto y Ría de Ferrol, de terrenos que todavía no han sido declarados formalmente de dominio público marítimo-terrestre mediante la aprobación del oportuno deslinde no constituye, a juicio de esta Dirección, irregularidad jurídica alguna.

En virtud de todo lo expuesto, la Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a la consideración de V.I. las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El informe de la Dirección General de Costas que prevé el artículo 15.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, debe conceptuarse como un informe preceptivo y determinante para la resolución del procedimiento a que se refiere aquel precepto, siendo aplicable a dicho informe el régimen establecido en el artículo 83.3 inciso final de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y no el previsto en el citado precepto de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en cuanto este último precepto sea incompatible con aquél).

**Segunda.-** Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la trascendencia invalidante del defecto de forma queda circunscrita a aquellos casos en que dicho defecto haya supuesto una sustracción o privación de elementos de juicio necesarios para determinar la corrección o incorrección del acto resolutorio del procedimiento en que se padeció el defecto formal de que se trate.

**Tercera.-** A fin de poder determinar la posible trascendencia invalidante de la falta de informe de la Dirección General de Costas en el procedimiento seguido para la modificación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto y Ría de Ferrol, se estima oportuno recabar el dictamen del Consejo de Obras Públicas para que, a la vista de toda la

documentación integrante del expediente relativo a aquel procedimiento, exprese su parecer sobre los extremos siguientes:

- a) Si la referida documentación contiene los elementos de juicio o conocimiento suficientes para poder pronunciarse sobre la corrección o incorrección de la Orden del Ministro de Fomento de 3 de febrero de 2000 por la que se aprobó la modificación del citado Plan.

A los efectos señalados en el anterior apartado a) se considera conveniente hacer constar que, en opinión de este Centro, para aprobar aquella modificación pudo prescindirse (como efectivamente se hizo), por no ser exigibles, de los documentos, estudios e informes a que se refieren los artículos 46.2 y 92 del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas aprobado por Real Decreto 147/1989, de 1 de diciembre.

- b) Si, en el caso de responderse afirmativamente la cuestión anterior, el Consejo de Obras Públicas considera correctos o incorrectos los contenidos de la mencionada Orden Ministerial y de la modificación aprobada por el mismo, expresando las razones de su calificación en uno u otro sentido.

**Cuarta.-** La incorporación a la zona de servicio del Puerto y Ría de Ferrol, en virtud de la modificación del Plan a que se refiere la conclusión anterior, de terrenos que no han sido formalmente declarados bienes del dominio público marítimo-terrestre no constituye irregularidad jurídica.

## **94.- Informe sobre tramitación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios (artículo 96 de la Ley 48/2003, hoy 69 del TRLPEMM)**

### **Resumen**

Consulta sobre tramitación del plan de utilización de los espacios portuarios. Exposición del régimen jurídico de la tramitación de dicho plan: artículo 96 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre. Improcedencia de que se introduzcan, a raíz de los informes emitidos por las Administraciones y Ministerios a que se refiere dicho precepto, modificaciones por Puertos del Estado para, seguidamente, devolver el proyecto de plan a la Autoridad Portuaria respectiva, a fin de que esta entidad pública solicite nuevamente los informes de las Administraciones a que se refiere el artículo 96.3 de la Ley 48/2003 y se someta el proyecto modificado así a nueva información pública. Imposibilidad, en consecuencia, de que la Autoridad Portuaria se muestre disconforme con las modificaciones que resulten de esos informes y no impulse la tramitación del plan.

**Ref.:** A.G. Entes Públicos 69/07

**Fecha:** 21 de enero de 2008

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su solicitud de informe en relación con la tramitación del plan de utilización de los espacios portuarios, más concretamente, respecto de la forma de proceder en el supuesto de que se pretenda introducir modificaciones en la propuesta de dicho plan remitida a Puertos del Estado por la Autoridad Portuaria respectiva, así como en el supuesto de que dichas modificaciones deban ser introducidas por la Autoridad Portuaria y se muestre disconforme con las mismas, no impulsando la tramitación del plan.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

- | -

Tal y como se indica en la solicitud de informe, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, regula en el Capítulo IV del Título IV la figura del plan de utilización de los espacios portuarios, instrumento de gran relevancia para los puertos de competencia estatal, que tiene la doble función de delimitar la zona de servicio de los puertos y de asignar los usos previstos para cada una de las diferentes zonas en las que se divide el puerto, justificando la necesidad o conveniencia de tales usos.

El Capítulo IV del Título IV de dicho texto legal, bajo la rúbrica de “Plan de utilización de los espacios portuarios”, contiene tres preceptos claramente diferenciados. El primero, artículo 96, de especial incidencia en la cuestión suscitada por ese Organismo y con la misma rúbrica que el Capítulo, se refiere pormenorizadamente a la delimitación del plan, determinación del espacio de agua incluido en la zona de servicio y, fundamentalmente, a la tramitación del propio plan, así como a la fijación de los efectos que se derivan de su aprobación. El segundo, artículo 97, que lleva por título el de “Modificación del Plan de utilización de los espacios portuarios” y en el que, partiéndose, como luego se razonará, de la aprobación definitiva del plan, se regulan las modificaciones del mismo, distinguiendo entre modificaciones sustanciales y no sustanciales. Por último, el artículo 98 se refiere, y así se titula, a los “Efectos del Plan de utilización de los espacios portuarios sobre las concesiones”.

Como se detalla en la solicitud de informe, el artículo 96, apartados 3 y siguientes, regula el procedimiento de elaboración del plan de utilización de espacios portuarios, previéndose, con carácter general, su elaboración por parte de la respectiva Autoridad Portuaria que, después de someter el mismo a informe de diversas Administraciones, así como al trámite de información pública, debe remitir la propuesta oportuna a Puertos del Estado, entidad que continuará la tramitación prevista en la ley con la solicitud de otros informes, procediendo seguidamente a elaborar su informe-propuesta definitivo sobre la aprobación del plan y a elevarlo al Ministro de Fomento, a quien corresponde la decisión final.

- II -

El problema surge, en opinión del Organismo consultante, cuando, a consecuencia de los informes emitidos, es precisa la introducción de modificaciones en la propuesta de plan remitida a Puertos del Estado por la Autoridad Portuaria. Entiende el Organismo consultante que, en el caso de que dichas modificaciones no tengan carácter sustancial, podrán ser incluidas por Puertos del Estado en la propuesta de plan de utilización que, junto con el expediente y su informe, deberá ser elevado, como se ha dicho, al Ministro de Fomento para su aprobación, si fuera procedente.

Por el contrario –sigue diciendo el escrito de consulta–, en el supuesto de que dichas modificaciones fueren sustanciales, se entiende que sería preciso devolver la propuesta a la Autoridad Portuaria para que introdujera dichas modificaciones y solicitase de nuevo informe a las Administraciones a las que se refiere el párrafo tercero del artículo 96.3, así como para que sometiera la propuesta modificada al trámite de información pública.

En este último supuesto –prosigue el escrito de consulta–, podría darse el caso de que la Autoridad Portuaria paralizase la tramitación del plan de utilización de los espacios portuarios, al no recabar nuevamente los informes o no someter la nueva propuesta al trámite de información pública, solicitándose el parecer de este Centro Directivo en relación con la forma de proceder en el caso de que la Autoridad Portuaria, disconforme con las modificaciones propuestas, no impulsase la tramitación del plan.

- III -

Para dar una respuesta fundada en Derecho a la consulta formulada es fundamental dejar sentado que la problemática que se contiene en la misma surge en el procedimiento de elaboración del plan de utilización de los espacios portuarios, que culmina, en su caso, con la aprobación de ese instrumento por parte del Ministro de Fomento. En otras palabras, la incidencia derivada de una posible introducción de modificaciones en la propuesta de plan remitida a Puertos del Estado por parte de la Autoridad Portuaria surge en esa fase de elaboración y subsiguiente tramitación hasta la aprobación final regulada en el artículo 96 de la Ley 48/2003.

Esta primera consideración, deducida de los términos literales del escrito remitido por el Organismo consultante, condiciona, como se expone acto seguido, la respuesta que se dé al problema suscitado.

En efecto, el artículo 96 de la Ley 48/2003, en sus apartados 3 y 4, regula con sumo detalle los trámites a seguir para la elaboración y aprobación del plan, mientras que el artículo 97 del mismo texto legal, partiendo de la existencia de un plan ya aprobado de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, regula las posibles modificaciones a posteriori que se pueden introducir en el mismo, distinguiendo entre modificaciones sustanciales, que deben someterse al mismo procedimiento de aprobación establecido en el artículo 96, y modificaciones no sustanciales, que serán aprobadas por Puertos del Estado, a propuesta de la Autoridad

Portuaria, previo informe de las Administraciones urbanísticas, si afectara a sus competencias, y apertura de un trámite de información pública.

La solicitud de informe remitida parte de la base de que, en la elaboración del plan de utilización de los espacios portuarios y a consecuencia de los informes emitidos por algunas Administraciones y Ministerios, sea preciso introducir modificaciones en la propuesta de plan remitida a Puertos del Estado por la Autoridad Portuaria, así como que, en el caso de que esas modificaciones sean sustanciales, sea preciso devolver la propuesta de plan a la Autoridad Portuaria para que introduzca en el mismo dichas modificaciones, solicitando de nuevo los informes a las Administraciones a las que se refiere el párrafo tercero del artículo 96.3 y sometiendo, por último, la propuesta modificada al trámite de información pública

Pues bien, a la vista del tenor literal de ese precepto y en opinión de esta Abogacía General del Estado, en los casos en que existan informes que formulen observaciones a la propuesta remitida, y en atención a las cuales se considere necesario introducir modificaciones, el artículo 96.3 de la Ley 48/2003 no prevé en absoluto que sea preciso devolver la propuesta del plan a la Autoridad Portuaria, ni solicitar de nuevo los informes de las Administraciones a las que se refiere su párrafo tercero, ni, por último, el sometimiento de la propuesta a información pública, lo cual está únicamente previsto cuando, una vez aprobado definitivamente el plan, se modifique sustancialmente el mismo, que es la situación regulada en el artículo 97 de dicho texto legal, y no, como aquí acontece, cuando en la fase de elaboración del plan, existan informes de Administraciones Públicas y Ministerios que hagan aconsejable una modificación sustancial de la propuesta remitida a Puertos del Estado por parte de la Autoridad Portuaria.

#### - IV -

La anterior conclusión queda plenamente ratificada si se examinan los diversos trámites que debe seguir el plan de utilización desde su elaboración por parte de la Autoridad Portuaria hasta su aprobación por el Ministro de Fomento.

En efecto, el artículo 96.3 de la Ley 48/2003 comienza diciendo que la Autoridad Portuaria elaborará el plan de utilización de los espacios portuarios, incluyendo los usos previstos para cada una de las diferentes zonas del puerto, así como la justificación de la necesidad o conveniencia de tales usos. Asimismo se incluirán en el plan los espacios necesarios para que los órganos de las Administraciones Públicas puedan ejercer competencias tales como las de seguridad, inspección, control u otras.

El párrafo tercero del artículo 96.3 continúa diciendo que la Autoridad Portuaria solicitará informe de las Administraciones urbanísticas y de la Administración Pública con competencia en materia de pesca en aguas interiores, ordenación del sector pesquero y deportes, así como en aquellos otros ámbitos sectoriales sobre los que puede incidir el plan, que deberán informar en los aspectos relativos a sus propias competencias.

Simultáneamente a la solicitud de los informes precedentes, la Autoridad Portuaria someterá a información pública el plan por un plazo de un mes, durante el cual los interesados podrán formular alegaciones. Tras la conclusión del plazo de información pública, la Autoridad Portuaria dará respuesta a los interesados, incorporando al expediente que habrá de remitir a Puertos del Estado la documentación resultante del trámite y procediendo a las modificaciones del plan que, a la vista de las alegaciones, sean oportunas.

Cumplimentada dicha tramitación, se remite la propuesta del plan a Puertos del Estado quien convocará a la Autoridad Portuaria y a la Dirección General de Costas a un periodo de consultas durante el plazo de un mes, a fin de que por esta última se formulen las observaciones y sugerencias que considere oportunas para que, en su caso, sean tomadas en consideración.

El párrafo sexto del artículo 96.3 continúa diciendo que, posteriormente, Puertos del Estado recabará informe de la Dirección General de Costas sobre la protección del dominio público marítimo-terrestre y, en su caso, informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología (actualmente, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) en aspectos relacionados con la construcción naval. También informarán el Ministerio de Defensa, desde la perspectiva de su posible incidencia sobre los intereses de la defensa nacional, y el Ministerio del Interior, en lo que se refiere a los aspectos de seguridad pública y de control de entradas y salidas de personas del territorio nacional.

Los anteriores informes deberán emitirse en el plazo de dos meses desde la recepción de la propuesta, entendiéndose en sentido favorable si transcurriera dicho plazo sin que el informe se haya emitido de forma expresa.

El apartado 4 del propio artículo 96 se refiere también a otro informe, indicando que, cuando la propuesta de delimitación incluya terrenos y bienes patrimoniales de la Administración General del Estado destinados a usos y finalidades distintas, Puertos del Estado la someterá a informe vinculante del Ministerio de Hacienda, que se entenderá favorable si transcurren tres meses desde la recepción de la documentación sin que el informe se haya emitido de forma expresa.

Recibidos los informes –continúa diciendo el párrafo octavo del artículo 96.3– o transcurrido el plazo para su emisión, Puertos del Estado emitirá informe que lo elevará, junto con el expediente, al Ministerio de Fomento. En el caso de que el informe de la Dirección General de Costas resulte desfavorable, Puertos del Estado hará constar expresamente en su informe esta circunstancia, debiendo motivar las razones por las que éstas deben ser tomadas en consideración, así como aquéllas que no pueden aceptarse. Corresponde, por último, al Ministro de Fomento la aprobación del plan de utilización de los espacios portuarios, publicándose el texto íntegro del mismo en el Boletín Oficial del Estado (artículo 96.6).

**- V -**

Como se observa en la exposición que de la tramitación del procedimiento se ha hecho, en ningún momento el artículo 96 establece que, en el caso de que por razón de alguno de los informes emitidos por las Administraciones y Ministerios a que alude dicho precepto legal sea preciso introducir modificaciones al plan elaborado y remitido a Puertos del Estado por la Autoridad Portuaria, pueda, en primer término, dicho ente público, si la modificación a introducir en el plan no tuviere carácter sustancial, incluir por sí mismo esa modificación en la propuesta que, junto al expediente y su informe debe elevarse al Ministro para su aprobación, si resulta procedente.

En segundo término, y con especial incidencia ya en la cuestión sometida a informe de este Centro Directivo, tampoco el citado precepto legal establece que, si esa modificación tiene carácter sustancial, sea preciso devolver la propuesta del plan a la Autoridad Portuaria para que introduzca en el mismo dichas modificaciones y solicite los informes a que se refiere el párrafo tercero del artículo 96.3 de esa Ley 48/2003 y lo someta de nuevo al trámite de información pública.

En el caso de que, como consecuencia de los informes emitidos por las Administraciones y Ministerios a que se refiere el artículo 96, se considere oportuno introducir modificaciones, sustanciales o no, en el plan que se está elaborando, Puertos del Estado las expondrá e incluirá en su informe-propuesta final que ha de elevar, junto con el expediente, al Ministerio de Fomento. En cualquier caso, es importante poner de manifiesto que, salvo el informe a emitir por el Ministerio de Economía y Hacienda cuando la propuesta de delimitación incluya terrenos y bienes patrimoniales de la Administración General del Estado destinados a usos y finalidades distintas, que es, como se ha expuesto, vinculante, y el de la Dirección General de Costas, que obliga al ente público Puertos del Estado a formular una especial motivación, el



resto de los informes, incluido este último, aunque preceptivos, no son vinculantes, de acuerdo con la regla general del artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El Ministro de Fomento, en su resolución, podrá aceptar o no, en todo o en parte, el informe final de Puertos del Estado, donde se recoge su parecer sobre todos y cada uno de los informes emitidos a lo largo de la tramitación del plan y en el que se expondrán e incluirán las modificaciones que, a su juicio, sea procedente introducir a la vista de dichos informes previos. Lo que no es admisible, a la vista de la regulación legal del procedimiento de elaboración del plan de continua referencia, es que directamente el ente público Puertos del Estado, si la modificación derivada de esos informes no tiene carácter sustancial, incluya la misma en la propuesta de plan, antes de su remisión al Ministro para su aprobación, o, si esa modificación es sustancial, devuelva la propuesta a la Autoridad Portuaria para que, por parte de ésta, se introduzca dicha modificación, solicitando, acto seguido, los informes de las Administraciones a las que se refiere el artículo 96.3, tercer párrafo, de la Ley, y lo someta a una nueva información pública. Esos trámites están previstos en el caso de que, una vez aprobado definitivamente un plan, se pretenda introducir en el mismo modificaciones, sustanciales o no, como establece el artículo 97 de la Ley, pero no cuando el plan está en la fase de elaboración y todavía no ha sido aprobado por el Ministro de Fomento.

La devolución de la propuesta de plan a la Autoridad Portuaria, en el caso de que la modificación a introducir tuviese carácter sustancial y la repetición del trámite de informe de las Administraciones y Ministerios a que se refiere el artículo 96.3 seguida de la apertura de un nuevo trámite de información pública sería, además, contraria a los principios de celeridad y eficacia que deben inspirar la actuación administrativa (artículos 3 y 74 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Para ratificar la innecesariedad de la repetición de esos trámites, cuando un informe emitido en el seno de un procedimiento de elaboración y aprobación de un plan o norma de carácter general propone una modificación que se estima oportuno introducir, se pueden traer a colación dos casos similares, como son el Plan de Carreteras del Estado y el Plan Hidrológico de Cuenca.

En cuanto al primero, basta una simple lectura del artículo 18 del Reglamento General de Carreteras aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, dictado en desarrollo de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y modificado por el Real Decreto 597/1999, de 16 de abril, que añadió al mismo tres nuevos apartados, para darse cuenta de que, si bien las Comunidades Autónomas pueden formular observaciones o sugerencias y el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente (actualmente, Ministerio de Fomento) puede recabar los informes pertinentes, tanto respecto del plan como de los programas de carreteras del Estado, en ningún caso se prevé que, en el supuesto de que por razón esas observaciones o informes fuese necesario introducir modificaciones, el Ministerio en cuestión, antes de formular la correspondiente propuesta que ha de elevar al Gobierno para su aprobación, deba someterlo a los mismos trámites e informes que se siguieron con el avance inicial del plan o propuesta de programa correspondiente. Lo correcto jurídicamente, de nuevo, es que el Ministerio de Fomento, de estimarlo oportuno, recoja, aceptándolas, en su propuesta, las observaciones y sugerencias hechas y eleve dicha propuesta al Gobierno con tales observaciones y sugerencias a fin de que decida sobre su aprobación o no. Es interesante resaltar, por guardar cierta semejanza con lo dispuesto para el caso de modificaciones sustanciales del plan de utilización de los espacios portuarios en el artículo 97 de la Ley 48/2003, que el apartado 4 del artículo 18 del Reglamento General de Carreteras, añadido por el Real Decreto 597/1999, dispone que el procedimiento de revisión de los programas se acomodará a los mismos trámites que su aprobación.

Otro tanto puede decirse de la elaboración y aprobación de los Planes Hidrológicos de Cuenca, reguladas en el Reglamento de la Planificación Hidrológica aprobado por Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, que dedica a ello su Título II (artículos 71 y siguientes) en el

que se desarrollan las previsiones generales contenidas en el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Los citados preceptos reglamentarios, después de detallar diversos trámites de informe y alegaciones, con posibilidad de inclusión por el Organismo de cuenca de las propuestas, observaciones o sugerencias presentadas antes de la emisión de los informes preceptivos del Consejo del Agua de la demarcación y del Consejo Nacional del Agua (artículos 80 y 83), prevén la elevación de la oportuna propuesta por el Ministerio del Medio Ambiente al Gobierno para su aprobación, si fuera procedente en función del interés general (artículo 83). En absoluto se prevé que, a medida que aparezcan informes de los que resulte conveniente o necesario introducir modificaciones al proyecto de plan, el Organismo de cuenca o el Ministerio haya que volver a reproducir, previa inclusión de las correspondientes modificaciones en el documento, los trámites ya realizados. Si existen esos informes y, por razón de ellos, resulta conveniente o necesario modificar el proyecto de plan, se hará la oportuna propuesta en tal sentido por el Ministerio al Gobierno y éste, en pleno ejercicio de su competencia para aprobar los planes hidrológicos, lo podrá aceptar o no, según proceda.

Sobre esa base y siendo, por tanto, el cauce procedente el que se ha expuesto con detalle en este informe, resulta ya innecesario y fuera de lugar pronunciarse sobre la cuestión concreta suscitada por el Organismo consultante, relativa a la forma de proceder en el supuesto de que se pretenda introducir modificaciones en la propuesta del plan remitida a Puertos del Estado por la Autoridad Portuaria, cuando esta última se muestre disconforme con las mismas, no impulsando la tramitación del plan, pues esa situación no puede producirse, ya que las posibles modificaciones sustanciales a introducir en el plan, como consecuencia de los informes emitidos por las Administraciones, Ministerios u órganos informantes, tienen su cauce de expresión en el informe-propuesta final que Puertos del Estado tiene que elevar al Ministro de Fomento para la aprobación, en su caso, del plan, si resultare procedente, lo que llevaría también aparejado la inclusión formal en el acuerdo aprobatorio de ese plan de las modificaciones oportunas.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Las posibles modificaciones sustanciales que deban introducirse en el plan de utilización de los espacios portuarios elaborado por la respectiva Autoridad Portuaria, como consecuencia de los informes emitidos por las Administraciones Públicas y Ministerios a que se refiere el artículo 96.3 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, tienen su cauce de expresión en el informe-propuesta final que la entidad pública Puertos del Estado ha de elevar al Ministro de Fomento para la aprobación, en su caso, del plan, lo que lleva aparejada también la inclusión formal en el acuerdo aprobatorio de ese plan de las modificaciones oportunas.

No procede, en consecuencia, que dichas modificaciones sean introducidas por Puertos del Estado para, seguidamente, devolver el proyecto de plan así modificado a la respectiva Autoridad Portuaria, a fin de que esta entidad pública solicite nuevamente los informes de las Administraciones a que se refiere el párrafo tercero del artículo 96.3 de la Ley 48/2003 y someta el proyecto modificado a información pública.

**Segunda.-** De conformidad con lo expuesto en la anterior conclusión, resulta innecesario y fuera de lugar pronunciarse sobre la cuestión concreta suscitada por el Organismo consultante, relativa a la forma de proceder en el supuesto de que se pretendan introducir modificaciones en la propuesta del plan remitida a Puertos del Estado por la correspondiente Autoridad Portuaria, cuando ésta última se muestre disconforme con tales modificaciones, no impulsando la tramitación del plan, pues esa situación no puede producirse a la vista de las previsiones del artículo 96 de la repetida la Ley 48/2003.

## **95.- Informe sobre necesidad de sometimiento previo de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios a evaluación ambiental (artículo 69 TRLPEMM)**

### **Resumen**

La aprobación por el Ministro de Fomento, a través de la oportuna Orden Ministerial, de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios, a la que se refiere el artículo 69 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, no exige el sometimiento previo de la misma a la evaluación ambiental de planes y programas, conocida como evaluación ambiental estratégica, regulada en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de efectos de determinados planes y programas de medio ambiente

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 77/12

**Fecha:** 18 de septiembre de 2012

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado a su instancia la solicitud de dictamen acerca de la preceptividad de someter a evaluación ambiental previa las Ordenes Ministeriales de Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios.

En la solicitud se hace una amplia exposición acerca del objeto, contenido y naturaleza de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios, poniendo en relación la misma, esencialmente, con la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de determinados planes y programas de medio ambiente, donde se sujetan a los procedimientos de evaluación ambiental los planes y programas que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, elaborados o aprobados por una Administración pública y exigidos por una disposición legal o reglamentaria o acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, y que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental.

A la vista de lo expuesto, este Centro Directivo informa lo siguiente:

**- I -**

La respuesta precisa a la cuestión suscitada hace necesario referirse, en primer lugar, con detalle, al objeto, contenido, naturaleza y trámites de aprobación de la llamada “Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios “ (en adelante DEUP).

La DEUP, que tiene su antecedente más próximo en el Plan de Utilización de los espacios portuarios, regulado en el artículo 96 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, viene regulada actualmente en los artículos 69 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, en virtud de la autorización concedida al Gobierno por la disposición final séptima de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, para que, en un plazo de seis meses a partir de la publicación de la misma, plazo que fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2011 por la disposición adicional novena de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, elaborase un texto refundido de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, así como de la propia Ley 33/2010.

El primero de los preceptos del Texto Refundido relativo a la DEUP e integrado en la Sección 2º. Espacios y Usos Portuarios, del Capítulo Dominio Publico portuario, del Título V de esa norma, que lleva por rúbrica "Dominio público portuario estatal", el artículo 69, fija con precisión el objeto y contenido de esa Delimitación, señalando que, "el Ministerio de Fomento determinará en los puertos de titularidad una zona de servicio que incluirá los espacios de tierra y agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios a que se refiere el artículo 72.1 de esta ley, los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria y aquellos que puedan destinarse a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad mencionados en dicho artículo." Esta determinación se efectuará a través de la Orden Ministerial de Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios" (apartado 1), El apartado 2 de ese mismo artículo se dedica a precisar el espacio de agua incluido en la zona de servicio y las Zonas en las que se subdividirá dicho espacio.

El artículo 69.3 del mismo TRLPEMM atribuye a la Autoridad Portuaria la elaboración del expediente de propuesta de Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios, añadiendo, lo cual es de suma importancia, "...que incluirá la definición exterior e interior del dominio público portuario, los usos previstos para cada una de las diferentes áreas en las que se divida la zona de servicio del puerto a los que se refiere el artículo 72 de esta ley, y la justificación de la necesidad o conveniencia de tales usos, según criterios transparentes, objetivos, no discriminatorios y de fomento de la competencia en la prestación de servicios". Asimismo, - concluye -, incluirá los espacios necesarios para que los órganos de las Administraciones Públicas puedan ejercer sus competencias en determinados campos, que detalla.

En una primera aproximación a la naturaleza jurídica de este instrumento puede concluirse que se trata de un acto de delimitación de los espacios portuarios, de tierra y agua, necesarios para el desarrollo de los usos portuarios o, si se prefiere, como acertadamente se indica, por otro lado, en la solicitud de dictamen, de un acto de delimitación de los límites del dominio público portuario y de zonificación general de usos en el ámbito portuario.

Este instrumento, por tanto, de delimitación de los espacios y usos portuarios y, en definitiva, de fijación de los límites del dominio público portuario, cuyas pertenencias, por otro lado, se concretan en el artículo 67 del mismo Texto Refundido, estando, por tanto, integrados todos los preceptos relacionados con el Dominio público portuario estatal, como se ha dicho, en el Título V, es totalmente distinto del plan especial portuario, que es un instrumento de planificación urbanística, cuyo objeto fundamental es regular los usos urbanísticos comprendidos en la zona de servicio de los puertos estatales, una vez calificada esa zona así como el dominio público portuario afecto al servicio de señalización marítima como sistema general portuario, a desarrollar a través del plan especial o instrumento equivalente (artículo 56 del TRLPEMM, integrante del Capítulo II - Consideración urbanística de los puertos -del Título III (Régimen de planificación y construcción de los puertos de interés general).

Los Tribunales, a lo largo de estos años, se han encargado de resaltar las diferencias entre el Plan de Utilización de los espacios portuarios (PUEP) y el Plan especial, pudiendo traerse a colación, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 1999(FD Cuarto), en la que, entre otras cosas, se señala que:

"A mayor abundamiento, conviene advertir que el plan de utilización no regula en sentido estricto los usos urbanísticos -el actor insiste en que la ampliación invade injustificadamente una zona urbana susceptible de aprovechamiento urbanístico-, ya que, como se indicó en Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 1998, ello se realiza a través del Plan Especial que legisla el artículo 18 de la Ley 27/1992, y el plan se limita a servir de instrumento de delimitación del perímetro portuario, constituyendo sólo la previsión a grandes rasgos de los distintos usos pues no regula, en sentido estricto, repetimos, los usos urbanísticos del espacio comprendido en la zona de servicio del puerto, labor que, como enseguida veremos, se realiza a través del plan especial previsto en el artículo 18 (fundamento 34 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de febrero de 1998, sobre el artículo 15.2 de la Ley 27/1992), y es que el Plan no hace más que trazar las grandes líneas de planifica-

ción, siempre con la exigencia legal de que se justifiquen, tal como se razonó en el ordinal precedente.

Posteriormente, y a través del Plan Especial previsto en el artículo 18, es cuando esas grandes líneas de actuación se decantan en determinaciones más concretas y detalladas, y por eso precisamente el repetido precepto establece un procedimiento coordinado de elaboración entre la Autoridad Portuaria y la Administración Urbanística que ha de tener presentes los fines que contempla la norma, cuando proclama que para articular la coordinación entre las Administraciones con competencias concurrentes en el espacio portuario, los planes generales y demás instrumentos de ordenación deberán calificar la zona de servicios como sistema general portuario y no podrán incluir determinaciones que supongan interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria, lo que, en otras palabras, significa que existe subordinación a intereses superiores, lo que justifica que a falta de acuerdo decide el Consejo de Ministros, considerando el Tribunal Constitucional (Sentencia de 19 de febrero de 1998, fundamento 37), que ello es consecuencia de la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general, por lo que, en conclusión, la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional deducido por las razones expuestas”

En parecidos términos, la Sentencia de la misma Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 1999, confirmada íntegramente por Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2005 que, en su FD Octavo, señala textualmente que

“El Plan Especial recae, territorialmente, sobre dicho ámbito de la zona de servicios, y se instrumenta para permitir el ejercicio de las potestades urbanísticas en coordinación con las correspondientes al dominio público portuario de titularidad estatal. De ahí que el artículo 18 establezca que «para articular la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario, los planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales como sistema general portuario y no podrán incluir determinaciones que supongan una interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria». Esto es, que el espacio portuario, en cuanto a su ámbito y usos, se reserva a la competencia del Estado, sin perjuicio de las competencias concurrentes en materia urbanística, que en modo alguno pueden desconocer o alterar las competencias en materia de puertos. De ahí que el apartado 2 del artículo 18 señale que «dicho sistema general portuario se desarrollará a través de un plan especial o instrumento equivalente...», de donde cabe inferir una cierta subordinación del Plan Especial al de Utilización, en tanto que éste acota el ámbito espacial del Puerto y asigna usos sobre los que desplegar las competencias propias de la actividad portuaria, que no pueden ser menoscabadas por las Administraciones competentes en materia urbanística.

Esa misma línea es seguida, como no podía ser de otro modo, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2004 y más recientemente por la Sentencia del mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2011.

De lo expuesto hasta ahora puede deducirse, con fundamento, que el PUEP (hoy DUEP) no es un plan urbanístico en sentido propio, de manera que en él no cabe sostener una completa delimitación a los efectos urbanísticos de los distintos usos del territorio afectos al puerto, sino una delimitación o distribución general de los espacios en función de los usos estrictamente portuarios, de tal forma que, no regulándose en absoluto en el Plan de Utilización el uso urbanístico de los espacios portuarios sino la distribución de los usos portuarios dentro del recinto del puerto, no se vacían en absoluto las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo de las Administraciones afectadas, ya que tales competencias, como señala el actual artículo 56 del TRLPEMM, se ejercitan a través del plan especial, instrumento específicamente diseñado para articular la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario y que será en su momento aprobado por las Administraciones urbanísticas competentes.

Esta amplia exposición sirve para ratificar la clara naturaleza de la DUEP como un instrumento de delimitación exclusiva del perímetro portuario, de fijación de los límites del dominio público portuario y de zonificación de usos, y no como un instrumento de planificación o de planeamiento especial de los puertos, con la necesaria inclusión ya de los usos urbanísticos de los espacios previamente delimitados por la DUEP.

El cambio de denominación del antiguo instrumento, el PUEP, por el de DUEP, se lleva a efecto por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, cuyo preámbulo, a modo de explicación, señala que se produce porque “se ajusta más al contenido y naturaleza del documento, evitando posibles confusiones”.

Efectivamente, como se ha expuesto, es así, ya que resulta indudable que la expresión “Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios” frente a la de “Plan de utilización de los espacios portuarios” da una idea mucho más precisa de la exacta naturaleza de ese instrumento que, sobre esa base, no puede considerarse como un “plan” en sentido propio técnico jurídico, sino como un instrumento delimitador del perímetro portuario, de definición interior o exterior del dominio público portuario y de asignación de usos a muy grandes rasgos, genérica y abstracta, que no permite identificar la actuación o actividad concreta que se va a desarrollar, estando su naturaleza jurídica más próxima, salvando las inevitables distancias, al deslinde del dominio público marítimo terrestre regulado en los artículos 11 y siguientes de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y concordantes de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1471/1989 de 1 de diciembre, que al de un auténtico instrumento de planificación, regulador ya de usos urbanísticos y que sirve de base a proyecto de obras concretos

Por otro lado, debe resaltarse que artículo 69.4 del TRLPEMM, donde, de forma harto detallada, se recoge el procedimiento a seguir para la aprobación de la DUEP, no existe la más mínima referencia a la necesidad de someter la misma al trámite de evaluación ambiental previa, lo que contrasta con la mención específica de un eventual trámite de evaluación ambiental estratégica en el Plan Director de Infraestructuras del Puerto, al que se refiere el artículo 54 del TRLPEMM.

El citado artículo 54 comienza diciendo que, la construcción de un nuevo puerto de titularidad estatal, la ampliación o realización de nuevas obras de infraestructuras de uno existente que supongan una modificación significativa de sus límites físicos exteriores en el lado marítimo, requerirá la previa aprobación de un Plan Director de Infraestructuras del Puerto que contemple la nueva configuración, añadiendo que el proyecto de Plan Director será elaborado por la Autoridad Portuaria, incluyendo, entre otros extremos, “...una Memoria ambiental en el caso de que el plan deba ,ser sometido a evaluación ambiental estratégica...” Se da a entender, por tanto, que, aunque no siempre, el plan en cuestión, claro instrumento de planificación portuaria, puede ser sometido a evaluación ambiental estratégica (introducida en la legislación española por la Ley 9/2006, de 28 de abril, a la que luego se hará cumplida referencia) lo que no ocurre con la DUEP, simple instrumento de delimitación de los espacios portuarios, en los términos expuestos.

En este sentido son relevantes los planos remitidos con la solicitud de dictamen correspondientes al Plan de Utilización de los espacios portuarios y al Plan Director de Infraestructuras del puerto de Algeciras, en los que se advierten, con claridad las diferencias entre un instrumento de delimitación, que no necesita en absoluto, por su indeterminación y fijación de usos genéricos y abstractos, ser sometido al trámite de evaluación previa, el PUEP, y un instrumento de planificación que necesitaría ser sometido a ese trámite para evaluar sus efectos significativos para el medio ambiente, el Plan Director de Infraestructuras.

- II -

Así llegamos a la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de efectos de determinados planes y programas de medio ambiente, por la que, como antes

se ha dicho y recoge su exposición de motivos, se introduce en la legislación española la evaluación ambiental de planes y programas, también conocida como evaluación ambiental estratégica, como un instrumento de prevención que permita integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos, basándose en la larga experiencia en la evaluación de impacto ambiental de proyectos, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado como en el ámbito autonómico, e incorpora a nuestro derecho interno la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. La entrada en vigor de esa Ley supondrá — sigue diciendo la exposición de motivos — la realización de un proceso de evaluación ambiental estratégica de los planes y programas que elaboren y aprueben las distintas Administraciones públicas. En este sentido, las Comunidades Autónomas, titulares de competencias para la ordenación del territorio y urbanismo, que implican una actividad planificadora tendrán un papel relevante en el adecuado cumplimiento de la citada directiva y de su norma de transposición.

Como reza el artículo 3 (Ámbito de aplicación) de la Ley, serán objeto de evaluación ambiental, de acuerdo con esta Ley, los planes y programas, así como sus modificaciones que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente, elaborados o aprobados por una Administración pública y exigidos por una disposición legal o reglamentaria o por acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma y que establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental, entre otras, en materia de transporte.

Por su parte, el artículo 2 a) señala que, “se entenderá por planes y programas: el conjunto de estrategias, directrices y propuestas que prevé una Administración pública para satisfacer necesidades sociales, no ejecutables directamente, sino a través de su desarrollo por medio de un conjunto de proyectos”.

Pues bien, en opinión de este Centro Directivo, la “Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios”, a que se refiere el artículo 69 del TRLPEMM, cuya naturaleza y contenido ha sido analizados en el apartado anterior no puede considerarse, en sentido propio, como un plan o programa de los definidos en el artículo 2 de la Ley 9/2006 a los efectos del sometimiento del mismo a evaluación ambiental previa a su aprobación ya que no encaja en la categoría propia de ese plan o programa como conjunto de estrategias, directrices y propuestas que prevé una Administración pública para satisfacer necesidades sociales, no ejecutables directamente, sino a través de su desarrollo mediante un conjunto de proyectos.

En efecto, como se ha indicado anteriormente, la DEUP es un acto de delimitación de los espacios portuarios, de tierra y agua, necesarios para el desarrollo de los usos portuarios o, lo que es lo mismo un acto de delimitación de los límites del dominio público portuario y de zonificación general de usos en el ámbito portuario, no asimilable, por tanto, a los planes y programas a los que se refiere la Ley 9/2006. No pudiendo considerarse, por tanto, un “plan o programa”, faltaría el presupuesto base para la aplicación de la Ley citada y de su consecuencia inmediata, si se cumplen, lógicamente, los requisitos exigidos por el artículo 3.1, que no es otra, que la necesidad de ser objeto de evaluación ambiental previa.

La Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a través de un oficio de una de sus Subdirecciones, de fecha de 29 de mayo pasado, considera equivalente la DEUP al antiguo PUEP, entendiéndolo que “...esta tipología de planes conforma por sí mismo, marco para la aprobación de proyectos. Por otro lado, y considerando el carácter del plan de reducido ámbito territorial, se debe proceder con la determinación, caso a caso, de la existencia de impactos ambientales significativos, a través de la realización de unas consultas de preselección, de acuerdo con los artículos 4 y 17 de la Ley 9/2006, de 28 de abril sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente”.

Esta Abogacía General del Estado, con los mayores respetos, discrepa de esa interpretación ya que, como se ha dicho, aunque, como es obvio, la DEUP establece el uso de zonas de reducido ámbito territorial, no puede considerarse como un plan o programa sino como un simple instrumento de delimitación de espacios portuarios, de fijación de los límites del dominio público portuario y de zonificación general de usos en el ámbito portuario. Basta, de nuevo, un simple examen de los planos que se acompaña con la solicitud de dictamen, correspondientes al PUEP dependiente de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras para ratificar esa conclusión y reparar en el hecho evidente de que se trata de una simple zonificación de espacios, teniendo en cuenta los distintos usos portuarios a los que se refería el antiguo artículo 94.1 de la Ley 48/2003, y actualmente el artículo 72.1 del TRLPEMM. Por otro lado, es muy difícil, por no decir imposible, precisar que esa delimitación de los espacios portuarios seguida de la asignación de los usos pertinentes pueda tener efecto significativo en el medio ambiente.

Como antes se ha indicado, eventualmente, en principio, solo el Plan Director de Infraestructuras, regulado en el artículo 54 del TRLPEMM, podría considerarse un plan de los definidos en el artículo 2 a) de la Ley 9/2006, como conjunto de directrices y propuestas de necesaria elaboración y aprobación, en los términos del artículo indicado, cuando se trate de la construcción de un nuevo puerto de titularidad estatal, de la ampliación o realización de nuevas obras de infraestructura de uno existente que supongan una modificación significativa de sus límites físicos exteriores en el lado marítimo. En este sentido, conviene recordar la mención que hace el artículo 54.1, entre los documentos que debe elaborar la Autoridad Portuaria para integrarlos en el proyecto de Plan Director de Infraestructuras, a la “..Memoria ambiental, en el caso de que el plan deba ser sometido a evaluación ambiental estratégica.” Por su parte el apartado 2 de ese mismo artículo 54, añade que, “con carácter previo a su aprobación y una vez realizada por la Autoridad Portuaria la evaluación ambiental estratégica, en caso de que ésta haya sido necesaria...”, dando claramente a entender la obligatoriedad de la evaluación ambiental estratégica, si bien deja claro que solo será exigible cuando esa evaluación sea necesaria, lo que obliga a tener presente e interpretar adecuadamente las previsiones al respecto de la Ley 9/2006.

Por último, no está de más hacer, de nuevo, una referencia al otro instrumento de planificación, en este caso urbanística, de los puertos, el plan especial, a que se refiere el artículo 56 del TRLPEMM, a través del cual se desarrolla el sistema general portuario, calificación correspondiente a la zona de servicio de los puertos estatales, así como al dominio público portuario afecto al servicio de señalización marítima. La formulación de ese Plan corresponde a las Autoridades Portuarias, siendo importante resaltar que, como reza el precepto (artículo 56.2.a), con carácter previo a la formulación del plan especial o instrumento equivalente que ordene la zona de servicio de un puerto, deberá encontrarse delimitada ésta mediante la aprobación de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios en dicho puerto, no pudiendo extenderse las determinaciones de aquel plan más allá de la zona de servicio así delimitada. La tramitación y aprobación se realizará de acuerdo con lo previsto en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, por la Administración competente en materia de urbanismo (artículo 56.2.b).

Pues bien, aunque existe un trámite previo de alegaciones de las Autoridades Portuarias y de Puertos del Estado antes de la aprobación definitiva de dicho plan especial, con unas determinadas consecuencias si el traslado no se realiza o dichos entes se pronuncian en sentido negativo, la decisión acerca del sometimiento o no del plan especial al trámite de evaluación ambiental corresponderá, en todo caso, a la Administración competente en materia de urbanismo para su tramitación y aprobación, teniendo presente, en todo caso, las previsiones sobre el particular contenidas en la Ley 9/2006.

Como antes se ha dicho, el contenido del plan especial, que desarrolla el sistema general portuario es fijar los usos urbanísticos del espacio comprendido en la zona de servicio del puerto previamente delimitado por la DUEP, que se limita a trazar las grandes líneas o manchas de delimitación de los espacios portuarios de tierra y agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios a que se refiere el artículo 72.1 del TRLPEMM.



En todo caso, es importante hacerse eco de la doctrina jurisprudencial sobre el sometimiento o no de los planes urbanísticos a evaluación ambiental, pudiendo citarse en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009, en la que, con cita de la doctrina jurisprudencia (sobre el particular (STS de 30 de octubre de 2003, 3 de marzo de 2004 y 15 de marzo de 2006), con la normativa anterior a la Ley 9/2006, se indica lo que sigue:

“La primera cuestión ha sido ya resuelta en jurisprudencia anterior y reiterada de esta Sala, de la que constituyen buena muestra nuestras sentencias de 30 de octubre de 2003 (casación 7460/2000), 3 de marzo de 2004 (casación 1123/2001) y 15 de marzo de 2006 (casación 8394/2002). Afirmamos entonces que los planes urbanísticos son equiparables a los proyectos de obras o actividades regulados en la citada Directiva comunitaria 85/337/CEE, de 27 de junio, sobre la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados en el medio ambiente (modificada luego por la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo, e incorporada al derecho español por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio), cuando en la ordenación detallada contenida en ellos se prevean y legitimen dichas obras o actividades. Precisamente porque es el plan urbanístico el que califica con precisión el suelo, con carácter vinculante sobre los proyectos de obras de naturaleza urbanística que luego se aprueben en ejecución del mismo (v.g. proyectos de urbanización). Es en la fase de planeamiento -y no en la posterior de aprobación del proyecto de obras o actividad- en la que se podrán discutir las posibles alternativas sobre su trazado, emplazamiento, uso, volumen, alturas, etc. Carece de sentido limitar la evaluación ambiental exclusivamente a la fase última del proceso urbanístico, de aprobación del proyecto técnico de la obra de urbanización, en la que por lo general ya no se pueden plantear más alternativas que la establecida en el Plan del que trae causa.”

y añade:

“A lo anterior ha de añadirse, a efectos meramente ilustrativos, que a día de hoy, tras la entrada en vigor de la Directiva 2001/42 / CE, de 27 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y su transposición y desarrollo mediante la Ley estatal 912006, de 28 de abril, y las correlativas autonómicas, se ha despejado toda duda al respecto, quedando claro que los planes urbanísticos deben someterse antes de su aprobación definitiva a un procedimiento específico de “evaluación ambiental estratégica,” en los supuestos y forma previstos en esa legislación. Ello sin perjuicio de que, en una fase posterior, los proyectos de urbanización deban también en su caso someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental regulado en el actual Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, aprobatorio del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos (que los incluye en su Anexo II, grupo 7 .b)”

Lo expuesto le sirve, además, en el caso suscitado (se impugnaba precisamente un plan especial) para señalar que, el Plan Especial impugnado, pese a su naturaleza estrictamente urbanística, pretende en realidad planificar y legitimar por sí una ampliación muy significativa del espacio portuario, sobre terrenos ganados al mar mediante la ejecución de rellenos y nuevos muelles, lo que determina su anulación por falta de la evaluación ambiental previa a su aprobación.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula la siguiente

## CONCLUSION

La aprobación por el Ministro de Fomento, a través de la oportuna Orden Ministerial, de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios, a la que se refiere el artículo 69 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, no exige el sometimiento previo de la misma a la evaluación ambiental de planes y programas, conocida como evaluación ambiental estratégica, regulada en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de efectos de determinados planes y programas de medio ambiente.

## **96.- Informe sobre competencia para autorizar instalaciones de generación de energía eólica en la zona de aguas de los puertos de interés general ubicados en la Comunidad Autónoma de Canarias.**

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 109/13 (R-1056/2013)

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre competencia para autorizar instalaciones de generación de energía eólica en la zona de aguas de los puertos de interés general ubicados en la Comunidad Autónoma de Canarias. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

**- I -**

La cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo tiene su origen en una consulta formulada al ente público Puertos del Estado por parte de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y viene acompañada de un extenso informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, de fecha 22 de noviembre de 2013, donde se concluye que la Administración Pública con competencias sustantivas para la autorización de un parque eólico marino en la zona de aguas del puerto de Las Palmas es la Administración del Estado, en particular, el órgano correspondiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. En cuanto a la Administración ambiental competente para la realización del procedimiento de impacto ambiental, considera que esta sería también la Administración del Estado y, en particular, el órgano correspondiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

Habida cuenta –se sigue diciendo en la petición de informe– de que las competencias comprometidas en este supuesto se encuentran atribuidas a otro Departamento ministerial, se solicita de la Abogacía General del Estado que se pronuncie sobre el objeto de la consulta de la Autoridad Portuaria de Las Palmas a fin de ratificar o, en su caso, enmendar el criterio sostenido por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado en dicho informe.

**- II -**

Este Centro Directivo comparte íntegramente el criterio sostenido por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado y, por tanto, la conclusión a la que llega el mismo.

Tratándose de autorizar instalaciones de generación de energía eólica en la zona de aguas de los puertos de interés general ubicados, además, en la Comunidad Autónoma de Canarias, es fundamental destacar, como hace el informe en cuestión, la doctrina sentada sentencia del Tribunal Constitucional nº 8/2013, de 17 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el artículo único, apartado uno, de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que, aun referida a dicho sector, es igualmente aplicable al sector eléctrico, pues afecta a los mismos títulos competenciales. Dicha sentencia, que recoge el criterio mantenido en anteriores pronunciamientos (sentencias nos 77/1984, de 3 de julio; 38/2002, de 14 de febrero y 149/1991, de 4 de julio) ha sido reiterada en la sentencia nº 119/2013, de 23 de abril.

Una de las cuestiones a las que se refiere la sentencia nº 8/2013, de 17 de enero, es si el mar territorial forma o no parte del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias. Pues bien, el Tribunal considera que el mar territorial no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas, no pudiendo, por tanto, éstas ejercer sobre dicho espacio sus competen-

cias. Solo excepcionalmente las Comunidades Autónomas pueden llegar a ejercer en el mar territorial diversas competencias bien en virtud de un reconocimiento estatutario expreso, bien por derivar de la naturaleza de la competencia que resulte del bloque de la constitucionalidad (por ejemplo, acuicultura), bien cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que son titulares (por ejemplo, protección de espacios naturales).

En este sentido, queda claro –como se indica en la sentencia–, que la definición del territorio autonómico viene dada, en el Estatuto de Autonomía de Canarias, por las islas (“el archipiélago canario integrado por las siete islas”), sin que incluya una referencia explícita al mar que las rodea, ni ésta pueda deducirse del significado común del término archipiélago. La inclusión de ese término en el artículo 2 del Estatuto de Autonomía no permite –afirma el Tribunal Constitucional– justificar en modo alguno la extensión al mar territorial del territorio autonómico, por lo que la única interpretación posible de la cláusula de reserva de competencias al Estado sobre las aguas jurisdiccionales contenida en el artículo 40.1 del Estatuto de Autonomía es que se trata de una cláusula de salvaguarda de competencias estatales debida a la asunción estatutaria de competencias sectoriales, que pueden tener efectos extraterritoriales sobre aguas interiores y mar.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional entiende, de acuerdo con el artículo 2 del Estatuto de Autonomía, que el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, límite natural de las competencias autonómicas (sentencia nº 38/2002, de 14 de febrero, fundamento jurídico 6), está integrado por los territorios insulares a los que expresamente se refiere el artículo 143 de la Constitución, esto es, las siete islas que en el artículo 2 del Estatuto se relacionan y se extiende a la zona marítimo terrestre que forma parte del mismo.

De todo ello deduce que las competencias que, según los artículos 30.26 y 32.9 del Estatuto de Autonomía, corresponden a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de “instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, de acuerdo con las bases del régimen minero y energético” y sobre el desarrollo legislativo y ejecución del “régimen energético y minero ajustado a sus singulares condiciones, en especial, la seguridad en la minería del agua”, respectivamente, deberán ejercerse en el ámbito territorial de la propia Comunidad Autónoma, que está integrado por los territorios insulares que se extienden hasta la zona marítimo-terrestre sin incluir las aguas marinas adyacentes.

### - III -

Llegados a este punto, el informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado analiza con detalle la legislación reguladora del sector eléctrico comenzando por los artículos 27.1.b) y 28 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y siguiendo por el Real Decreto 661/2007, de 27 de mayo (aplicable transitoriamente hasta la aprobación de las disposiciones necesarias para la aplicación del Real Decreto a que se refiere la disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio), en especial su artículo 4.2.b), que atribuye la competencia a la Administración General del Estado, a través de la Dirección General de Política Energética y Minas del entonces Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, para autorizar la construcción, explotación, modificación sustancial, transmisión y cierre de las instalaciones que se encuentren ubicadas en el mar, previa consulta, en cada caso, con las Comunidades Autónomas afectadas por la instalación, y que se completa con el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, donde se distingue entre la autorización sustantiva, competencia del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y la autorización ambiental atribuida al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, sin perjuicio de la competencia de la autoridad portuaria correspondiente para otorgar la correspondiente autorización o concesión en caso de ocupación del dominio público portuario.

De dicha normativa y de otra que la complementa, especialmente del “Estudio Estratégico Ambiental del Litoral Español para la instalación de parques eólicos marinos” aprobado por

resolución conjunta de 19 de abril de 2009 de las entonces Secretarías Generales del Mar y de la Energía, se deduce que cuando un parque eólico se encuentra ubicado en las aguas de la zona de servicio del puerto, integrantes del dominio público portuario estatal, tanto si se sitúa en la zona I o interior de las aguas portuarias como si se sitúa en la zona II exterior de dichas aguas, que será lo más normal, a los efectos del otorgamiento de la correspondiente autorización sustantiva y medioambiental prevista en la Ley 54/1997, desarrollada, con carácter general, en el Real Decreto 661/2007 y, de una forma más específica y en el plano procedimental, por el Real Decreto 1028/2007, dicho parque se puede entender comprendido a estos fines, en el mar territorial.

En este sentido, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende que, aunque el artículo 8.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, da un concepto de aguas interiores marítimas españolas, considerando como tales las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, con inclusión de los puertos y cualesquiera otras comunicadas permanentemente con el mar hasta donde se haga sensible el efecto de las mareas, así como los tramos navegables de los ríos hasta donde existan puertos de interés general, dicho concepto lo es, únicamente, a los efectos de esa ley, por lo que, cuando de autorizaciones de instalaciones de generación eléctrica ubicadas en el mar se trate, es preciso tener presente el concepto de mar territorial contenido en la Ley 10/1977, de 4 de enero, que fija el concepto de mar territorial de conformidad con la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958, sobre el mar territorial y la zona contigua.

Según el artículo 2 de la Ley 10/1977, “el límite interior del mar territorial viene determinado por la línea de la bajamar escorada y, en su caso, por las líneas de base rectas establecidas por el Gobierno”. Por su parte, el artículo 3 dispone que “el límite exterior del mar territorial estará determinado por una línea trazada de modo que los puntos que la constituyen se encuentren a una distancia de doce millas náuticas de los puntos más próximos de las líneas de base a que se refiere el artículo anterior”.

A la vista de estos preceptos, cabe concluir que las llamadas “aguas interiores” de los puertos, a estos efectos, forman parte del mar territorial, por lo que, careciendo de competencia la Comunidad Autónoma de Canarias para la autorización de instalaciones ubicadas en el mar territorial, no se advierte razón suficiente para entender que dispone de competencia sobre las citadas aguas interiores, ya que las mismas se integran en el concepto de mar territorial. A mayor abundamiento, parece claro, como ya se ha dicho, que la competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, solo puede ejercerse en el ámbito territorial de la propia Comunidad Autónoma que está integrado por los territorios insulares que se extienden hasta la zona marítimo-terrestre sin incluir las aguas marinas adyacentes a los mismos (salvo supuestos excepcionales que no son del caso).

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## CONCLUSION

La competencia para autorizar instalaciones de generación de energía eólica emplazadas en aguas portuarias, tanto si se sitúan en la zona I o en la zona II, corresponderá, tanto en el plano sustantivo como ambiental, a la Administración General del Estado, a través de los órganos administrativos competentes (Ministerio de Industria, Energía y Turismo, por un lado, y Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, por otro).

## **97.- Informe sobre la inclusión de la zona portuaria del puerto de Ibiza dentro del conjunto histórico-artístico de la ciudad de Ibiza.**

### **Resumen**

Consulta sobre la inclusión de la zona portuaria del puerto de Ibiza dentro del conjunto histórico artístico de la ciudad de Ibiza, declarada en virtud del Decreto 307/1969, de 13 de febrero. Examen del Decreto citado y de los planos que se acompañan.

Falta de voluntad del entonces Ministerio de Educación y Ciencia, proponente del Decreto (ni de los servicios técnicos que realizaron los estudios previos necesarios para dicha declaración), de incluir dentro del Conjunto Histórico- Artístico al puerto de Ibiza, que no aparece mencionado en el Decreto ni descrito en el preámbulo de la exposición de motivos ni está grafiado de forma clara en el plano.

Para la hipótesis de que se considerase incluida resulta necesario determinar la relación entre la competencia de la Administración del Estado en materia de puertos (artículos 149.1.20 de la CE) y la competencia de la CCAA en materia de patrimonio histórico- artístico (artículo 148.1.16 CE y artículo 30.25 del Estatuto de Autonomía. Aplicación de las técnicas de coordinación, colaboración y participación, de acuerdo con la doctrina del TC, que se cita, en especial la Sentencia 40/1998. De no resultar suficientes, debe estarse a la competencia que resulte prevalente que, en este caso, es la estatal sobre puertos de interés general.

**Ref:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/14 (R-447/14)

**Fecha:** 5 de junio de 2014

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, al amparo del artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Illes Balears, relativo a la inclusión de la zona portuaria dentro del conjunto histórico-artístico de la ciudad de Ibiza en virtud del Decreto 307/1969, de 13 de febrero, por el que se declara Conjunto Histórico Artístico dicha ciudad. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Por Decreto 307/1969, de 13 de febrero (BOE de 3 de marzo), se declaró Conjunto Histórico Artístico la ciudad de Ibiza. Aunque no se hace referencia a ella en el Decreto citado, la declaración de Conjunto Histórico Artístico encuentra su fundamento legal en la derogada Ley de 13 de mayo de 1933, sobre Defensa, Conservación y Acrecentamiento del Patrimonio Histórico Artístico, modificada por la Ley de 22 de diciembre de 1955, sobre Conservación del Patrimonio Histórico Artístico.

Dado el tenor de la consulta formulada y la oposición del Consell Insular de Ibiza –institución de gobierno de la isla, con autonomía en la gestión de sus intereses, y, a la vez, institución de la Comunidad Autónoma– artículo 61 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears –EAIB–) a la realización de determinadas obras de reforma en el puerto de Ibiza, al considerarlo incluido dentro del Conjunto Histórico Artístico de la ciudad, resulta necesario reproducir el preámbulo del Decreto para hacer luego referencia a su parte dispositiva.

El preámbulo del Decreto declara que:

“Entre las poblaciones históricas esparcidas por toda España y que constituyen acaso lo más valioso y emocional de su tesoro artístico, la Ciudad Alta o Ciudad Vieja, de Ibiza, es una de las más bellas, con características singulares que acrecientan su interés.

La ciudad histórica está rodeada por las murallas del siglo XVI, uno de los ejemplares más bellos que existen en España del sistema italiano de defensa contra la artillería, y es una verdadera encrucijada de callejas estrechísimas, en escalera frecuentemente, cuyo blanquísimo caserío, en contraste con el matiz dorado de las murallas conserva numerosos ejemplares de bella y sobria arquitectura civil ibicenca. En este sugestivo ambiente destacan la plaza de Santa María, ennoblecida con la torre gótica de la Catedral; los adarves del castillo, la capilla del Gremio de Mareantes y el edificio de la antigua Curia. Destaca también la calle de Caballeros, con palacios tan importantes como el de Camasema.”

En su parte dispositiva, el Decreto dispone lo siguiente:

“Artículo primero.- Se declara Conjunto Histórico Artístico la ciudad de Ibiza (Baleares).

Artículo segundo.- Esta declaración comprenderá las zonas que figuran delimitadas en el plano unido al expediente.

Artículo tercero.- La Corporación Municipal, así como los propietarios de los inmuebles afectados por esta declaración quedan obligados a la más estricta observancia de las Leyes de Tesoro Artístico, Municipal y del Suelo y Ordenación Urbana.

Artículo cuarto.- La tutela de este Conjunto, que queda bajo la protección del Estado, será ejercida a través de la Dirección General de Bellas Artes, por el Ministro de Educación y Ciencia, quedando facultado este Departamento para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el mejor desarrollo y ejecución del presente Decreto.”

La Ley de 13 de mayo de 1933, en la que, como se ha expuesto, se basó la declaración de la ciudad de Ibiza como Conjunto Histórico Artístico en el año 1969, fue sustituida por la actual Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPHE), cuya disposición adicional primera establece que “los bienes que con anterioridad hayan sido declarados histórico-artísticos o incluidos en el Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España pasan a tener la consideración y denominarse Bienes de Interés Cultural (...). Todos ellos quedan sometidos al régimen jurídico que, para esos bienes la presente Ley establece”.

Si bien es cierto, como se indica acertadamente en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado consultante, que la Ley de 13 de mayo de 1933, fundamento del Decreto de declaración de la ciudad de Ibiza como Conjunto Histórico Artístico, a diferencia del artículo 11 de la vigente Ley 16/1985, no establecía de forma expresa el deber de enumerar, identificar, delimitar y detallar los bienes incluidos en la declaración, sin perjuicio de su inclusión en el Inventario del Patrimonio Histórico Artístico, parece lógico entender que era necesaria en todo caso una mínima identificación del perímetro protegido por la declaración de Conjunto Histórico Artístico y, en su caso, de los bienes incluidos en la misma; es por ello por lo que basta una simple lectura del Decreto 307/1969 para observar que no existe base fáctica ni jurídica para entender incluido el puerto de Ibiza en la zona protegida.

En efecto, el artículo segundo del Decreto 307/1969 se limita a señalar que “esta declaración comprenderá las zonas que figuran delimitadas en el plano unido al expediente”.

Pues bien, como se indica por la Abogacía del Estado consultante, en el plano remitido por el Consell Insular de Ibiza a que se refiere el artículo 2 del Decreto 307/1967 no existen leyendas explicativas o indicativas de los espacios incluidos en la zona declarada Conjunto Histórico Artístico de la ciudad de Ibiza, existiendo solo el trazo de la zona que comprende ese Conjunto que, si bien es cierto que aparece claramente marcado en el lindero de la ciudad contrario al mar, no aparece así en el lindero correspondiente a la zona portuaria.

De la lectura del Decreto en cuestión y de la observación del plano –sigue diciendo la Abogacía del Estado consultante y comparte este Centro Directivo– se considera que no fue

voluntad del entonces Ministerio de Educación y Ciencia, proponente del Decreto (ni de los servicios técnicos que realizaron los estudios previos necesarios para dicha declaración), incluir dentro del Conjunto Histórico Artístico al puerto de Ibiza que no aparece mencionado en el Decreto ni descrito en cuanto a su importancia en el preámbulo de la exposición de motivos ni está grafiado de forma clara en el plano, a diferencia de otras zonas.

Todo ello hace realmente difícil pensar en la inclusión del puerto de Ibiza dentro de los límites del Conjunto Histórico Artístico de la ciudad de Ibiza declarado por el Decreto 307/1969.

Para reforzar la anterior conclusión cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2012 en la que se examina la intervención de la Administración Autonómica con fundamento en título habilitante de “Patrimonio Cultural o Histórico” afectando a zonas de dominio público estatal. En dicha sentencia se llega a la conclusión de que el ejercicio de la competencia para la delimitación del entorno corresponde a la Comunidad Autónoma, puesto que la misma no compromete el régimen de uso y gestión de los bienes adscritos efectivamente al servicio público estatal, como podrían ser los edificios de titularidad del Estado afectos a servicios de su competencia que se encuentren dentro del perímetro de la zona protegida y cuya gestión o prestación seguirá correspondiendo a la Administración del Estado –artículo 6.b) de la LPHE, cuya constitucionalidad fue ratificada en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 17/1991, de 31 de enero–. Ahora bien, como termina diciendo dicha resolución judicial, la protección y defensa de los bienes de interés cultural incluidos en la declaración debe tener una “definición específica para el supuesto concreto”. En el caso enjuiciado por dicha sentencia, se trataba de una posible zona de protección de un monumento declarado Bien de Interés Cultural y si la misma podía alcanzar al dominio público portuario, con las consiguientes limitaciones, lo que es rechazado en la propia resolución judicial al no estar definida esa zona de protección en el específico expediente de declaración de bien como de interés cultural.

En definitiva, la falta de inclusión en el Decreto 307/1969 (preámbulo, parte dispositiva y plano) del puerto de Ibiza dentro del Conjunto Histórico Artístico de la ciudad de Ibiza determina que no puedan aplicarse al mismo las limitaciones que de ello se derivan.

- II -

A mayor abundamiento, y como también hace la Abogacía del Estado consultante, para la hipótesis de que se considerase incluida la zona portuaria dentro de la declaración de Conjunto Histórico Artístico de la ciudad de Ibiza, resulta necesario determinar la relación entre la competencia de la Administración del Estado en materia de puertos (artículo 149.1.20 de la Constitución) y la competencia de la Comunidad Autónoma de Illes Balears en materia de patrimonio histórico-artístico (artículo 148.1.16 de la Constitución y artículo 30.25 del EAIB).

Ostentando el Estado competencia exclusiva en materia de puertos de interés general (categoría en la que se incluye el puerto de Ibiza), corresponde al ente público Puertos del Estado, entre otras funciones y competencias “la ejecución de la política portuaria del Gobierno y la coordinación y el control de la eficiencia del sistema portuario de titularidad estatal, en los términos previstos en esta ley “ (artículo 17.a) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre –TRLPEMM–), en tanto que compete a las Autoridades Portuarias, entre otras funciones, “la ordenación de la zona de servicio del puerto y de los usos portuarios, en coordinación con las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo” –artículo 25.b) del TRLPEMM–, “la planificación, proyecto, construcción, conservación y explotación de las obras y servicios del puerto...” –artículo 25.c)– así como “la gestión del dominio público portuario” –artículo 25.d)–.

Así las cosas, y siendo plenamente admisible el ejercicio concurrente de competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre un mismo espacio físico, ninguna cuestión especial se suscitará cuando el ejercicio por parte de una Comunidad Autónoma de su competencia no interfiera el legítimo ejercicio, por parte del Estado, de una competencia de este último. No ocurrirá lo propio cuando el ejercicio por parte de una Comunidad Autónoma de su competencia interfiera en el ejercicio de la competencia que, sobre ese mismo espacio físico, corresponde al Estado.

Para la debida articulación de competencias concurrentes del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre un mismo espacio físico se han utilizado, con objeto de resolver los conflictos que puedan suscitarse y siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, técnicas de colaboración, coordinación y participación, pudiendo citarse como ejemplos de ellas en el ámbito de la legislación portuaria las previsiones de los artículos 54 (planes directores de infraestructuras del puerto), 56 (articulación urbanística de los puertos) y 57 (construcción de nuevos puertos) del TRLPEMM, preceptos todos ellos en los que se prevé la participación, por vía de audiencia o de emisión de informe, de las Administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo (así como en materia de pesca en aguas interiores y ordenación del sector pesquero) en la elaboración de los correspondientes planes y proyectos.

La aplicación de esas técnicas de coordinación, colaboración y participación es, como se ha apuntado, resultado de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia de Alto Tribunal nº 40/1998, de 19 de febrero (fundamento jurídico 30) se dice lo siguiente:

“Ahora bien, es precisamente esta posibilidad de concurrencia de títulos competenciales sobre el mismo espacio lo que obliga a buscar las fórmulas que, en cada caso, permitan su concreta articulación. Por lo que a la coexistencia de las competencias autonómicas sobre ordenación del suelo y de las competencias estatales de carácter sectorial se refiere, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la competencia sobre ordenación del territorio tiene, precisamente, la finalidad de que su titular pueda formular una política global para su territorio, con la que se trata de coordinar las actuaciones, públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones, incluida la estatal.

Por otro lado, este tipo de competencias de las que es titular el Estado, si bien no persiguen de forma directa la ordenación del territorio, si implican una disposición sobre determinadas porciones del mismo que viene a condicionar la capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas. Como este Tribunal ya señalara en la STC 149/1991, “en todos aquellos casos en los que la titularidad, competencial se establece por referencia a una “política” (v. gr. protección del medio ambiente, protección del usuario; etc.), y no por sectores concretos del ordenamiento o de la actividad pública, tal competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola, incardinación del fin perseguido por la norma (o por el acto, concreto) en tal política permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otras perspectivas. De otra parte, y como también es obvio, la ordenación del territorio es, en nuestro sistema constitucional, un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a la simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, las actuaciones que por otros títulos ha de llevar a cabo el ente titular de aquella competencia, sin que de ésta se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo territorio” -STC 149/1991, fundamento jurídico 1º B)-.

Al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación. Si, como este Tribunal viene reiterando, el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (SSTC 18/1982 y 152/1988, entre otras) y si “la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta; participación, coordinación, concertación o



acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía” (STC 181/1988, fundamento jurídico 7º), este tipo de fórmulas son especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/19.84, 227/1987, 36/1994), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc.”

Ahora bien, de no resultar suficientes estas técnicas de articulación de competencias (del Estado y de las Comunidades Autónomas) concurrentes sobre un mismo espacio físico, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional declara que ha de estarse, para resolver los conflictos que puedan suscitarse, a la competencia que resulte prevalente. En este sentido, la referida sentencia nº 40/1998, de 19 de febrero, específicamente referida a la competencia estatal sobre puertos de interés general, declara lo siguiente:

“Es posible, sin embargo, que estos cauces resulten en algún caso concreto insuficientes para resolver los conflictos que pueden surgir. Para tales supuestos, este Tribunal ha señalado que “la decisión final corresponderá al titular de la competencia, prevalente” (STC 77/1984, fundamento jurídico 3º) y que “el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas, por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva de una Comunidad Autónoma” (STC 56/1986, fundamento jurídico 3º). Asimismo, en la STC 349/1991, antes citada, se señala que la atribución a las Comunidades Autónomas de la función ordenadora del territorio “no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio”, siendo legítimo tal condicionamiento cuando “el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse. Habrá de atenderse, por tanto, en cada caso a cual sea la competencia ejercida por el Estado, y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera, para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de los preceptos impugnados -fundamento jurídico 1º B); en el mismo sentido, STC 36/1994, fundamento jurídico 3º-. Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace -o, al menos, así lo entiende el constituyente-un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto sólo, será así cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.

En el caso concreto de la competencia estatal sobre puertos de interés general debe tenerse en cuenta que la existencia de un puerto estatal implica, necesariamente, una modulación del ejercicio de las competencias autonómicas y municipales sobre la ordenación del territorio y urbanismo, y que no puede quedar al arbitrio de los Entes con competencia sobre dichas materias la decisión sobre la concreta ubicación del puerto, su tamaño, los usos de los distintos espacios, etc. Al mismo tiempo, es también claro que la existencia de un puerto estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que mientras que “la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto..., la competencia de ordenación del territorio y urbanismo... tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial” (STC 77/1984, fundamento jurídico 2º):”

Pues bien, aplicando la anterior doctrina al supuesto a que se refiere el presente informe, la inclusión del puerto de Ibiza en la declaración de Conjunto Histórico Artístico, lo que se consi-

dera a efectos meramente dialécticos y como hipótesis de trabajo según lo indicado antes, en modo alguno podría interferir en el ejercicio por la Autoridad Portuaria (Administración del Estado) de la totalidad de las competencias que le corresponden para la regular gestión del puerto y prestación del servicio portuario y, ello en razón de ser la competencia estatal sobre puertos de interés general el título competencial prevalente. Es por ello por lo que el Consell Insular de Ibiza no podría, con fundamento en la declaración del Conjunto Histórico Artístico dispuesta por el Decreto 307/1969, de 13 de febrero, prohibir, limitar o condicionar la ejecución de obras de reforma del puerto de Ibiza por la Autoridad Portuaria de Baleares.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede confirmar el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Illes Balears.

## **X.2.- UTILIZACION DEL DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO ESTATAL (AUTORIZACIONES Y CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO)**

### **98.- Informe sobre el régimen jurídico de las concesiones administrativas sobre puertos con la redacción original de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.**

#### **Resumen**

Régimen jurídico de las concesiones administrativas sobre puertos: inaplicación del art. 70 de la Ley 22/1988, de Costas; aplicación de la disposición transitoria cuarta, nº 3, de la Ley 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LP). Hipoteca de concesiones portuarias: examen de los arts. 64 de la LP y 107.6º de la LH; revocación de dichas concesiones y efectos frente al acreedor hipotecario; audiencia de éste en el procedimiento para la revocación, por tener la condición de interesado ex art. 31.1.c) de la LRJ-PAC.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 6/95

**Fecha:** 19 de abril de 1995

**Ponente:** Francisco Sanz Gandasegui

#### **Observaciones:**

Actualmente hay que tener en cuenta los artículos 72 y ss del TRLPEMM.

### **Texto del Informe**

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta en relación con el expediente de revocación por la Autoridad Portuaria de Pasajes (Guipúzcoa) de ciertas concesiones otorgadas a Astilleros Luzuriaga S.A.

En relación con la citada cuestión, se procede a informar en los siguientes términos:

### **ANTECEDENTES**

El Servicio Jurídico del Estado en Guipuzcoa remite un informe, que somete a la consideración de este Centro, sobre la revocación por la Autoridad Portuaria de Pasajes (Guipúzcoa), en aplicación de la disposición transitoria 4ª de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante LP), de las concesiones que habían sido otorgadas a "Astilleros Luzuriaga, S.A." por Órdenes Ministeriales de 19 de noviembre de 1956 y 9 de diciembre de 1958.

Las conclusiones a las que se llega en el citado informe son las siguientes:

- "1.- Existe la posibilidad de acordar la revocación y consiguiente reversión al Estado eliminando trabas y embargos que consten en el Registro de la Propiedad, pero se deberá señalar una causa que justifique el interés público incompatible con la concesión y preferente a éste, sin perjuicio de que, en caso de impugnación en vía contencioso-administrativa corresponda poner de manifiesto dicho extremo al hipotético recurrente.
- 2.- Los eventuales acreedores podrán dirigirse contra la Autoridad Portuaria en reclamación de indemnización, mientras no se demuestre que la revocación obedece al interés público señalado, pero, dado que su deudor es el concesionario, deberá ser el concesionario el que reclame la eventual indemnización que, aunque no prevista en el título de concesión, hipotéticamente pudiera obtener en vía contenciosa. Para que los eventuales titulares

de cargas pudiesen reclamar directamente a la Autoridad Portuaria, sería preciso que acudiera al ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código Civil, para cuya estimación es preciso que antes haya perseguido todos los bienes del deudor para realizar cuanto se les debe, es decir, que es una acción residual y sólo ejercitable subsidiariamente en caso de inexistencia de bienes de su deudor (concesionario).

- 3.- Se concluye la necesidad de dar audiencia a los eventuales titulares de cargas, y la posibilidad por tanto del ejercicio por su parte de acciones contra el Acuerdo de la Autoridad Portuaria, en concepto de interesados en el expediente, para lo cual deberá solicitarse certificación registral o nota simple al Registro de la Propiedad, a continuación dar audiencia a los interesados que resulten de la misma y plazo para alegaciones. Ello se entiende sin perjuicio de que, si la Autoridad Portuaria entiende que por parte de tales interesados se ha incumplido una norma administrativa de notificación, se les imponga la sanción que en su caso corresponda.

Cumplidos dichos trámites sin alegaciones se podrá solicitar la cancelación registral de la concesión inscrita. Y aún cuando el acuerdo fuera recurrido en vía contenciosa, dada la ejecutividad de los actos administrativos (art. 56 LRJAPS), y salvo que en vía contenciosa se solicite la suspensión, el acuerdo podrá ser ejecutado.”

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Antes de entrar a examinar las conclusiones expuestas en el informe de V.S., este Centro considera oportuno realizar algunas consideraciones sobre la normativa aplicable al caso y, en particular, sobre la supuesta aplicabilidad del artículo 70 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC), citado por V.S. en su informe.

Se entiende que las concesiones en cuestión fueron otorgadas sobre el puerto de que se trata, puesto que al inicio de su informe se menciona la aplicación de la disposición transitoria cuarta de la vigente LP, que regula el régimen transitorio de las concesiones portuarias tras la promulgación de dicha Ley.

Siendo esto así, ha de advertirse que este Centro ya tuvo ocasión de analizar, en informe de 5 de febrero de 1991 (ref. AG Servicios Jurídicos Periféricos 1/91), y, por tanto antes de la entrada en vigor de la referida LP, el régimen jurídico aplicable a las concesiones portuarias, y, en especial, el deslinde entre la normativa aplicable a las mismas y la LC.

Se afirmaba en dicho dictamen (cuya copia se adjunta al presente) lo siguiente:

“La exposición de motivos de la vigente Ley de Costas, en su párrafo III, expresamente señala que:

“Quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley los puertos de interés general, que aun formando parte de los bienes de dominio público marítimo-terrestre de titularidad estatal, continuarán rigiéndose por su legislación específica, en atención a la sustantividad y peculiaridades de estas grandes obras públicas”

Esta diferenciación de régimen jurídico queda plasmada en el artículo 4.11 de la propia Ley de Costas al establecer:

“Pertencen asimismo al dominio público marítimo-terrestre estatal: Los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regularán por su legislación específica”

Por tanto, la Ley de Costas no incluye en su ámbito de aplicación los puertos de interés general, que quedan sometidos a su propia legislación, porque expresamente el legislador

ha considerado a dichos puertos como zonas de dominio público de distinta naturaleza y destino que el resto del dominio público marítimo-terrestre, de modo que no pueden quedar configuradas bajo los mismos principios reguladores.” (...)

Como expresamente señala el artículo 4.11 de la Ley citada, los puertos se someten a su legislación específica, constituida por un bloque normativo complejo y ciertamente anacrónico en algunos aspectos, pero vigente en su mayor parte (Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, Real Decreto-Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y su Reglamento de la misma fecha, Ley 1/1966, de 28 de enero, de Régimen Financiero de los Puertos Españoles, Ley 27/1968, de 20 de junio, sobre Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía, Ley 55/1969, de 26 de abril, sobre puertos deportivos, etc.).

En toda esta regulación ocupan lugar destacado los preceptos relativos a las concesiones. Así, por ejemplo, los artículos 53 y 54 del Real Decreto-Ley (también denominado “Ley”) de Puertos de 19 de enero de 1928 contemplan el otorgamiento de concesiones para la ejecución de obras públicas en los puertos y posterior aprovechamiento de servicios públicos que existan en los mismos; la Ley 1/66 y la Ley 27/68 establecen como medio de financiación de las entidades autónomas que gestionan los puertos los cánones correspondientes a las concesiones que se otorguen. Es cierto que ninguno de los preceptos relativos a concesiones de la legislación citada hace expresa referencia a su transmisibilidad, pero esto no puede entenderse como una ausencia de regulación, sino al contrario, como una sumisión al principio general de transmisibilidad de las concesiones administrativas, recogido en el artículo 107.6 de la Ley Hipotecaria, con el siguiente tenor:

“Podrán hipotecarse:

Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terreros que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregadas a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario”

Por todo ello, este Centro entiende aplicable al presente caso la conclusión del dictamen que parcialmente se acaba de transcribir, conclusión formulada en el sentido de que “el artículo 70 de la vigente Ley de Costas, de 28 de julio de 1988 no es aplicable a las concesiones otorgadas en los puertos de interés general, que seguirán rigiéndose por su título de concesión y la legislación específica en esta materia, siendo, en consecuencia, transmisibles e hipotecables, salvo que en aquel título se establezca lo contrario.”

- II -

Por lo que se refiere a la primera cuestión concretamente planteada por V.S., esto es, la revocabilidad de las concesiones otorgadas con la cláusula de precario, esta Dirección General manifiesta su plena conformidad con los razonamientos y conclusiones de su informe, entendiendo que la cláusula de precario, como señalan los dictámenes del Consejo de Estado números 36.898 (de 1970) y 47.748 (de 1985), “.. no significa que la Administración pueda libremente y sin ninguna restricción revocar o modificar el otorgamiento de la concesión, sino que los derechos dimanantes de ésta a favor del concesionario decaen forzosamente ante la necesidad, formalmente declarada, de que los terrenos, objeto de la concesión, sean aplicados a una finalidad de interés público prevalente”

Al carecer de más datos sobre el régimen jurídico de las concesiones en cuestión, este Centro no puede ir más allá en su análisis, y sólo puede recordar el mandato de la disposición transitoria cuarta, número tres, de la LP en la que se ordena que “la Autoridad Portuaria que corresponda resolverá sobre el mantenimiento o la revocación de las concesiones otorgadas

en precario. En caso de que se opte por el mantenimiento deberá otorgar una concesión firme con arreglo a los criterios y al procedimiento establecido en esta Ley.”

- III -

Por lo que se refiere al análisis conjunto de las conclusiones segunda y tercera del informe de V.S., este Centro considera oportuno señalar que, al amparo del régimen jurídico aplicable a las concesiones portuarias expuesto en el fundamento jurídico I, su carácter hipotecable está fuera de toda duda y ha sido confirmado por la LP, en cuyo artículo 64 se establece que

- “1.- Las concesiones podrán transmitirse por actos “inter vivos” previa autorización de la Autoridad Portuaria, que podrá ejercer los derechos de tanteo y retracto en los términos que reglamentariamente se establezcan.
- 2.- La constitución de hipotecas y otros derechos de garantía sobre las concesiones deberá ser autorizada por la Autoridad Portuaria concedente.
- 3.- En los supuestos de adjudicación de la concesión mediante remate judicial, la Autoridad Portuaria podrá ejercer el derecho de retracto en el plazo de tres meses, a contar desde el momento en que aquélla tenga conocimiento de la adjudicación.”

Esta Dirección General no conoce si las hipotecas y embargos sobre las concesiones a que se refiere V.S. son anteriores o posteriores a la entrada en vigor de la LP, aunque del contexto de la consulta se deduce que son anteriores a dicha entrada en vigor.

Como se deduce del artículo 107.6, “in fine”, de la Ley Hipotecaria, la revocación de la concesión determina la extinción de la hipoteca. Ahora bien, para los supuestos en los que la extinción de la concesión dé lugar a indemnización, el artículo 175.3 del Reglamento Hipotecario prevé que las inscripciones de hipotecas sobre concesiones “... se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constatar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en la debida forma, para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario.”

De la lectura de dicho precepto se deduce que en el supuesto de resolución de la concesión con indemnización, el derecho del acreedor hipotecario se transforma, mediante subrogación real, en el derecho, que se aplicará conforme a las reglas civiles e hipotecarias, a resarcirse con una suma dineraria (procedente de aquella indemnización).

En principio, no parecería que los acreedores hipotecarios ostenten la condición de interesados en el procedimiento administrativo de revocación de la concesión, por cuanto su derecho se transformará, en caso de resolución con indemnización, en el derecho al que se ha hecho referencia.

No obstante, los acreedores hipotecarios pueden estar interesados en mantener la vigencia de la concesión, en cuanto pueda ser más favorable para sus intereses, e incluso, en reclamar la indemnización a la Administración. Por ello, como V.S. afirma en su informe, parece lógico que, cuando se tenga conocimiento de este extremo, se reconozca a los citados acreedores, la condición de interesados prevista en el artículo 31.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, invitándoles a participar en el expediente, en cuanto titulares de un interés legítimo, como ordena el artículo 34 de la citada Ley.

Por lo que se refiere al modo en que la Administración puede conocer la existencia de tales acreedores, en el régimen de la nueva LP no se planteará problema en este punto, al exigir el anteriormente transcrito artículo 64, autorización para poder constituir la hipoteca. En los casos anteriores a la entrada en vigor de la norma citada, no cabe entender que la Administración esté obligada a reclamar en todo caso del Registro de la Propiedad la existencia de hipo-

tecas y otros gravámenes sobre la concesión y, en este sentido, este Centro considera que la Administración no es un tercero al que pueda perjudicar la publicidad registral proclamada en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Ahora bien, por aplicación de las citadas reglas procedimentales, y por el hecho de que si la revocación de la concesión genera indemnización, ésta habrá de ser obligatoriamente consignada, parece lógico que la Administración solicite información al Registro de la Propiedad sobre las referidas cargas y gravámenes cuando se disponga a iniciar un procedimiento de revocación de concesión.

Todo lo anteriormente expuesto conduce a las siguientes

## **CONCLUSIÓN**

Este Centro, con las matizaciones realizadas en los fundamentos jurídicos del presente dictamen, confirma las conclusiones del informe de V.S., y, en particular, entiende que procede reconocer a los acreedores hipotecarios del titular de una concesión portuaria inscrita en el Registro de la Propiedad la condición de interesados en el procedimiento que se inicie para la revocación de aquélla.

## **99.- Informe sobre la declaración de lesividad de un acuerdo de una Autoridad Portuaria por el que se amplía una concesión de dominio público portuario.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posible declaración de lesividad de una resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife por la que se amplió a 25 años el plazo de una concesión. Criterio favorable a la declaración de lesividad por las siguientes razones: 1) Ser la ampliación o prórroga contraria a lo previsto en el Pliego de Bases del concurso para el otorgamiento de la concesión; 2) Ser la ampliación o prórroga contraria a las previsiones de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (disposición transitoria cuarta y art. 54.6); 3) Imposibilidad de apreciar una válida modificación del Pliego de Bases al amparo de los arts. 101.1 y 163.1 del TRLCAP (ejercicio del ius variandi); 4) Conculcación del principio de libre concurrencia.

**Ref.:** A.G. FOMENTO 5/04

**Fecha:** 25 de abril de 2004

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel

### **Observaciones**

En lo relativo a los trámites y competencia para la declaración de lesividad habrá que estar actualmente a lo dispuesto en el artículo 35.2 del TRLPEMM, interpretado en el informe A.G. ENTES PÚBLICOS 67/12, recogido en el nº 13.

## **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 por la que se amplía a 25 años el plazo de la concesión de la terminal pública de contenedores otorgada a la sociedad "X, S.A." En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro tiene el honor de informar cuanto sigue:

## **ANTECEDENTES**

1º) Por Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 28 de julio de 1988 se aprobaron el Pliego de Bases y el Reglamento de Explotación para la adjudicación por concurso de la explotación temporal de la base de contenedores del Este en la zona de servicios del Puerto de Santa Cruz de Tenerife.

El artículo 4 del aludido Pliego de Bases ("Plazos de la concesión") dispone que "la parcela se entrega por un período de 10 años prorrogables por otros 5 años, por una sola vez, previa petición del titular. La prórroga no se concederá en las siguientes circunstancias, sin perjuicio de que puedan ser causa de resolución o rescate anticipado:..."

2º) Por delegación del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, la entonces Dirección General de Puertos y Costas acordó, por resolución de 4 de octubre de 1988, otorgar concesión administrativa para la instalación y explotación del servicio de terminal pública de contenedores en el Dique del Este a la sociedad "X, S.A.," fijándose como condiciones de explotación las establecidas en el Pliego de Bases y en el Reglamento de Explotación.



En el apartado 2 de la referida resolución de 4 de octubre de 1988 se dispone que “sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4º del Pliego de Bases del Concurso, será motivo especial de denegación de la prórroga de cinco años el incumplimiento de los plazos de construcción de las instalaciones y de puesta en servicio de la maquinaria a que se refieren los artículos 12 y 13 del Pliego de Bases...”

- 3º) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, dentro del asunto incluido en el Orden del Día como “Reordenación de las bases de contenedores en el Puerto de Santa Cruz de Tenerife”, resolvió, el 16 de enero de 1998, que “no existe impedimento para , una vez cumplido el término concesional, se pueda proceder a la prórroga de la concesión de la que es titular X, S.A. en el Dique del Este de este puerto, bastando para la obtención automática de la prórroga el haber cumplido todas las condiciones impuestas por el Pliego correspondiente y la oportuna solicitud”
- 4º) Mediante escrito de 20 de abril de 1999 D. Stefan Ahlers Commentz, actuando en nombre y representación de la sociedad “X, S.A.” solicitó prórroga de la concesión de que es titular dicha entidad mercantil, así como la ampliación del plazo concesional, justificando esto último en “importantes inversiones adicionales no exigidas en el pliego concesional, cuya amortización precisa de mayor término, con el fin de mantener el equilibrio económico-financiero de la expresada concesión”
- 5º) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, mediante acuerdo de 30 de junio de 1999 y tras indicar que el artículo 81 de la Ley de Costas (que resulta de aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) establece la improrrogabilidad de las concesiones al término de su vencimiento salvo que en el título de otorgamiento se hubiese previsto lo contrario, resolvió conceder la prórroga solicitada sin pronunciarse sobre la solicitud de ampliación del plazo concesional formulada en el referido escrito de 20 de abril de 1999.
- 6º) La sociedad “X, S.A.” presentó el 4 de julio de 2002 un nuevo escrito en solicitud de ampliación del plazo concesional, pretendiendo, frente al plazo inicialmente previsto de diez años prorrogables por otros cinco, la fijación de un plazo de 25 años prorrogables por cinco años más, modificando para ello el artículo 4 del Pliego de Bases de la Concesión, y ello con fundamento en la necesidad de acometer nuevas inversiones adicionales por importe de 8.274.650 euros que la referida sociedad efectuaría si se accediera a tal modificación.
- 7º) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de continua referencia dictó, el 30 de julio de 2002, resolución acordando: 1) Requerir a la sociedad “X, S.A.” la realización de las inversiones que se detallan en la propia resolución; 2) Compensar el desequilibrio económico que se causará a la concesionaria mediante la ampliación del plazo concesional a 25 años, quedando el acuerdo de ampliación en suspenso hasta que las inversiones se realicen en su integridad; y 3) Habilitar a la Presidencia de la Autoridad Portuaria para que dicte el acto administrativo, una vez realizado el reconocimiento de las inversiones por los técnicos, que levante la suspensión del acuerdo.
- 8º) A propuesta del Ente Público Puertos del Estado y por entender que el acuerdo del Consejo de Administración de la mencionada Autoridad Portuaria reseñado en el apartado anterior incurre en infracción del ordenamiento jurídico, la Secretaría de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento acordó, el 21 de enero de 2004, la iniciación del procedimiento de declaración de lesividad del repetido acuerdo.
- 9º) Cumplimentado el trámite de audiencia a la sociedad “X, S.A.” que lo evacuó mediante escrito de 29 de marzo de 2004 y formulada la oportuna propuesta de resolución, la Secretaría General Técnica (Subdirección General de Recursos) del Ministerio de Fomento recaba el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que “cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”

Por su parte, el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) dispone, en su redacción vigente (dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que “las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.”

De los preceptos legales citados resulta que la declaración de lesividad se configura en nuestro Derecho como un acto administrativo que es requisito o presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración del Estado, en los casos en que la misma se proponga actuar como parte demandante en recursos contencioso-administrativos dirigidos contra sus propios actos declarativos de derechos (sentencias de 20 de enero de 1936, 27 de marzo de 1957 y 21 de marzo de 1961, entre otras). Sus efectos se centran, por tanto, en legitimar activamente a la Administración que demanda la anulación de sus propios actos, y, consiguientemente, en autorizar la interposición, admisión y tramitación del recurso contencioso-administrativo por ella promovido, sin perjuicio, como es natural, de las facultades del Tribunal competente para declarar si el acto impugnado es o no conforme a Derecho, y si realmente produce los efectos perjudiciales alegados por la Administración recurrente.

### - II -

Para determinar, con carácter general, si procede o no la declaración de lesividad es preciso detenerse en el examen de los requisitos que a tales efectos deben concurrir en un acto administrativo.

El artículo 43 de la LJCA exige, en primer lugar, y como ya quedó señalado, que el acto lesione los intereses públicos. A esta primera exigencia ha de unirse un segundo requisito, imprescindible para que sea procedente la declaración de lesividad. Este segundo requisito consiste en la ilegalidad del acto, esto es, en que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea nula de pleno derecho o anulable, conforme a lo establecido por los artículos 62 y 63, respectivamente, de la LRJ-PAC, si bien debe advertirse que cuando el acto sea nulo de pleno derecho, según dictamen en tal sentido del Consejo de Estado, la Administración podrá por sí misma anularlo de oficio, sin necesidad de la previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 102 de la LRJ-PAC).

Aunque el artículo 43 de la antes mencionada LJCA destaque singularmente el requisito de la lesión, la exigencia del segundo presupuesto —la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico— se desprende con toda claridad de los principios básicos que informan nuestro sistema de justicia administrativa, así como de diversos preceptos concretos del articulado de la propia LJCA (cfr., entre otros, los artículos 31, 70 y 71). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido de manera reiterada, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 23 de marzo de 1993, en la que claramente afirma que el

sólo hecho de resultar gravoso para la Administración la eficacia de un acto administrativo (en el caso se trataba de una expropiación) no concurriendo ningún tipo de irregularidad invalidante, no puede ser causa suficiente para declarar la lesividad del acto.

- III -

Pasando al examen del caso sobre el que se informa, y por lo que se refiere, en primer lugar, al requisito de la lesión a los intereses públicos, debe indicarse que la supresión en el artículo 43 de la vigente LJCA de la alusión que en el artículo 56 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 se hacía al carácter de la lesión de los intereses públicos (“de carácter económico o de otra naturaleza”) parece confirmar el criterio, sostenido por cierta jurisprudencia, de que, superado el viejo requisito de la doble lesión, jurídica y económica, basta con que el acto administrativo incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo por la Administración Pública autora de aquél. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1994 declara que “mientras que en los casos de producirse una nulidad de pleno derecho o una nulidad relativa por infracción manifiesta de la ley (...) bastará con demostrar la concurrencia de la nulidad radical o de la nulidad relativa por infracción manifiesta de la ley para el éxito del mismo, cuando en él se pretenda una anulación por lesividad habrá de acreditarse, para su procedencia, la lesividad en sí; ahora bien, teniendo en cuenta que en la actualidad ha desaparecido la exigencia del requisito de la doble lesión, jurídica y económica, basta con que el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal y como este Tribunal ha declarado en sus sentencias de 14 de marzo de 1980 y 22 de enero de 1988”.

Es por ello por lo que tiene la máxima importancia determinar si el acto cuya declaración de lesividad se pretende incurrió en infracción del ordenamiento jurídico.

- IV -

La concesión otorgada a la sociedad “X, S.A.” (en lo sucesivo, X) constituye una concesión demanial o de dominio público, al encajar plenamente en el concepto de la misma: título jurídico que habilita para el uso y aprovechamiento privativo, exclusivo y excluyente de un bien de aquel carácter (en el caso, un bien del dominio público portuario), transfiriendo al concesionario no la titularidad de dicho dominio, sino el derecho (de carácter real y administrativo) al aprovechamiento, oponible erga omnes, incluso frente a la Administración concedente que sea titular del demanio. Siendo una concesión demanial sobre una pertenencia del dominio público portuario, debe precisarse todavía que, aun cuando se haya mantenido el carácter de la concesión demanial como un acto administrativo unilateral, ha de tenerse en cuenta que la doctrina mayoritaria y más autorizada se pronuncia, si no por su naturaleza netamente contractual, sí por su configuración como acto negocial de marcado carácter bilateral en el que la voluntad del concesionario resulta esencial para su existencia; tal es la caracterización mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 26 de mayo de 1923, 14 de marzo de 1936, 6 de abril de 1957, 23 de marzo de 1972 y 11 de febrero de 1986, entre otras) y por la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 30 de noviembre de 1949 –recaído en el expediente nº 5278– y 28 de febrero de 1973 –emitido en el expediente nº 38223–).

La caracterización de la concesión demanial como acto negocial de marcado carácter bilateral determina que sean las previsiones contenidas en el pliego concesional o pliego de bases la *lex contractus* a que deben sujetarse las partes, tanto el concesionario (X) como la Administración concedente (Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife). Partiendo de esta premisa, y como quiera que la ampliación del plazo concesional a 25 años dispuesta por el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 equivale en realidad a una prórroga del plazo de la concesión que le fue otorgada a CAPSA el 4 de octubre de 1988, la referida ampliación resulta contraria a la previsión contenida en el artículo 4 del

“Pliego de Bases para el concurso de explotación temporal de la base de contenedores del Este del Puerto de Santa Cruz de Tenerife” aprobado por Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 28 de julio de 1988, ya que dicho artículo establece que “la parcela se entrega por un periodo de 10 años prorrogable por otros 5 años, por una sola vez, previa petición del titular...” lo que inequívocamente conduce a concluir que no es posible una ampliación o prórroga más allá del plazo establecido por dicho precepto.

Por otra parte, y dado que la concesión de que se trata se otorgó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), la anterior conclusión --imposibilidad de ampliación del plazo establecido en el artículo 4 del mencionado Pliego de Bases-- queda confirmada por las previsiones de derecho transitorio del citado texto legal.

En efecto, tras ordenar el apartado uno de la disposición transitoria cuarta de la LPMM el mantenimiento del statu quo de las autorizaciones y concesiones vigentes a la entrada en vigor de la Ley (“Sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables, que se adaptarán a lo prevenido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen”), el apartado cinco de la aludida disposición transitoria preceptúa lo siguiente:

“En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollan.

Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta años.”

Pues bien, prohibiendo el párrafo primero del precepto que acaba de transcribirse la prórroga de concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPMM, como es del caso, en condiciones contrarias a dicho texto legal, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 54.6 de la propia LPMM y que establece lo siguiente:

“El plazo de vencimiento de las concesiones será improrrogable, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contrario, en cuyo caso, a petición del titular y a juicio de la Autoridad Portuaria, podrá ser prorrogado siempre que aquél no haya sido sancionado por infracción grave, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión y no se supere en total el plazo máximo de treinta años.

Excepcionalmente, y de acuerdo con los criterios que se determinen reglamentariamente, entre los que se deberán de tener en cuenta, al menos, la cuantía de la inversión y el interés estratégico de la concesión, la Autoridad Portuaria podrá acordar, previo informe favorable de Puertos del Estado la prórroga de aquellas concesiones cuyo plazo inicial sea de veinticinco a treinta años y cuyo objeto se encuentre directamente vinculado con la explotación portuaria. Dicha previsión deberá establecerse expresamente en el título concesional y la prórroga no podrá exceder, en ningún caso, del plazo de treinta años, y su consideración permitirá la revisión de las condiciones de la concesión, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución de otorgamiento de la misma.”

Prescindiendo de la regla consignada en el párrafo segundo del precepto que acaba de transcribirse, al no concurrir en el caso a que se refiere el presente informe los requisitos exigidos para la aplicación de dicha regla, es claro que, así como el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de junio de 1999 pudo válidamente acordar la prórroga (por 5 años) de la concesión otorgada a X, dado que el título concesional preveía expresamente la prórroga de la concesión y que el plazo total de la misma (plazo de duración previsto y prórroga) no superó el límite legal de 30 años, no ocurre lo propio con el acuerdo del Consejo de Administración de la aludida Autoridad Portuaria de 30 de julio de 2002, desde el momento en que,

además de haberse utilizado la posibilidad de prórroga prevista en el título concesional, mediante su otorgamiento, el plazo total (es decir, el plazo inicial –10 años–, la prórroga concedida –5 años– y la ampliación dispuesta por el reiterado acuerdo –25 años–) supera con exceso el plazo establecido en el párrafo primero del artículo 54.6 de la LPMM, cual es el de 30 años.

Debe, pues, concluirse, a la vista de las consideraciones precedentemente expuestas, que el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 no es ajustado a Derecho al infringir el artículo 4 del “Pliego de Bases para el concurso de explotación temporal de la base de contenedores del Este del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, en relación con la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPMM y artículo 54.6, párrafo primero, de dicho texto legal.

Alcanzada la anterior conclusión, debe examinarse todavía si la misma queda desvirtuada por la argumentación de que el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de continua referencia no otorgó propiamente una prórroga de la concesión, sino que dispuso una ampliación del plazo de la concesión mediante una modificación del artículo 4 del Pliego de Bases en razón de la necesidad de compensar al concesionario, y mantener así el equilibrio económico-financiero de la concesión, por razón de las inversiones que aquél ofreció realizar (instalación de una determinada grúa, sustitución de los carriles de la grúa pórtico, construcción de vigas de hormigón armado para la rodadura de ciertos equipos, sustitución del pavimento de la zona de almacenamiento, etc.) con objeto de mejorar la eficacia del servicio, y ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 163.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP). Tal es la razón esgrimida en la solicitud de ampliación del plazo de la concesión formulada por X en su escrito de 4 de julio de 2002 dirigido a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife (cfr. antecedente 6), la tenida en cuenta por el acuerdo del Consejo de Administración de dicha Entidad Pública cuya declaración de lesividad se pretende y, en definitiva, la expuesta por la aludida sociedad mercantil en el trámite de audiencia del procedimiento de declaración de lesividad.

Pues bien, en opinión de este Centro Directivo la argumentación a que acaba de hacerse referencia no desvirtúa el criterio que mantiene en el presente informe, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

Como se ha indicado más arriba, la concesión otorgada a X es una concesión demanial; ahora bien, no puede desconocerse que la ocupación, por dicha sociedad y mediante concesión, de una pertenencia del dominio público portuario constituye el soporte necesario para la prestación de un servicio público; así claramente se dice en el artículo 1 del Pliego de Bases en el que, tras indicar que “es objeto del concurso la adjudicación de la concesión de una parcela de 60.000 m<sup>2</sup> para la constitución y explotación de una Base de Contenedores en el Puerto de Santa Cruz de Tenerife;” se declara que “la explotación de la Base implica la prestación de un servicio público de carga, descarga, remoción, transporte a o desde zona de almacenamiento y entrega o recepción de contenedores, así como el suministro de agua a los buques que utilicen la base de contenedores;” Esta caracterización de la concesión de que se trata –soporte material necesario para la prestación de un servicio público– determina, sin duda alguna, que deba tenerse presente el elemento de servicio público ínsito en la repetida concesión y, por tanto, la disciplina jurídica del contrato de gestión de servicio público, a fin de dilucidar si, a la luz de dicha disciplina, era posible la ampliación del plazo de concesión dispuesto por el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002. Pues bien, desde esta perspectiva de relación jurídica de servicio público entre X y la aludida Autoridad Portuaria, la ampliación del plazo de la concesión dispuesta por dicho acuerdo no resulta jurídicamente correcta.

En primer lugar, sobre no poder tener el contrato de gestión de servicio público carácter perpetuo o indefinido, en el oportuno pliego debe fijarse necesariamente la duración de aquél y la de la prórroga de que en su caso pueda ser objeto. Esta exigencia, explicitada en el artículo 157 del TRLCAP, tiene una justificación lógica que engarza directamente con el principio de concurrencia a que debe ajustarse la actividad contractual de la Administración (cfr. artículo 11.1 del TRLCAP), pues si difícilmente puede satisfacerse el principio de concurrencia si la relación contractual fuese

a perpetuidad o tuviese carácter indefinido, lo propio puede decirse si se pudiese modificar, ampliándolo, el plazo de duración de esa relación al margen de las previsiones establecidas en el pliego, tal y como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid, por todas, sentencia de 23 de mayo de 1979, Ar. 2035), así como la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 7/1998, de 17 de marzo; 38/1998, de 16 de diciembre; 5/1999, de 17 de marzo; y 9/1999, de 30 de junio); es por ello por lo que, vencido el plazo establecido (incluida la prórroga que se hubiese otorgado) y extinguida con ello la relación contractual, lo que procede es la convocatoria del oportuno procedimiento de selección –concurso– para la adjudicación de un nuevo contrato. Pues bien, prevista en el Pliego de Bases (artículo 4) la duración de la concesión en 10 años y la posibilidad de prórroga por otros cinco, una vez transcurrido el plazo total (plazo contractual y prórroga), no cabe la ampliación del plazo de la concesión, sino la convocatoria del oportuno concurso para la adjudicación de una nueva concesión.

En segundo lugar, no resulta atendible, en el caso a que se refiere el presente informe, la ampliación del plazo de concesión por razón del planteamiento a que responde la misma –compensación a la entidad concesionaria, a fin de mantener el equilibrio económico-financiero de la relación contractual, ante las inversiones que aquélla se ofreció a realizar en aras de una mayor eficacia del servicio, y que la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife admitió–.

Reconocido a la Administración, en relación con los contratos administrativos, el denominado *ius variandi* en el artículo 101.1 del TRLCAP, el artículo 163.1 de este texto legal particulariza al contrato de gestión de servicios públicos dicho derecho, disponiendo que “la Administración podrá modificar, por razones de interés público las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios”. Pues bien, en el caso de que se trata no cabe apreciar, en rigor, la concurrencia del supuesto que se halla en la base del *ius variandi*. Prescindiendo, por no ser del caso, de modificación de las tarifas que deban ser abonadas por los usuarios, la modificación de las características del servicio contratado hacen referencia a la variación en la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista; así lo confirma la previsión del artículo 127.1.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, precepto que, aunque referido a un ámbito y a una Administración distinta, no por ello deja de tener valor ilustrativo de lo que consiste el *ius variandi* en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos. Pues bien, partiendo de esta premisa, no puede desconocerse que en el caso de que se trata no se ha decretado por la Administración concedente (Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife) ninguna variación o modificación que atañe al contenido de las prestaciones en que consiste el servicio tal y como éstas aparecen fijadas en el “Reglamento de Explotación Temporal de la Base de Contenedores del Este del Puerto de Santa Cruz de Tenerife” y en las demás normas que le sean de aplicación, sino que, muy distintamente, la sociedad concesionaria se ofreció a realizar una serie de inversiones (por importe de 8.274.650 euros) que no le eran exigibles según el pliego, solicitando como contrapartida de ello, a fin de poder amortizar y rentabilizar adecuadamente esas inversiones (dado el breve plazo que restaba a la concesión al tiempo de la oferta), una ampliación del plazo de la concesión en 25 años, prorrogable por otros 5, ofrecimiento que fue aceptado por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife; así resulta, claramente del escrito de dicha sociedad, fechado el 4 de julio de 2002 y dirigido a la citada Autoridad Portuaria, y del acuerdo del Consejo de Administración de la misma de 30 de julio de 2002.

Si, por las consideraciones anteriores, el caso de que aquí se trata no tiene adecuado encaje en el supuesto a que se refiere el artículo 163.1 del TRLCAP, ello ha de repercutir en la consecuencia que se anuda al ejercicio del *ius variandi* y que recoge en el apartado 2 de dicho precepto legal (“Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueran considerados como básicos en la adjudicación del contrato”), es decir, en la compensación, instrumentada en el caso que se examina en una ampliación del plazo de la concesión en 25 años prorrogable por otros 5.

Ante todo, conviene precisar que, aunque el artículo 163.2 de la TRLCAP no indique las formas o modos en que ha de efectuarse la compensación, la compensación consistente en la ampliación

del plazo de la concesión es una cuestión extremadamente delicada por perjudicar o poder perjudicar el principio de concurrencia, de aquí que su utilización deba estar presidida por un criterio restrictivo hasta el extremo de que su aplicación en casos concretos ha precisado de una modificación normativa a nivel de norma con rango de ley, como ha sido la operada por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en virtud del cual se adiciona un artículo 25 bis a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión, precepto que establece la posibilidad de que la compensación al concesionario, con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión consista en la ampliación del plazo de la concesión.

Hecha la anterior precisión, y volviendo al principio de libre concurrencia, la consideración de lo pretendido por la sociedad concesionaria y aceptado por la Autoridad Portuaria de continua referencia determina que la ampliación del plazo de la concesión dispuesta por el mencionado acuerdo de 30 de julio de 2002 –compensación al concesionario para mantener el equilibrio económico-financiero por el supuesto ejercicio del *ius variandi*– sea contraria al aludido principio. En efecto, no viniendo obligada X a realizar las inversiones, debe recordarse que fue la propia sociedad quien las propuso a la Autoridad Portuaria, lo que la repetida sociedad pretende, cuando sólo restan dos años para la extinción de la concesión, es la prolongación o ampliación de ésta con objeto de obtener el tiempo necesario para conseguir la adecuada rentabilidad de las inversiones por ella proyectadas y, por tanto, el correspondiente beneficio. Pues bien, aunque tales inversiones redunden en una mejora de las instalaciones portuarias y del servicio portuario, el otorgamiento a la repetida sociedad de la ampliación o prolongación del plazo de la concesión supone, como fácilmente se comprende, sustraer a terceros esa misma posibilidad de acometer esas inversiones y obtener el consiguiente beneficio, perpetuándose de esta forma la posición jurídica de la actual sociedad concesionaria (debe tenerse en cuenta que el plazo por el que se amplía la concesión –25 años– es superior al doble del plazo por el que se otorgó la concesión –10 años–), lo que resulta contrario a las exigencias que postula el principio de concurrencia que demandan, una vez extinguida la concesión por el transcurso del plazo establecido en el artículo 4 del Pliego de Bases, la convocatoria del oportuno concurso en el que se exija por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife a quien resulte adjudicatario la realización de las obras e instalaciones a que se refieren las inversiones propuestas por X, concurso en el que, obviamente, podrá tomar parte, en concurrencia con terceros, la actual sociedad concesionaria.

En suma, y a modo de recapitulación de todo lo dicho, debe concluirse, a la vista de lo previsto en el artículo 4 del Pliego de Bases, artículo 54.6 y disposición transitoria cuarta, apartados uno y cinco, de la LPMM y en los artículos 11.1 y 163 del TRLCAP, apreciando fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 y subsiguiente impugnación del mismo ante al jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, si el examen de la legalidad vigente conduce, a la vista de las consideraciones expuestas, a la conclusión de que el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 incurre en infracción del ordenamiento jurídico, siendo, por tanto, susceptible de ser declarado lesivo, no puede desconocerse, y así debe advertirlo este Centro Directivo, la repercusión que la situación fáctica creada por dicho acuerdo –realización por X de una inversión de 8.274.650 euros– tendría sobre la anulación del mismo. En efecto, si, por incurrir el repetido acuerdo en infracción del ordenamiento jurídico es previsible que la jurisdicción contencioso-administrativa lo anule, no puede olvidarse que, de haber realizado X, en todo o en parte, la inversión ofrecida por ella, dicha sociedad exigiría a la aludida Autoridad Portuaria responsabilidad patrimonial por los perjuicios irrogados a aquélla y derivados de la anulación del acuerdo de continua referencia, acto administrativo de claro contenido sinalagmático imputable a la propia Autoridad Portuaria: efectuada la inversión, la sociedad, al anularse la ampliación de la concesión a 25 años, no podría amortizar aquélla y, menos, rentabilizarla, con el consiguiente perjuicio que de ello se le seguiría, siendo previsible, de otra parte, que esa reclamación de responsabilidad patrimonial prosperase, al concurrir, en principio, los requisitos exigidos para ello por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC (la

inversión proyectada y, como consecuencia de ello, la ampliación del plazo de la concesión fue propuesta por la sociedad y aceptada por la Autoridad Portuaria, actuando, de esta manera, la sociedad sobre la base de la confianza que le inspiró al acuerdo del órgano de gobierno de dicha entidad pública).

- V -

Alcanzada la conclusión expuesta en el fundamento jurídico anterior sobre la procedencia de la declaración de lesividad del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002, debe hacerse referencia a la regulación que contiene la LRJ-PAC (modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) respecto a los requisitos y al procedimiento de declaración de lesividad de los actos administrativos anulables.

El vigente artículo 103 de la LRJ-PAC comienza la regulación de la “declaración de lesividad de los actos anulables” disponiendo en su apartado 1 que “las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo” (lo que sustancialmente no difiere del contenido del anterior artículo 103.2). A continuación, el resto de los apartados del artículo actualmente en vigor establecen los requisitos de la declaración de lesividad. El primero de ellos (también exigido en el anterior artículo 103.5 de la LRJ-PAC) es que no hayan transcurrido cuatro años desde que se dictó el acto administrativo (artículo 103.2 vigente). Los demás requisitos suponen modificaciones importantes respecto de la regulación anterior y se refieren a la obligación de dar “previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados” (actual artículo 103.2 de la LRJ-PAC) y a que “transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo” (artículo 103.3 de la LRJ-PAC, según la redacción dada por el artículo 81 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

Por lo que se refiere, en primer lugar, al plazo máximo para resolver el procedimiento de lesividad, configurado por el actual artículo 103.3 de la LRJ-PAC como de caducidad, dado que dicho plazo es el de seis meses desde su iniciación, y puesto que ésta tuvo lugar el 21 de enero de 2004, el aludido procedimiento debería estar terminado, mediante la oportuna declaración de lesividad por el órgano competente antes del día 21 de julio de 2004, ya que, de lo contrario, el procedimiento caducaría. Se estima oportuno señalar que, en caso de que caducase el procedimiento, ello no implicaría que en el nuevo procedimiento que se iniciase (dentro del plazo de cuatro años señalado en el artículo 103.2 de la LRJ-PAC) tuvieran que reiterarse todos y cada uno de los trámites o actuaciones ya realizados en el procedimiento caducado. Como aplicación particular del principio o regla general de conservación de los actos y negocios jurídicos, el artículo 66 de la LRJ-PAC dispone que “el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiese mantenido igual de no haberse cometido la infracción.” Pues bien, aunque no exista norma alguna que determine los efectos de la caducidad respecto a los trámites del procedimiento caducado, es razonable aplicar analógicamente el precepto legal transcrito, lo que conduce a conservar los trámites y actuaciones realizados en el procedimiento caducado y a admitirlos en el nuevo procedimiento. No obstante, este Centro considera que en caso de iniciarse un nuevo procedimiento, por caducidad del anterior, debería reiterarse el trámite de audiencia.

En cuanto a la competencia para acordar la declaración de lesividad, debe tenerse en cuenta que la disposición adicional decimosexta.1.c) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado señala, respecto de los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado, como órganos competentes para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables a “los órganos a los que estén adscritos los Organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos”.



Así las cosas, y dado que el acto que se pretende declarar lesivo fue acordado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, es decir, por el máximo órgano de gobierno de dicha entidad pública y puesto que las Autoridades Portuarias están adscritas al Ministerio de Fomento a través de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación, conforme resulta del artículo 25 del Real Decreto 1475/2000, de 4 de agosto, en relación con el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, ha de entenderse que la competencia para la declaración de lesividad del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 corresponde a la aludida Secretaría de Estado.

Una vez declarada la lesividad, deberían remitirse todas las actuaciones a este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos) con el fin de dictar las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad. Conviene advertir, respecto de las condiciones formales del expediente que debería remitirse a este Centro a los efectos señalados, que habría de darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 48.4 de la LJCA, según el cual “el expediente, original o copiado, se enviará completo, foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga ...”

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a la consideración de V.I. las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 30 de julio de 2002 por el que se amplió a 25 años, prorrogables por otros 5, el plazo de la concesión otorgada a la sociedad “X, S.A.”

**Segunda.-** La declaración de lesividad a que se refiere la anterior conclusión habría de ser acordada por la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación del Ministerio de Fomento antes del día 21 de julio de 2004, ya que, de lo contrario, se produciría la caducidad del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 103.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De producirse la caducidad del procedimiento, habría de iniciarse uno nuevo, pero ello no implicaría que en el nuevo procedimiento tuvieran que reiterarse todos y cada uno de los trámites o actuaciones ya realizados en el procedimiento caducado.

**Tercera.-** Una vez formulada la declaración de lesividad, deberán remitirse todas las actuaciones a este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos) a fin de que se impartan las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad.

**Cuarta.-** De acuerdo con las consideraciones expuestas en el apartado último del fundamento jurídico IV (páginas 16 y 17), debe advertirse de la posible exigencia de responsabilidad patrimonial, por parte de la sociedad “X, S.A.” a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, por razón de los perjuicios que, de haber realizado en todo o en parte dicha sociedad la inversión ofrecida por ella, se seguirían a la misma en el caso de que la jurisdicción contencioso-administrativa anulase el acuerdo del Consejo de Administración de dicha entidad pública de 30 de julio de 2002.

## **100.- Informe sobre la declaración de lesividad de un acuerdo de una Autoridad Portuaria por el que se dispuso la extinción por mutuo acuerdo de una concesión de dominio público portuario.**

### **Resumen**

Consulta sobre declaración de lesividad de un acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife por el que se dispuso la extinción por mutuo acuerdo de una concesión administrativa otorgada a "X, S.A." Criterio favorable a la declaración de lesividad del referido acuerdo con fundamento en las siguientes consideraciones: 1) La causa de extinción de la concesión no es el mutuo acuerdo, sino la declaración de caducidad de la concesión, dadas las circunstancias concurrentes en el caso (falta de utilización de la concesión por plazo superior a un año); 2) Se estipula en el mutuo acuerdo extintivo el sobreseimiento y archivo de los procedimientos sancionadores que pudieran estar pendientes contra la sociedad concesionaria; 3) Se concede a dicha sociedad la utilización gratuita de una superficie del dominio público portuario, lo que es contrario al artículo 64 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; 4) Se otorga una indemnización a la sociedad concesionaria (que sólo sería admisible por las obras que, ejecutadas por la misma, debieran revertir a la Autoridad Portuaria y no por el beneficio dejado de percibir).

**Ref.:** A.G.FOMENTO 6/04

**Fecha:** 7 de junio de 2004

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2003 por el que se dispuso la extinción por mutuo acuerdo de la concesión administrativa otorgada a la sociedad "X, S.A." por resolución de dicha entidad pública de 20 de febrero de 1998. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de emitir el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) Mediante resolución de 20 de febrero de 1998, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife otorgó a la sociedad "X, S.A." una concesión administrativa para la instalación de una base de contenedores privada en el muelle "El Bufadero" de dicho puerto, por un plazo de 15 años, prorrogable automáticamente por un periodo de otros 5 años y sobre una superficie de 35.000 m2.

Del Pliego de Bases de la concesión deben destacarse, a los efectos que aquí interesan, las siguientes previsiones:

#### **– Artículo 2. Condiciones de otorgamiento.**

"La presente concesión se otorga a la empresa X, S.A. para almacenar y manipular contenedores que transporten los buques de la naviera Pinillos en calidad de naviero, fletador o armador, entendiéndose por tales, a estos efectos, los definidos por el artículo 3 de la Ley de 22 de diciembre de 1949. (...)".

#### **– Artículo 15. Resolución.**

"El derecho a la resolución de la Base se extinguirá por:

1. Vencimiento del plazo de otorgamiento.
2. Mutuo acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el adjudicatario.
3. Caducidad.
4. Rescate.

La Autoridad Portuaria declarará la caducidad, previa audiencia del titular, en los siguientes casos:

- a) por incumplimiento de cualquiera de las condiciones del presente Pliego.
- b) Una utilización anual inferior al 30% del rendimiento mínimo fijado en el artículo 6.

(...)

- d) Abandono o falta de utilización durante un año, sin que medie justa causa.
- e) Alteración de la finalidad del título”

2º) Como consecuencia de la enajenación por el Grupo Z de la Naviera Pinillos y la negativa del nuevo propietario de dicha naviera a operar sus tráficos en la base de contenedores objeto de la concesión, ésta permaneció inactiva durante más de un año.

3º) Ante la referida situación de inactividad e iniciado procedimiento de rescate de la concesión, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, en sesión de 26 de octubre de 2001, acordó elevar el referido procedimiento a informe del Consejo de Estado por conducto del Ente Público Puertos del Estado. Remitido el expediente a la Secretaría de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento se solicitó con carácter previo informe del Consejo de Obras Públicas y de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento.

4º) El Consejo de Obras Públicas emitió, el 27 de junio de 2002, dictamen en el que se concluye que “no procede, previo dictamen del Consejo de Estado, el rescate de la concesión administrativa de la que es titular X, S.A. de conformidad con el contenido del presente dictamen. En el cuerpo del dictamen, el Consejo de Obras Públicas indica lo siguiente:

“Para el logro de esta primera actividad (se refiere a la extinción de la concesión) se puede proceder, de acuerdo con el contenido del artículo 15 del Pliego de Bases, apartados: 4.- Mutuo acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el adjudicatario. 5.- Caducidad y 6.- Rescate. En opinión de este Consejo sería deseable que la extinción se produjera por mutuo acuerdo, con una cierta celeridad. Ahora bien, el procedimiento más claro, a juicio de este Consejo, sería la incoación del correspondiente expediente de caducidad, puesto que, según consta en el expediente, X no ha tenido actividad, al menos durante más de un año, de acuerdo con el Certificado emitido por el Registro de la Propiedad (sic) nº 2 de Santa Cruz de Tenerife en el que se hace constar que no se habían presentado las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 1998 y 1999, hasta el día de la fecha...”

Por su parte, la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento emitió, el 2 de septiembre de 2002, un informe en el que se concluye que “se estima inadecuado emplear el procedimiento de rescate, por no corresponderse el fin para el que dicho procedimiento está establecido, cuando la concesión de cuya extinción se trata está afectada por una causa de caducidad, supuesto para el que el procedimiento adecuado es el expediente de caducidad”.

5º) Remitidos los aludidos informes junto con el expediente administrativo de su referencia a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, esta entidad pública instó nuevamente la elevación del expediente al Consejo de Estado, procediendo a ello Puertos del Estado por conducto del Ministerio de Fomento.

6º) Tomando como antecedente el dictamen del Consejo de Obras Públicas, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, en reunión celebrada el 20 de febrero de 2003, ratificó el acuerdo suscrito el 17 de febrero de 2003 entre el Presidente de la citada entidad pública y el Administrador único de la sociedad "X., S.A." para la extinción por mutuo acuerdo de la concesión otorgada a esta entidad.

En el antecedente cuarto del referido acuerdo se dice que "la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, en fecha 4 de octubre de 2002 tuvo conocimiento del informe elaborado por el Consejo de Obras Públicas en fecha 27 de junio de 2002 ratificado en su integridad por el Servicio Jurídico del Estado, donde se dispone que el procedimiento deseable para la extinción de la concesión administrativa es el mutuo acuerdo".

En su parte dispositiva, el referido acuerdo consta de ocho cláusulas cuyo contenido esencial es el siguiente:

1. La sociedad "X, S.A." da por extinguida la concesión que le fue otorgada el 20 de febrero de 1998. Como contrapartida la Autoridad portuaria de Santa Cruz de Tenerife se obliga a abonar a la sociedad en cuestión la suma de 2.513.700 euros.
2. La referida sociedad renuncia al escrito de oposición formulado contra el expediente de rescate y retira los recursos judiciales y administrativos presentados contra los actos dictados por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife relativos a la extinción del derecho de concesión.
3. La Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife declara que "no hay pendiente de resolver expediente sancionador alguno ni se ha producido actuación por parte de X, S.A. que sea constitutiva de infracción". Asimismo se indica que "en el supuesto de que existiera algún expediente (sancionador) la Autoridad Portuaria procederá a su archivo".
4. La sociedad X, S.A. podrá depositar en precario los bienes de su titularidad en una superficie de 400 m2, preferentemente en el muelle el Bufadero, donde señale el personal de esta Administración, sin que tenga que abonar cantidad alguna por tal ocupación".

7º) La Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió, el 23 de octubre de 2003, dictamen en el que se concluye lo siguiente:

**"Primero.-** Que no procede rescatar la concesión otorgada por Acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 1998 a X para ocupar una parcela en el muelle el Bufadero del Puerto de Santa Cruz de Tenerife.

**Segundo.-** Que procede iniciar expediente tendente a declarar la caducidad de la referida concesión por falta de uso de las instalaciones durante más de un año".

8º) A propuesta del Ente Público Puertos del Estado y por entender que el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife reseñado en el apartado 6º incurre en infracción del ordenamiento jurídico, la Secretaría de Estado de Infraestructuras del Ministerio de Fomento acordó, el 21 de enero de 2004, la iniciación del procedimiento de declaración de lesividad del repetido acuerdo.

9º) Cumplimentado el trámite de audiencia a la sociedad "X, S.A.", que lo evacuó mediante escrito de 28 de abril de 2004 y formulada la oportuna propuesta de resolución, la Secretaría General Técnica (Subdirección General de Recursos) del Ministerio de Fomento recaba el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2003.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que “cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”.

Por su parte, el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) dispone, en su redacción vigente (dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que “las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”.

De los preceptos legales citados resulta que la declaración de lesividad se configura en nuestro Derecho como un acto administrativo que es requisito o presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración del Estado, en los casos en que la misma se proponga actuar como parte demandante en recursos contencioso-administrativos dirigidos contra sus propios actos declarativos de derechos (sentencias de 20 de enero de 1936, 27 de marzo de 1957 y 21 de marzo de 1961, entre otras). Sus efectos se centran, por tanto, en legitimar activamente a la Administración que demanda la anulación de sus propios actos, y, consiguientemente, en autorizar la interposición, admisión y tramitación del recurso contencioso-administrativo por ella promovido, sin perjuicio, como es natural, de las facultades del Tribunal competente para declarar si el acto impugnado es o no conforme a Derecho, y si realmente produce los efectos perjudiciales alegados por la Administración recurrente.

### - II -

Para determinar, con carácter general, si procede o no la declaración de lesividad es preciso detenerse en el examen de los requisitos que a tales efectos deben concurrir en un acto administrativo.

El artículo 43 de la LJCA exige, en primer lugar, y como ya quedó señalado, que el acto lesione los intereses públicos. A esta primera exigencia ha de unirse un segundo requisito, imprescindible para que sea procedente la declaración de lesividad. Este segundo requisito consiste en la ilegalidad del acto, esto es, en que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea nula de pleno derecho o anulable, conforme a lo establecido por los artículos 62 y 63, respectivamente, de la LRJ-PAC, si bien debe advertirse que cuando el acto sea nulo de pleno derecho, según dictamen en tal sentido del Consejo de Estado, la Administración podrá por sí misma anularlo de oficio, sin necesidad de la previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 102 de la LRJ-PAC).

Aunque el artículo 43 de la antes mencionada LJCA destaque singularmente el requisito de la lesión, la exigencia del segundo presupuesto –la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico– se desprende con toda claridad de los principios básicos que informan nuestro sistema de justicia administrativa, así como de diversos preceptos concretos del articulado de la propia LJCA (cfr., entre otros, los artículos 31, 70 y 71). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido de manera reiterada, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 23 de marzo de 1993, en la que claramente afirma que el sólo hecho de resultar gravoso para la Administración la eficacia de un acto administrativo (en el

caso se trataba de una expropiación) no concurriendo ningún tipo de irregularidad invalidante, no puede ser causa suficiente para declarar la lesividad del acto.

- III -

Pasando al examen del caso sobre el que se informa, y por lo que se refiere, en primer lugar, al requisito de la lesión a los intereses públicos, debe indicarse que la supresión en el artículo 43 de la vigente LJCA de la alusión que en el artículo 56 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 se hacía al carácter de la lesión de los intereses públicos (“de carácter económico o de otra naturaleza”) parece confirmar el criterio, sostenido por cierta jurisprudencia, de que, superado el viejo requisito de la doble lesión, jurídica y económica, basta con que el acto administrativo incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo por la Administración Pública autora de aquél. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1994 declara que “mientras que en los casos de producirse una nulidad de pleno derecho o una nulidad relativa por infracción manifiesta de la ley (...) bastará con demostrar la concurrencia de la nulidad radical o de la nulidad relativa por infracción manifiesta de la ley para el éxito del mismo, cuando en él se pretenda una anulación por lesividad habrá de acreditarse, para su procedencia, la lesividad en sí; ahora bien, teniendo en cuenta que en la actualidad ha desaparecido la exigencia del requisito de la doble lesión, jurídica y económica, basta con que el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal y como este Tribunal ha declarado en sus sentencias de 14 de marzo de 1980 y 22 de enero de 1988”.

Es por ello por lo que tiene la máxima importancia determinar si el acto cuya declaración de lesividad se pretende incurrió en infracción del ordenamiento jurídico.

- IV -

La concesión otorgada a la sociedad “X, S.A.” (en lo sucesivo, X) constituye una concesión demanial o de dominio público, al encajar plenamente en el concepto de la misma: título jurídico que habilita para el uso y aprovechamiento privativo, exclusivo y excluyente de un bien de igual carácter (en el caso, un bien de dominio público portuario), transfiriendo al concesionario no la titularidad de dicho dominio, sino el derecho (de carácter real y administrativo) al aprovechamiento, oponible erga omnes, incluso frente a la Administración concedente que sea titular del demanio. Siendo una concesión demanial sobre una pertenencia del dominio público portuario, debe precisarse todavía que, aun cuando se haya mantenido el carácter de la concesión demanial como un acto administrativo unilateral, ha de tenerse en cuenta que la doctrina mayoritaria y más autorizada se pronuncia, si no por la naturaleza netamente contractual, sí por su configuración como acto negocial de marcado carácter bilateral en el que la voluntad del concesionario resulta esencial para su existencia; tal es la caracterización mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 26 de mayo de 1923, 14 de marzo de 1936, 6 de abril de 1957, 23 de marzo de 1972 y 11 de febrero de 1980, entre otras) y por la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 30 de noviembre de 1949 –recaído en el expediente nº 5278– y 28 de febrero de 1973 –emitido en el expediente nº 38223–).

La caracterización de la concesión demanial como acto negocial de marcado carácter bilateral determina que sean las previsiones contenidas en el pliego concesional o pliego de bases la *lex contractus* a que deben sujetarse las partes, tanto el concesionario (X) como la Administración concedente (Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife). Partiendo de esta premisa, y como quiera que el artículo 15 del Pliego de Bases prevé que la Autoridad Portuaria declare la caducidad de la concesión en el caso de “abandono o falta de

utilización durante un año, sin que media justa causa”, lo procedente no es la extinción de la concesión por mutuo acuerdo, sino la declaración de caducidad de la misma al concurrir el supuesto de hecho indicado, tal y como resulta acreditado en el expediente y apreciaron el Consejo de Obras Públicas en su informe de 27 de junio de 2002, la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento en su informe de 2 de septiembre de 2002 y el Consejo de Estado en su dictamen de 23 de octubre de 2003.

Por otra parte, no puede desconocerse que, conceptualmente y de acuerdo con la caracterización dogmática de la figura de la caducidad de la concesión demanial, es la declaración de caducidad la actuación de la Administración que resulta procedente y no, como se ha efectuado, la extinción de la concesión por mutuo acuerdo, tal y como seguidamente se expone.

Si el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración la potestad de declarar la caducidad de las concesiones de dominio público, ello obedece a la finalidad de proteger la causa de la concesión demanial (consecución de una finalidad pública) frente a aquellas situaciones de hecho que imposibilitan o frustran su obtención, siendo precisamente la protección de la causa de la concesión (satisfacción de la finalidad pública) la razón de ser de la caducidad. La satisfacción de la finalidad pública ínsita en la concesión demanial no es completamente ajena al concesionario. Aunque a éste, al solicitar la utilización de un bien de dominio público, no le mueve directamente la satisfacción de esa finalidad, no desconoce que la Administración otorga el uso exclusivo y excluyente del bien demanial únicamente si ello redundará en beneficio de la colectividad y, por esta razón, el particular ha de justificar en la petición de la concesión la conveniencia del uso por él solicitado para los intereses generales. Partiendo de este planteamiento, resulta coherente que si esa finalidad de interés público no puede obtenerse con posterioridad al otorgamiento de la concesión, no existe para la Administración razón alguna para mantener por más tiempo el aprovechamiento exclusivo y excluyente del bien de dominio público por el concesionario. La obtención de la finalidad pública de la concesión está condicionada por la permanencia simultánea de tres factores: el objeto –bien sobre el que recae la concesión–; el sujeto –concesionario– y el cumplimiento de las obligaciones esenciales que éste asume. Prescindiendo de los dos primeros factores, y por lo que se refiere al tercero, el cumplimiento de las obligaciones esenciales tiene influencia decisiva en la causa de la concesión, ya que la consecución de la finalidad pública (causa de la concesión) sólo se alcanza si el concesionario hace uso del aprovechamiento concedido bajo determinadas condiciones que pasan a ser obligaciones esenciales del mismo y, entre ellas, el ejercicio del derecho concedido. En el contenido de la concesión no figura únicamente el derecho al uso y utilización privativa del dominio público, sino también la obligación de ejercitarlo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984 (Ar. 3432), tras declarar “que la obligación de utilizar la concesión deriva de su propia finalidad de interés público”, añade que “en efecto, toda la legislación permisiva de concesiones y, entre ellas, la Ley de Puertos se basa en la utilidad y conveniencia de la actividad que la constituye y el objetivo social que con ello se pretende. Este imperativo de respeto a los intereses generales queda incorporado a la causa concesional imponiendo ese ejercicio de manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio, que se juzga contrario al interés general, ya que el carácter excluyente y privilegiado que otorga la concesión a favor del concesionario está ligado a la efectiva prestación de la actividad”.

Debe, pues, concluirse, a la vista de las consideraciones precedentes y que se basan tanto en las previsiones de la *lex contractus*, es decir, del artículo 15 del Pliego de Bases (que al recoger como causa de caducidad “el abandono o falta de utilización durante un año, sin que media justa causa” no hace sino reproducir la causa de caducidad establecida en el artículo 79.1.b) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) como en la caracterización dogmática de la figura de la caducidad de la concesión demanial, que, en el supuesto a que se refiere el presente informe, resulta jurídicamente incorrecta la extinción de la concesión por mutuo acuerdo.

Si la extinción por mutuo acuerdo de la concesión otorgada a X es, por lo razonado, improcedente, ello no tendría, en principio, más trascendencia, si el mutuo acuerdo extintivo de la concesión no tuviese más contenido que la propia terminación del vínculo concesional y a ello se limitase exclusivamente. Ocurre, sin embargo, que el mutuo acuerdo entre X y la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife incorpora un determinado contenido negocial integrado por obligaciones recíprocas de ambas partes. Así las cosas, resulta necesario examinar la conformidad a Derecho de ese contenido negocial de la extinción de la concesión por mutuo acuerdo.

En primer lugar, tras declarar la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife que no hay pendiente de resolver expediente sancionador alguno ni se ha producido actuación por parte de X que sea constitutiva de infracción, se dice, con referencia a los expedientes sancionadores, que en el supuesto de que existiera alguno la Autoridad Portuaria procedería a su archivo. Esta primera previsión del mutuo acuerdo extintivo de la concesión no es, aun admitiendo su carácter hipotético, admisible. La potestad sancionadora que a la Administración competente atribuyen los artículos 113 y siguientes de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) es, como toda potestad de la que se halla investida la Administración, irrenunciable e indisponible a la voluntad de la misma; es justamente el origen legal y no negocial de las potestades (y, entre ellas de la potestad sancionadora) en cuanto creación del Derecho objetivo (ordenamiento jurídico) supraordenado al titular de la potestad (Administración) que ha de actuar en todo caso con sujeción a aquél (cfr. artículo 103.1 de la Constitución: "la Administración Pública... actúa... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho") lo que tiene por obligada consecuencia que sea absolutamente indisponible para la Administración cualquier potestad de la que ésta esté legalmente investida, lo que obviamente debe predicarse, con más fuerza si cabe, de la potestad sancionadora.

En segundo lugar, el acuerdo de extinción por mutuo acuerdo de la concesión otorgada a X prevé que esta entidad "podrá depositar en precario los bienes de su titularidad en una superficie de 400 m<sup>2</sup>, preferentemente en el muelle El Bufadero, donde señale el personal de esta Administración, sin que tenga que abonar cantidad alguna por tal ocupación".

Ante esta segunda previsión, la primera consideración que debe hacerse no es otra que la contradicción que la misma supone con la extinción de la concesión por la circunstancia consistente en el "abandono o falta de utilización durante un año, sin que medie justa causa." No tiene sentido, en efecto, que, existiendo causa de caducidad de la concesión y teniendo por consecuencia ésta la extinción del derecho de aprovechamiento exclusivo y excluyente, por parte del concesionario, del bien de dominio público, se otorgue a éste el derecho a seguir manteniendo ese uso exclusivo y excluyente sobre el bien de dominio público. Partiendo de la premisa de que la rehabilitación opera sobre concesiones administrativas incursas en causa de caducidad y no sobre concesiones declaradas caducadas, la previsión de que ahora se trata supone una suerte de rehabilitación; pues bien, a la vista de los antecedentes que resultan del expediente remitido no queda en modo alguno acreditada ninguna de las situaciones que, con arreglo al criterio doctrinal mayoritario y más autorizado, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a la doctrina del Consejo de Estado posibilitan la rehabilitación de una concesión incurrida en causa de caducidad: 1) La posibilidad de satisfacer todavía, pese al incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones, parte de la finalidad pública ínsita en la concesión administrativa; 2) La existencia de una finalidad pública sobrevinida, posterior, y distinta a la que dio lugar al otorgamiento de la concesión y cuya consecución exija la continuación de la relación jurídica concesional.

En segundo lugar, la previsión de que ahora se trata –utilización de una pertenencia del dominio público portuario a título gratuito– conculca lo dispuesto en el artículo 69 de la LPMM. Toda ocupación o aprovechamiento del dominio portuario se reconduce necesariamente a un título jurídico habilitante que o es una autorización (cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 57 de la LPMM) o es una concesión (cuando concurren las circunstancias que establece el artículo 63 de dicho texto legal). Pues bien, ya sea la ocupación del



dominio público portuario a título de autorización o a título de concesión lo cierto es que en uno u otro supuesto la ocupación no puede ser a título gratuito, sino mediante el abono del correspondiente canon a la Autoridad Portuaria. Así, el artículo 69.1 de la LPMM dispone que “la ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario en virtud de una concesión o autorización devengará el correspondiente canon a favor de la Autoridad Portuaria”; debe, pues, concluirse, como se ha dicho, que la previsión objeto de análisis infringe lo dispuesto en el precepto que acaba de transcribirse.

La tercera y última previsión que se contiene en el acuerdo extintivo de la concesión de continua referencia consiste en el abono, por parte de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, a X de la suma de 2.513.700 euros.

La relación entre el abono de la aludida suma a X y la extinción de la concesión tiene un claro carácter sinalagmático. Así resulta de la cláusula primera del acuerdo suscrito el 17 de febrero de 2003 entre el Presidente de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife y el Administrador Único de la mencionada compañía mercantil ratificado por el acuerdo del Consejo de Administración de dicha entidad pública de 20 de febrero siguiente:

“X,S.A. está dispuesta a dar por entregada la concesión administrativa otorgada en la sesión del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife en fecha 20 de febrero de 1998 para la ocupación de una superficie de 3500 m2 en el Muelle del Bufadero del Puerto de esta Capital a cambio de que por la Autoridad Portuaria se abone la cantidad de dos millones quinientos trece mil setecientos euros.

La Autoridad Portuaria está conforme con los términos de la propuesta de X, S.A. en relación con la extinción de la concesión administrativa a cambio del abono de la cantidad de dos millones quinientos trece mil setecientos euros”.

No cabe duda de la procedencia de la indemnización al concesionario en el supuesto de extinción de la concesión por rescate, indemnización que ha de comprender el valor del beneficio dejado de percibir por el concesionario: siendo el rescate una singular forma de expropiación del derecho del concesionario dimanante de una concesión en situación plenamente regular que encuentra su justificación en un interés público sobrevenido y preponderante, el ejercicio de la potestad de rescate tiene por obligada consecuencia, como es propio de toda expropiación, el otorgamiento de la oportuna indemnización al concesionario. En el caso de extinción por mutuo acuerdo de una concesión tampoco puede descartarse la posibilidad de una indemnización al concesionario: la previsión legal de extinción de la concesión por mutuo acuerdo (cfr. artículo 78.1.f) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas), así como la previsión de esta causa extintiva en el pliego de bases o pliego concesional (artículo 15 del Pliego de Bases de la concesión otorgada a X) comporta, en lo que respecta a la posición jurídica de la Administración, un margen de voluntad o apreciación discrecional que posibilita el reconocimiento de una indemnización al concesionario o, en términos más generales, el reconocimiento de una compensación económica por la extinción anticipada de la concesión; dicho en otros términos, presuponiendo el mutuo acuerdo una libre determinación de voluntad de ambas partes en la autorregulación de sus respectivos intereses (el interés público ínsito al demanio y cuya tutela compete a la Administración titular del mismo y el interés privado del concesionario) no puede rechazarse que en esa autorregulación de aquellos intereses las partes establezcan las estipulaciones que estimen oportunas para armonizar o conjugar los intereses propios de cada una, siendo, en consecuencia, jurídicamente admisible la estipulación relativa al reconocimiento de una compensación económica al concesionario como contraprestación a la prestación de éste de restituir anticipadamente a la Administración el bien demanial objeto de la concesión que se extingue de esta forma.

Por el contrario, el caso de extinción de la concesión por causa de caducidad y, más concretamente, por incumplimiento, por parte del concesionario, de sus obligaciones esenciales, entre ellas y como es del caso, la falta de ejercicio de sus derechos, no puede llevar aparejada la misma consecuencia, y ello en razón de matiz sancionador que en estos

supuestos tiene la caducidad. En efecto, no dejaría de ser un contrasentido que, extinguiéndose el derecho al aprovechamiento exclusivo y excluyente que ostenta el concesionario por causa imputable al mismo (infracción o incumplimiento de sus obligaciones esenciales) y siendo ese derecho el medio para la obtención de sus utilidades o beneficios, se abonase al concesionario una indemnización o compensación por los beneficios o utilidades que dejará de percibir como consecuencia de la extinción de la concesión por causa de la que él es responsable.

Ahora bien, si por las razones indicadas no procede, en los casos de extinción de la concesión por caducidad debida al incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones esenciales, el abono a éste de una compensación económica por razón de los beneficios dejados de percibir, no ocurre lo propio respecto a la indemnización o compensación por razón de las obras o instalaciones construidas por él y no amortizadas y que hayan de pasar a propiedad de la Administración.

En efecto, aunque en principio podría entenderse que el concesionario no tendría derecho a que se le compensase por el valor de las instalaciones u obras por él construidas y no amortizadas que deban revertir en propiedad a la Administración ya que la amortización de las mismas la consigue por vía de los beneficios o utilidades que obtiene por el aprovechamiento del dominio público, aprovechamiento del que se ve privado por razón de la caducidad de la concesión por causa a él imputable (incumplimiento de sus obligaciones esenciales), la doctrina más autorizada admite esa compensación por entender, de una parte, que de no admitirse esa compensación se estaría en presencia de una sanción distinta de la extinción de la concesión y de particular gravedad y, de otra parte, porque se produciría un enriquecimiento injusto a favor de la Administración concedente, al quedar las obras e instalaciones en beneficio de ella sin indemnización alguna.

Este criterio favorable a compensar al concesionario por el valor no amortizado de las obras e instalaciones por él construidas que deban pasar a propiedad de la Administración en los casos de extinción de la concesión por caducidad, aun en los supuestos de caducidad debida a incumplimiento por aquél de sus obligaciones esenciales, es el que sigue la legislación vigente. Así, y a propósito de la regulación de la concesión de servicio público, aplicable por analogía a la concesión demanial en el extremo de que aquí se trata, tras enumerar el artículo 75 de la derogada Ley de Contratos del Estado (Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril) las causas de extinción del contrato de gestión de servicios públicos (entre las que señalaba la resolución por incumplimiento del empresario), el artículo 76 de ese texto legal disponía, con referencia a todos los supuestos de resolución y, por tanto, a la resolución por incumplimiento del empresario, que “la Administración abonará al empresario el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restase para la reversión.” En este mismo sentido se pronuncia el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP); tras enumerar en el artículo 167, por remisión al artículo 111, las causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, entre las que se comprende la resolución por incumplimiento del contratista (concesionario), el artículo 169.1 de dicho texto legal establece que “en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restase para la reversión.”

Aplicando las consideraciones precedentes al supuesto a que se refiere el presente informe y puesto que no consta en este Centro Directivo el concreto concepto a que obedece el pago por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife a X,S.A de la suma de 2.513.710 euros, habrá que concluir que no resulta ajustado a Derecho el abono de la referida cantidad si con ella se trata de compensar, en todo o en parte, a X por el beneficio que esta sociedad deja de percibir como consecuencia de la extinción de la concesión otorgada a la misma por causa de caducidad; por el contrario, sería conforme a Derecho el abono a la referida

sociedad de una cantidad que respondiese al precio de las obras e instalaciones que, habiéndose ejecutado por ella, deban revertir en propiedad a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife teniendo en cuenta su estado y tiempo que restase para su reversión (es decir el tiempo que faltase para la extinción de la concesión por vencimiento del plazo de la misma).

En suma, y a modo de recapitulación de todo lo dicho, debe concluirse apreciando fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad y subsiguiente impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2003 por haber dispuesto la extinción por mutuo acuerdo de la concesión otorgada a X cuando lo procedente era la extinción de la referida concesión por caducidad (en aplicación del supuesto previsto en el artículo 15.d) del Pliego de Bases –“Abandono o falta de utilización durante un año, sin que medie justa causa”–) y por los extremos de dicho acuerdo referidos a la obligación de la mencionada entidad pública de proceder al archivo de expedientes sancionadores que pudieran existir contra X, a la puesta a disposición de dicha sociedad mercantil de una superficie de 400 m<sup>2</sup> del dominio público portuario a título gratuito y al abono a aquélla de la suma de 2.513.700 euros, bien que, en relación con este último extremo, sí sería ajustada a Derecho una compensación a la repetida entidad mercantil por razón de las obras e instalaciones que, habiéndose ejecutado por la misma, hubieran de pasar a propiedad de la Administración, y ello con arreglo a los criterios que determina el artículo 169.1 del TRLCAP, cuestión sobre la que este Centro Directivo no puede pronunciarse por carecer de antecedentes al respecto.

- V -

Alcanzada la conclusión expuesta en el fundamento jurídico anterior sobre la procedencia de la declaración de lesividad del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2003, debe hacerse referencia a la regulación que contiene la LRJ-PAC (modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) respecto a los requisitos y al procedimiento de declaración de lesividad de los actos administrativos anulables.

El vigente artículo 103 de la LRJ-PAC comienza la regulación de la “declaración de lesividad de los actos anulables” disponiendo en su apartado 1 que “las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo” (lo que sustancialmente no difiere del contenido del anterior artículo 103.2). A continuación, el resto de los apartados del artículo actualmente en vigor establecen los requisitos de la declaración de lesividad. El primero de ellos (también exigido en el anterior artículo 103.5 de la LRJ-PAC) es que no hayan transcurrido cuatro años desde que se dictó el acto administrativo (artículo 103.2 vigente). Los demás requisitos suponen modificaciones importantes respecto de la regulación anterior y se refieren a la obligación de dar “previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados” (actual artículo 103.2 de la LRJ-PAC) y a que “transcurrido el plazo de seis meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo” (artículo 103.3 de la LRJ-PAC, según la redacción dada por el artículo 81 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

Por lo que se refiere, en primer lugar, al plazo máximo para resolver el procedimiento de lesividad, configurado por el actual artículo 103.3 de la LRJ-PAC como de caducidad, dado que dicho plazo es el de seis meses desde su iniciación, y puesto que ésta tuvo lugar el 21 de enero de 2004, el aludido procedimiento debería estar terminado, mediante la oportuna declaración de lesividad por el órgano competente antes del día 21 de julio de 2004, ya que, de lo contrario, el procedimiento caducaría. Se estima oportuno señalar que, en caso de que caducase el procedimiento, ello no implicaría que en el nuevo procedimiento que se iniciase

(dentro del plazo de cuatro años señalado en el artículo 103.2 de la LRJ-PAC) tuvieran que reiterarse todos y cada uno de los trámites o actuaciones ya realizados en el procedimiento caducado. Como aplicación particular del principio o regla general de conservación de los actos y negocios jurídicos, el artículo 66 de la LRJ-PAC dispone que “el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiese mantenido igual de no haberse cometido la infracción.” Pues bien, aunque no exista norma alguna que determine los efectos de la caducidad respecto a los trámites del procedimiento caducado, es razonable aplicar analógicamente el precepto legal transcrito, lo que conduce a conservar los trámites y actuaciones realizados en el procedimiento caducado y a admitirlos en el nuevo procedimiento. No obstante, este Centro considera que, en caso de iniciarse un nuevo procedimiento, por caducidad del anterior, debería reiterarse el trámite de audiencia.

En cuanto a la competencia para acordar la declaración de lesividad, debe tenerse en cuenta que la disposición adicional decimosexta.1.c) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado señala, respecto de los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado, como órganos competentes para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables a “los órganos a los que estén adscritos los Organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos.”

Así las cosas, y dado que el acto que se pretende declarar lesivo fue acordado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, es decir, por el máximo órgano de gobierno de dicha entidad pública y puesto que las Autoridades Portuarias están adscritas al Ministerio de Fomento a través de la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación, conforme resulta del artículo 25 del Real Decreto 1475/2000, de 4 de agosto, en relación con el Real Decreto 562/2004, de 19 de abril, ha de entenderse que la competencia para la declaración de lesividad del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2003 corresponde a la aludida Secretaría de Estado.

Una vez declarada la lesividad, deberían remitirse todas las actuaciones a este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos) con el fin de dictar las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad. Conviene advertir, respecto de las condiciones formales del expediente que debería remitirse a este Centro a los efectos señalados, que habría de darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 48.4 de la LJCA, según el cual “el expediente, original o copiado, se enviará completo, foliado y, en su caso, autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga ...”

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a la consideración de V.I. las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 20 de febrero de 2003 por el que se dispuso la extinción por mutuo acuerdo de la concesión administrativa otorgada a la sociedad “X, S.A.” y por los extremos de dicho acuerdo referidos a la obligación de la mencionada entidad pública de proceder al archivo de expedientes sancionadores que pudieran existir contra “X, S.A.,” a la puesta a disposición de dicha sociedad mercantil de una superficie de 400 m2 del dominio público portuario a título gratuito y al abono a aquélla de la suma de 2.513.700 euros, bien que, en relación con este último extremo, sí sería ajustada a Derecho una compensación a la repetida entidad mercantil por razón

de las obras e instalaciones que, habiéndose ejecutado por la misma, hubieran de pasar a propiedad de la Administración, y ello con arreglo a los criterios que determina el artículo 169.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

**Segunda.-** La declaración de lesividad a que se refiere la anterior conclusión habría de ser acordada por la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Planificación del Ministerio de Fomento antes del día 21 de julio de 2004, ya que, de lo contrario, se produciría la caducidad del procedimiento, según lo dispuesto en el artículo 103.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De producirse la caducidad del procedimiento, habría de iniciarse uno nuevo, pero ello no implicaría que en el nuevo procedimiento tuvieran que reiterarse todos y cada uno de los trámites o actuaciones ya realizados en el procedimiento caducado.

**Tercera.-** Una vez formulada la declaración de lesividad, deberán remitirse todas las actuaciones a este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos) a fin de que se impartan las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad.

## **101.- Informe sobre modificación de concesiones demaniales en un puerto.**

### **Resumen**

Consulta sobre solicitud de modificación de concesiones demaniales en el Puerto de la Luz y de las Palmas. Procedencia de anexionar a las concesiones de que es titular la sociedad interesada los terrenos de dominio público que aquélla utiliza en régimen de autorización temporal siempre que sean colindantes con dichas concesiones (cfr. artículo 113 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre) Procedencia de unificar las dos concesiones de que dicha sociedad es titular con sujeción a los siguientes requisitos: 1) no procede la extinción por mutuo acuerdo de la concesión más reciente para incorporarla a la concesión anterior; la vía procedente es la modificación (artículo 113 de la citada Ley); 2) ha de mantenerse el régimen jurídico y económico-financiero de las dos concesiones, así como los compromisos contraídos por la sociedad concesionaria. No procede aplicar a la nueva concesión resultante de la unificación el nuevo plazo de 35 años previsto en la Ley 48/2003. Dado que las dos concesiones tienen plazos de duración distintos, el plazo de la nueva concesión resultante de la unificación sería, como solución más coherente, la media aritmética de los plazos de ambas concesiones, sin perjuicio de su prórroga Cómputo de ese nuevo plazo teniendo en cuenta que una concesión no está todavía operativa.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 13/05

**Fecha:** 6 de octubre de 2005

**Ponente:** Francisco Sanz Gandasegui

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta planteada por el Abogado del Estado-Jefe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria, formulada al amparo de la Instrucción 2/2003, de 11 de diciembre, sobre la solicitud de modificación de determinadas concesiones sobre el dominio público en el Puerto de la Luz y de Las Palmas. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

1º) La consulta que se eleva a este Centro Directivo tiene su origen en un escrito del Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas solicitando informe jurídico sobre la viabilidad y legalidad de la propuesta contenida en las solicitudes presentadas por la empresa X, S.A. (en adelante X,S.A.) para la unificación en un único título administrativo de las distintas autorizaciones temporales y concesiones de dominio público de las que dicha entidad es titular.

2º) Según se relata en los antecedentes del proyecto de informe,

**“PRIMERO.-** En la actualidad, X,S.A. es titular de dos concesiones administrativas y de cuatro autorizaciones temporales en la zona de servicio del Puerto de La Luz y de Las Palmas, cuya situación y principales características se reflejan en el plano que se adjunta a la presente solicitud de Informe. La primera de las concesiones administrativas fue otorgada por resolución del Consejo de Administración de fecha 7 de noviembre del año 2000 y tiene una duración de veintiséis años (previéndose en el título de otorgamiento la posibilidad de una prórroga por otros veintiséis años). La segunda concesión administrativa –con un plazo máximo de vigencia de 27 años, en los términos expuestos en la Cláusula D) de la resolución de otorgamiento– fue adjudicada en virtud de concurso por resolución del Consejo de Administración de fecha 11 de junio de 2002, estando actualmente suspendida su eficacia

jurídica (a efectos de cómputo del plazo concesional y aplicación de los cánones correspondientes) hasta que por parte de la Dirección del Puerto se notifique a la entidad adjudicataria que los terrenos y obras que constituyen el dominio público a que se refiere esta concesión administrativa están disponibles para su ocupación (vide Cláusula H de la resolución de otorgamiento)”

3º) La solicitud formulada por X,S.A tiene el siguiente contenido, según se sintetiza en los referidos antecedentes de hecho del proyecto de informe:

“**SEGUNDO.-** Con fecha 4 de noviembre de 2004, la entidad X,S.A. presentó ante la Autoridad Portuaria de Las Palmas un escrito solicitando ‘iniciar a la mayor brevedad posible los procedimientos y actuaciones conducentes a dar satisfacción a las necesidades’ de la entidad –como titular de la Terminal de contenedores del Muelle León y Castillo– que se identificaban en el cuerpo del escrito, a saber: ‘que X,S.A. pueda disponer de la utilización privativa de los espacios demaniales adecuados en el Puerto de Las Palmas, Muelle de León y Castillo, de manera que se reúnan los requisitos siguientes:

- a) Superficie suficiente para la actividad actual y futura. En realidad, en la actualidad X,S.A. dispone ya de títulos administrativos que le proporcionan o proporcionarán derecho de utilización privativa sobre unos 340.000 m cuadrados como concesionario, al margen de otros 42.000 aproximados que usa en virtud de autorizaciones temporales. Desde este punto de vista, la situación actual está muy cerca de ser plenamente satisfactoria. En realidad, X,S.A. sólo pretende incrementar las superficies objeto de concesión mediante la adición de otras contiguas (las que son objeto de autorizaciones temporales), funcionalmente accesorias a aquellas y no susceptibles de un aprovechamiento portuario separado o independiente de la Terminal de X,S.A..
- b) Superficies integradas en una unidad, sin divisiones físicas ni administrativas. Pues de esta manera es posible su aprovechamiento y organización más eficientes.
- c) Superficies concedidas a X,S.A. con arreglo a condiciones unitarias y homogéneas, superando la distorsión que produce una pluralidad de títulos, cada uno de ellos con un condicionado diferente. Esta diversidad o heterogeneidad no es conveniente ni para la Autoridad Portuaria ni para X,S.A.
- d) En particular, superficies concedidas a X,S.A. por el mismo periodo de tiempo. Esta es una exigencia consustancial a la realidad de tratarse de una única Terminal, es decir, de una única explotación empresarial portuaria, que no es viable ni puede subsistir por partes, ni consiente que súbitamente, agotado el período de vigencia de uno de los títulos concesionales, quede confinada a la parte restante, una vez amputada una de sus partes sustanciales.
- e) En particular, el derecho administrativo de utilización privativa debe tener una extensión temporal proporcionada a la dimensión del proyecto empresarial en cuestión, lo que es decir a sus previsiones (justificadas) de tráficos, a las concomitantes inversiones y a la naturaleza de los acuerdos con unos clientes internacionales que exigen garantías de seguridad y estabilidad a largo plazo para operar de manera constante en un determinado Puerto, que eligen como centro de operaciones para el transbordo de sus tráficos transoceánicos’.

A tal efecto, el propio escrito aclara:

- Por un lado, que X, S.A. dispone de títulos administrativos de largo plazo sobre unos 340.000 m2, y la adición de superficies que planteamos no es, en términos relativos, muy importante. Como puede verse en el plano acompañado como documento nº 1 al presente escrito, las parcelas B1, B2, B3 y B4, cuya incorporación al título concesional ostentado por X,S.A. se interesa son limitrofes y colindantes a la superficie actualmente ocupada o pendiente de ser ocupada en virtud de concesiones administrativas de las que es titular mi representada en el Muelle León y Castillo. Tal localización física se caracteriza, por otra parte, por una clara inutilidad e incluso imposibilidad de aprovechamiento separado de las mismas, puesto que la propia operativa de las

operaciones de embarque y desembarque desaconseja, o hace económica y funcionalmente imposible, simplemente, cualquier utilización alternativa de las mismas, que por otra parte resultaría claramente perjudicial para las maniobras de atraque, carga y descarga que se realicen en el Muelle. Su anexión a la superficie aprovechada por la concesión, por otra parte, no iría en detrimento de las Zonas de Maniobra que tiene delimitadas la Autoridad Portuaria a la que tengo el honor de dirigirme. Que todo esto es así lo revela el que esa Autoridad Portuaria nos haya otorgado sobre esas parcelas autorizaciones temporales, que las integran de facto en la unidad de la Terminal. Por tanto, el efecto que producirá la ampliación será dar uso portuario a superficies que han quedado como residuales y que de otra manera carecerán de aprovechamiento. Esto beneficiará sin duda a X,S.A., pero también al servicio básico que ésta presta, a la Autoridad Portuaria, vía incremento de ingresos, y, en términos más generales, a la ciudad de Las Palmas, a la Isla y a la economía canaria en su conjunto, pues la ampliación se sitúa en la línea de atribuir al Puerto el carácter de importantísima plataforma logística y de intercambio en el tráfico trasatlántico de mercancías.

- Y por otro lado, en cuanto al plazo, que 'la concesión principal actualmente vigente, como se ha dicho, está sujeta a una condición conforme a la cual aquélla "se otorga por un período de veintiséis años, salvo los derechos preexistentes y sin perjuicio de terceros. Este plazo podrá ser prorrogado por otros veintiséis años". Por tanto, cuando la otorgó, esa Autoridad Portuaria era ya plenamente consciente de que la Terminal de contenedores requería una gran estabilidad temporal. Conforme a los límites normativos vigentes en ese momento, se adoptó la solución transcrita, que prefigura y hace previsible una duración total de 52 años. Nada diferente pretende ahora X,S.A., tan sólo sujetar a un término temporal concreto y definitivo el derecho de uso del conjunto de las superficies que pretendemos se integren en una única concesión:

**TERCERO.-** Estas pretensiones han sido posteriormente acotadas por la propia entidad peticionaria que, mediante escrito presentado el día 11 de febrero de 2005, ha concretado su solicitud en la adopción, por parte del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de acuerdos mediante los cuales:

1º.- Se extinga por virtud de mutuo acuerdo alcanzado entre la Autoridad Portuaria de Las Palmas y X,S.A. el título concesional otorgado por resolución de ese Consejo de fecha 11 de junio de 2002, de adjudicación del concurso para la construcción y explotación en régimen de concesión administrativa de una terminal de contenedores en la parcela C-5.4 del Puerto de Las Palmas. La resolución de este concurso supuso que debiera otorgarse a X,S.A. la referida concesión administrativa sobre una superficie de 118.780 m cuadrados, cuyas características quedaron prefiguradas en la resolución referida. Es un hecho, sin embargo, que al día de la fecha, pese al tiempo transcurrido, la concesión objeto de aquella resolución de 11 de junio de 2002 no ha iniciado su vigencia o despliegue de sus efectos. Por lo tanto, no habiéndose iniciado, no cabe hablar en rigor de extinción de concesión alguna, sino del acto administrativo, generador de derechos y obligaciones para ambas partes, que dispuso su otorgamiento.

2º.- Se modifique la concesión administrativa de que es titular X,S.A., con destino a la construcción de una Terminal de Contenedores en el Muelle León y Castillo, zona IV-A, del Puerto de Las Palmas de Gran Canaria, otorgada por la resolución del órgano al que tengo el honor de dirigirme de fecha 7 de noviembre de 2000 (referencia 15-C-597). Interesa a mi representada que esta concesión se modifique en los siguientes extremos:

2.1.- Ampliación de la superficie de la concesión, actualmente fijada en aproximadamente 177.597 m cuadrados, añadiendo al objeto material de la misma:

2.1.1.- Las parcelas limítrofes identificadas en el plano que como documento número uno se adjuntó a nuestro anterior escrito con las indicaciones:

B1.- superficie de 3.397 m<sup>2</sup>



B2.- superficie de 27.841 m<sup>2</sup>

B3.- superficie de 8.044 m<sup>2</sup>

B4.- superficie de 3.701 m<sup>2</sup>.

Estas parcelas son ya objeto de utilización por X,S.A. a título de autorización temporal. Las resoluciones en virtud de las cuales X,S.A. dispone de estas autorizaciones son, para las superficies B1 y B2, la de 16 septiembre del corriente año (AUT-0285); para la superficie B3, la de 1 de diciembre 2003 (AUT-0273); y para la superficie B4, la de 16 septiembre del corriente año (AUT-0284).

2.1.2.- Las superficies que habrían de haber sido entregadas a X, S.A. a título de concesión, según dispone la resolución de ese Consejo de Administración de fecha 11 de junio de 2002, de adjudicación del concurso para la construcción y explotación en régimen de concesión administrativa de una terminal de contenedores en la parcela C-5.4 del Puerto de Las Palmas. Tales superficies se identificaron en el plano que como documento número uno se adjuntó a nuestro anterior escrito con las indicaciones C1, C2 y C3, en el que ya se indicaba que las mismas se encontraban en distintas situaciones:

- a) Con fecha 21 de mayo de 2003 se levantó acta de replanteo parcial para la parcela que en el plano referenciamos como C1; en dicha acta consta que la superficie que nos fue entregada es de 30.711 m cuadrados.
- b) Con fecha 18 de agosto de 2004 X,S.A. solicitó a esa Autoridad Portuaria proceder a la ejecución de las obras comprometidas en el concurso de adjudicación de la concesión sobre la parcela de 58.514 m cuadrados, referenciada en el plano como C2. En la actualidad estas obras se están ejecutando.
- c) Queda pendiente la parcela C3, de aproximadamente 57.061 m<sup>2</sup>, que completaría el área de la concesión. Esta parcela se encuentra actualmente en utilización por parte de la Autoridad Portuaria, como zona de fabricación de cajones para las obras de expansión del puerto.

Por tanto, como ya habíamos anticipado, la concesión que habría de otorgarse en virtud de la resolución de 11 de junio de 2002 no se ha iniciado todavía, por razones atinentes a las obras de responsabilidad de la Autoridad Portuaria de Las Palmas (...).

2.2.- Revisión del título concesional en lo relativo al período inicialmente previsto para la concesión, a fin de que el mismo se fije, como tal periodo inicial, en 35 años, conforme al marco legal actualmente vigente, y manteniéndose por lo demás la previsión de prorrogabilidad del mismo tal y como se prevé en el título concesional ostentado por mi representada, conforme a la resolución de 7 de noviembre de 2000 (y sin perjuicio de la interpretación y aplicación que dicha previsión haya de tener en el futuro, con arreglo a la normativa vigente al tiempo en que deba acordarse sobre la eventual prórroga).

Que formulamos las solicitudes identificadas bajo los ordinales 1º y 2º como una unidad inseparable, en el sentido de que la extinción de los derechos de X,S.A. reconocidos por la resolución de 11 de junio de 2002 sólo cabe y se interesa en cuanto que es necesaria para proceder a la unificación de sus títulos en uno sólo, con arreglo a lo interesado y a las condiciones unitarias que el señor Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas deberá definir y mi representada aceptar. Por tanto, el consentimiento de X,S.A. para la extinción de aquellos derechos debe entenderse estrictamente condicionado a la obtención de resoluciones favorables, en lo sustancial, para el conjunto de lo interesado.

En cuanto a los mecanismos para articular esta propuesta, el escrito señala que la modificación consistente en añadir nuevas superficies a las que inicialmente fueron objeto de la concesión otorgada con fecha 7 de noviembre de 2000 habrá de ajustarse al régimen

previsto en el artículo 113.2.a) de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que contempla la ampliación de la superficie de la concesión en más de un 10 por 100 de la fijada en el acta de reconocimiento (exigiendo en cualquier caso que la ampliación se hará con bienes de dominio público colindantes a los concedidos) como una modificación sustancial de las condiciones de la concesión que deberá tramitarse de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de la propia Ley 48/2003. Y en cuanto a la “revisión” del plazo inicialmente fijado para dejarlo establecido en el nuevo período de 35 años, computados desde el inicio de la concesión, entiende X,S.A. que la misma ‘encuentra palmario fundamento en el cambio normativo operado por la repetida Ley 48/2003 que contempla la posibilidad de establecerlo de una mayor duración a la que consentía la ley vigente cuando la concesión se paró, y ello en consideración a una serie de criterios que para tal fijación inicial deben orientar la decisión de la Autoridad Portuaria’; y aclara este sentido que la solicitud ‘no supone solicitar la prórroga de dicho plazo, sino su revisión ab initio, en atención a dicho cambio normativo y a la evidencia de circunstancias sobrevenidas, pero ya acontecidas, que permiten ahora tener una idea cabal del elemento temporal que desde el principio habría convenido a la concesión’, circunstancias que según la propia entidad se concretan en las inversiones ya ejecutadas o en curso de efectiva ejecución (que han sobrepasado los compromisos asumidos por X,S.A. correlativamente al mayor crecimiento de la actividad respecto del que se preveía), las inversiones que hay que añadir para integrar los espacios marginales hoy utilizados en régimen de autorización temporal, y la necesidad de dar un tratamiento homogéneo a la cuestión del plazo de la concesión, una vez se fundan en una sola la totalidad de las superficies que forman la unidad geográfica y funcional sobre la que X,S.A. ostenta derechos de presente y es soporte de la terminal de contenedores. Esta revisión ab initio del plazo concesional encontraría su cauce - a juicio de la entidad peticionaria- en la previsión normativa contenida en el artículo 114.1.a) de la Ley 48/2003, que permite revisar las condiciones de la concesión ‘modificándolas de oficio o a instancia de parte’ cuando –entre otras circunstancias– ‘se hayan alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento, de tal forma que las circunstancias objetivas que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión hayan variado de modo que no sea posible alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión’. ‘Entre las circunstancias del otorgamiento –dice X,S.A.– se encuentra el propio marco normativo que, por un lado, limitaba a treinta años el plazo máximo pero, por otro, permitía una prórroga de hasta treinta años más. El cambio normativo, al limitar la prórroga a la mitad del plazo inicial, no permitiría alcanzar la finalidad de la concesión en cuanto que ésta se otorgó contemplando la posibilidad de que llegara a durar 52 años. Otros supuestos determinantes de su otorgamiento que se han alterado son las obras no previstas que, sin embargo, se han ejecutado y el desbordamiento de las previsiones de tráfico’ “

4º) El proyecto de informe analiza con detalle cada una de las cuestiones planteadas para llegar a las siguientes conclusiones:

**“PRIMERA.-** No existe en principio ningún impedimento legal para tramitar y resolver conjuntamente la solicitud de extinción por mutuo acuerdo de la concesión otorgada por resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 11 junio de 2002 y la de modificación de la concesión administrativa otorgada por resolución de 7 de noviembre de 2000, pudiendo ser acumuladas ambas pretensiones en un único procedimiento administrativo al amparo de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**SEGUNDA.-** Cabe extinguir por mutuo acuerdo la concesión otorgada mediante resolución de fecha 11 de junio de 2002, viniendo esta posibilidad expresamente contemplada en el artículo 121.d) de la Ley 48/2003 así como en la Condición 21ª.h) del Pliego de Condiciones Generales del Concurso convocado por la Autoridad Portuaria para el otorgamiento de dicha concesión.

**TERCERA.-** Cabe asimismo modificar las condiciones de la concesión administrativa otorgada por resolución de fecha 7 de noviembre de 2000 a efectos de ampliar la superficie concesional mediante la anexión de las parcelas colindantes que X,S.A. ocupa actualmente (o tiene derecho a ocupar) en virtud de concesión o autorización temporal, siendo ésta una modificación de carácter sustancial que exige autorización de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y que habrá de tramitarse de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de la Ley 48/2003.

Ahora bien, la ampliación de la superficie de la concesión exige revisar las condiciones del título concesional, de modo que la modificación no implique, respecto de la superficie comprendida actualmente en la concesión otorgada con fecha 11 de junio de 2002, una alteración en beneficio de X,S.A. del régimen de derechos y obligaciones que para esta concesión aparece definido en los Pliegos de Bases y de Condiciones Generales y Particulares del concurso convocado en su día por la Autoridad Portuaria para su adjudicación. Las condiciones que se fijaron para la adjudicación de esta concesión por concurso no pueden verse sustancialmente alteradas en el marco de los procedimientos de extinción y modificación analizados pues ello supondría un fraude de Ley y una quiebra de los principios de publicidad y concurrencia para cuya preservación dicho concurso fue en su día convocado.

**CUARTA.-** No es posible en cambio la revisión ab initio del plazo de duración de la concesión administrativa fijado por la resolución de fecha 7 de noviembre de 2000 en 26 años. Sólo cabría en su caso modificar el plazo concesional por la vía y en los términos previstos en el artículo 113 de la Ley 48/2003, y con sujeción a lo expuesto en la Consideración Cuarta del presente Informe, al que en este punto nos remitimos.”

5º) La Abogacía del Estado consultante ha remitido posteriormente el contenido íntegro de la solicitud de X, S.A, las alegaciones de “Y, S.A.” y “Z, S.A.” y A en el trámite de información pública que se oponen al otorgamiento de lo solicitado, la respuesta de X,S.A a dichas alegaciones y los títulos correspondientes a las dos concesiones mencionadas.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

Como se acaba de referir en los antecedentes de hecho, la solicitud formulada por X,S.A comprende, en síntesis, la anexión a la concesión otorgada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas el 7 de noviembre de 2000 de los terrenos a ella colindantes que actualmente ocupa en régimen de autorización temporal; la extinción por mutuo acuerdo de la concesión más reciente, otorgada por concurso el 11 de junio de 2002 y su incorporación a la concesión de 7 de noviembre de 2000. Por otra parte, se solicita la unificación del régimen jurídico de las concesiones preexistentes, con objeto de facilitar su operatividad, con pleno respeto a los derechos y obligaciones asumidos en los títulos concesionales, pero con el establecimiento, al conjunto resultante, de un nuevo plazo único de 35 años, con mantenimiento de la prórroga de la concesión de 7 de noviembre de 2000 (fijada en 26 años).

Pues bien, la primera cuestión que debe despejarse para analizar la viabilidad jurídica de tal pretensión es la determinación del derecho aplicable a las operaciones jurídicas que se pretenden emprender.

En efecto, dado que tanto las concesiones como las autorizaciones temporales han sido otorgadas al amparo de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante LPMM), y que el régimen jurídico concesional ha sido objeto de una sustancial reforma por la Ley 48/2003, de 26 noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (en adelante LRESP), que modifica

el régimen jurídico concesional de la LPMM, procede analizar cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable.

La LRESP carece de disposiciones transitorias expresamente dedicadas a regular el tránsito entre las dos leyes, lo que plantea la necesidad de acudir, como derecho supletorio, tal y como se expresa en el proyecto de informe, al Código Civil, concretamente a su disposición transitoria segunda según la cual “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en esta reglas (...); pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo”.

Como también se expresa en el proyecto de informe, “a la vista de esta previsión normativa, parece razonable concluir, analógicamente, que las modificaciones de las concesiones administrativas otorgadas bajo el imperio de la Ley 27/1992 y vigentes a la entrada en vigor de la nueva Ley 48/2003 habrán de sujetarse al régimen jurídico contenido en este último cuerpo legal”.

A idéntica conclusión se llega si se utiliza como criterio interpretativo analógico las previsiones de la propia LRESP, que en su disposición final 24.2 da una nueva redacción a la disposición transitoria cuarta de la LPMM. En efecto, aunque, como se ha expresado, el legislador en el año 2003 no ha establecido un régimen transitorio para sus previsiones, sí que ha procedido a modificar dicha disposición transitoria de la LPMM, dedicada precisamente a establecer el régimen transitorio de las concesiones otorgadas antes de su entrada en vigor el año 1992. Por más que llame la atención dicho hecho, tal parece ser la finalidad del precepto que se incorpora a la LPMM y no a la LRESP, por lo que su utilización a los efectos de la emisión de este dictamen sólo puede realizarse como criterio interpretativo analógico.

La conclusión a la que se llega analizando los criterios de la disposición transitoria citada es similar a la antes expuesta a la vista del Código Civil. En efecto, establece el apartado primero de la disposición transitoria cuarta, apartado uno, que “sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas...”. Por su parte, el apartado dos establece que “.. la revisión de las cláusulas concesionales requerirá la tramitación de un expediente, con audiencia del interesado en la forma y con los criterios que reglamentariamente se determinen”.

No se entienden, sin embargo, aplicables, a juicio de este Centro Directivo, las restricciones al plazo de duración de las concesiones ya existentes y de sus prórrogas previstas en los apartados dos y cinco de la citada disposición en la medida en que, como se ha razonado, no es ésta una disposición transitoria de la LRESP y su carácter restrictivo impide su utilización como criterio de interpretación analógico.

A la vista de estas referencias normativas, hay que entender que las concesiones otorgadas se rigen por la ley vigente en el momento de su otorgamiento, salvo que el interesado o la Administración soliciten o acuerden respectivamente su modificación o revisión en cuyo caso debe aplicarse la nueva Ley.

Este es el caso objeto de este dictamen, en el que la concesionaria ha instado la modificación de las concesiones que tiene otorgadas al amparo de la LPMM en su redacción de 1992, lo que determina que, en definitiva, el Derecho aplicable a la solicitud es el constituido por la LRESP, concretamente el de las previsiones sobre modificación del régimen concesional contenidas en sus artículos 106 y siguientes.

## - II -

La Exposición de Motivos de la LRESP subraya la voluntad del legislador de modificar el régimen jurídico concesional en el contexto de los objetivos que pretende.

Así, se afirma que el modelo de gestión del dominio público portuario estatal “está orientado a promover la participación del sector privado en la financiación y explotación de instalaciones portuarias y en la prestación de servicios a través del otorgamiento de concesiones y autorizaciones demaniales y de concesión de obra pública”. En especial, y por lo que se refiere a las concesiones demaniales, la Exposición de Motivos declara (expositivo V) “que son aquellas otorgadas por la Autoridad Portuaria por la ocupación del dominio público portuario, con obras o instalaciones no desmontables o por plazo superior a tres años. A diferencia de la vigente Ley de Puertos y de la legislación de costas, el plazo máximo de vigencia de las concesiones se amplía hasta 35 años. Esta ampliación del plazo trata de dar cobertura e incentivar que la iniciativa privada pueda afrontar inversiones significativas en grandes obras de infraestructura portuarias, como diques, accesibilidad marítima, muelles o rellenos de grandes superficies, que con la Ley de Puertos de 1992 nunca se han acometido en los puertos españoles, por ser el plazo de 30 años insuficiente para permitir la amortización de la inversión que exigen estas obras”.

En lo que aquí más interesa, el caso de la modificación de las concesiones, es objeto de especial atención en la Exposición de Motivos cuando se declara que se diferencia “en cuanto al procedimiento de tramitación, las sustanciales y las que no lo son. Ante el actual vacío normativo sobre los supuestos en que las modificaciones tienen el carácter de sustanciales, se da un paso adelante en la determinación de los mismos, efectuando una enumeración tasada, que evita la inseguridad jurídica existente.

Además, se regula la revisión de concesiones como supuesto modificativo, que procede cuando concurren causas ajenas a la voluntad del concesionario, a saber, alteración de los supuestos determinantes del otorgamiento, fuerza mayor y adecuación a los planes de utilización, especial o director”.

Finalmente, no debe omitirse la mención que en la Exposición de Motivos se realiza a la forma de adjudicación de las concesiones cuando declara que “la nueva ley introduce la novedad de que si dicho procedimiento (para el otorgamiento de concesiones) se inicia a instancia del particular, la Autoridad portuaria deberá iniciar un trámite de competencia de proyectos. Resulta fundamental la nueva regulación de la ley en relación con la convocatoria de concursos para el otorgamiento de concesiones. Frente a la vigente Ley de Puertos, la nueva establece, taxativamente, los supuestos en que la Autoridad portuaria deberá convocar concursos”.

Las menciones a la regulación de la modificación y la revisión de las concesiones son especialmente aplicables al caso. En efecto, el propósito último de la solicitud es modificar las concesiones actualmente existentes, incorporando, de una parte, los terrenos contiguos cuya utilización tiene el concesionario autorizada temporalmente, y por otro, la integración de la concesión atribuida en el año 2002 en la concesión otorgada en el año 2000.

Debe expresarse en este momento, para descartar potenciales objeciones jurídicas, que la concesionaria no pretende la adjudicación del uso privativo de más terreno del que actualmente puede utilizar por los títulos de los que dispone (con la matización, obviamente, de que las autorizaciones son de carácter temporal), ni la modificación del régimen de su uso (puesto que parece deducirse que se entiende vinculada, como por otra parte resulta obligado, por las condiciones, derechos y obligaciones de los actuales títulos concesionales). Por ello, no parece que concurren en este caso los límites que se deducen de principios de obligado cumplimiento y expresamente establecidos en la LRESP como el de la necesaria publicidad y concurrencia para la adjudicación de concesiones de las características de las que constituyen objeto de este informe (artículo 111.1) ni implican de por sí una mayor posi-

ción dominante de la que pueda ya ostentar en el puerto (artículo 117.4). Otra cosa distinta, como se tendrá ocasión de considerar especialmente, es la solicitud de establecimiento de un nuevo plazo concesional, pretensión que es esencialmente distinta a las anteriores y cuya viabilidad jurídica debe ser analizada de manera detallada.

En efecto, por lo que se refiere expresamente a la obligación de la Autoridad Portuaria, que se introduce en la LRESP, de licitar mediante concurso este tipo de concesiones y sin perjuicio de la instrumentación jurídica que finalmente pueda servir de cauce a la solicitud, el respeto a esta previsión exige que la concreción de la unificación de concesiones que se pretende no altere las condiciones impuestas en las concesiones, puesto que de lo contrario se vulnerarían los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, este Centro Directivo asume, aunque se insistirá sobre ello más adelante, la conclusión del proyecto de informe cuando expresa lo siguiente:

“Ahora bien, la ampliación de la superficie de la concesión exige revisar las condiciones del título concesional, de modo que la modificación no implique, respecto de la superficie comprendida actualmente en la concesión otorgada con fecha 11 de junio de 2002, una alteración en beneficio de X,S.A. del régimen de derechos y obligaciones que para esta concesión aparece definido en los Pliegos de Bases y de Condiciones Generales y Particulares del concurso convocado en su día por la Autoridad Portuaria para su adjudicación. Las condiciones que se fijaron para la adjudicación de esta concesión por concurso no pueden verse sustancialmente alteradas en el marco de los procedimientos de extinción y modificación analizados pues ello supondría un fraude de Ley y una quiebra de los principios de publicidad y concurrencia para cuya preservación dicho concurso fue en su día convocado”.

Hecha esta salvedad se entiende, prima facie (y sin perjuicio, se insiste, de la cuestión más compleja relativa al plazo concesional), conforme al interés público la pretensión de la solicitante de unificar bajo un mismo régimen jurídico las superficies de las que dispone para llevar a cabo la prestación del servicio, que es el mismo para todas ellas, lo que permitirá una mayor racionalidad en su explotación y facilitará asimismo la administración del demanio por la Autoridad Portuaria, sin merma de los ingresos correspondientes.

En este sentido, aunque la LRESP no regula lo que algunos precedentes jurisprudenciales (sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1981 y 2 de noviembre de 1990) han denominado “unificación de concesiones,” esta figura tiene, en principio, cabida en el ordenamiento jurídico, como una modalidad de modificación de la concesión demanial.

Dicho esto, resulta en este momento importante constatar, para deducir las consecuencias correspondientes, que no concurren en este caso circunstancias que provoquen la imposibilidad de la explotación de las concesiones en los términos en que han sido otorgadas, más allá de los inconvenientes que puede ocasionar la existencia de títulos diferentes para la explotación con la misma finalidad de terrenos colindantes.

Por otra parte, aunque la LREPS ha introducido, como se acaba de constatar, una mayor “juridificación” del régimen concesional, la Autoridad Portuaria sigue ostentando un importante margen de discrecionalidad (subordinada siempre al interés público y cuyo uso debe ser adecuadamente motivado) para la modificación o revisión de concesiones, sin perjuicio de que el uso de estas facultades traiga consigo en determinados supuestos la necesidad dejar indemne al concesionario y de que se respeten los principios de igualdad y concurrencia.

Por lo tanto, procede examinar si las pretensiones deducidas tienen cabida dentro de las previsiones legales.

Como se acaba de apuntar, la figura de la unificación de concesiones no está prevista en la LREPS que sí contempla operaciones que suponen modificaciones de las mismas, como la división de la concesión (artículo 115) o la adquisición inter vivos de concesiones (artículo 117), incluso por empresas que ya son titulares de una concesión anterior.

A falta de una regulación de la unificación de concesiones, la figura que más se asemeja, como se expresaba anteriormente, es la modificación de los términos concesionales que en la LRESP tiene dos cauces fundamentales, la modificación y la revisión de las concesiones.

En un principio, y salvo que la Autoridad Portuaria desde una perspectiva técnica entienda algo distinto, debe descartarse la opción de la revisión de la concesión alegada por la concesionaria, puesto que no parecen concurrir ninguno de los supuestos previstos en el artículo 114 de la LREPS, esto es, la alteración los supuestos determinantes de su otorgamiento, de tal forma que las circunstancias objetivas que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión hayan variado de modo que no sea posible alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión; fuerza mayor, y adecuación al plan de utilización de los espacios portuarios o al plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto o al Plan Director. La representación de la concesionaria invoca el citado precepto legal para fundamentar el establecimiento de un nuevo plazo, pero, como se indicará más adelante, ni el hecho de que se hayan acometido, según se dice, más inversiones de las previstas ni el cambio normativo operado por la sustitución del régimen concesional previsto en la LPMM por la LRESP pueden subsumirse en las circunstancias objetivas a las que se refiere el precepto y que justifican la revisión de la concesión. No debe olvidarse que, tal y como se anticipó, la actividad de la concesionaria puede realizarse de acuerdo con su actual régimen jurídico. La circunstancia consistente en la mayor inversión de la prevista en los títulos concesionales pueden justificar, en su caso, como se prevé en el artículo 107.2, que, en el momento oportuno, la Autoridad Portuaria, según los casos, acuerde prorrogar la concesión, pero no su revisión, si no puede subsumirse dentro sus supuestos legalmente previstos; en definitiva, el cauce a seguir en este procedimiento es el propio de la modificación de la concesión y no otro.

- III -

Pues bien, el régimen jurídico de la modificación de concesiones se encuentra previsto en el artículo 113 de la LREPS que dispone lo siguiente:

- “1. La Autoridad Portuaria podrá autorizar a solicitud del interesado modificaciones de las condiciones de una concesión. Cuando una modificación sea sustancial, la solicitud deberá tramitarse de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de esta Ley. Si la modificación no es sustancial, requerirá únicamente informe previo del Director de la Autoridad Portuaria, que será elevado por el Presidente al Consejo de Administración para la resolución que proceda.
2. Tendrán el carácter de modificaciones sustanciales, las siguientes:
  - a) Modificación del objeto de la concesión.
  - b) Ampliación de la superficie de la concesión en más de un 10 por 100 de la fijada en el acta de reconocimiento. A estos efectos, únicamente será admisible la ampliación de la superficie con bienes de dominio público colindantes a los concedidos.
  - c) Ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 por 100.
  - d) Ampliación del plazo de la concesión, en los supuestos establecidos en los apartados 2 b) y 2 c) del artículo 107.
  - e) Modificación de la ubicación de la concesión.

En el cómputo de los límites establecidos, se tendrán en cuenta los valores acumulados de modificaciones anteriores”

Las modificaciones pretendidas son, por sus dimensiones cuantitativas y cualitativas, de carácter sustancial y, por lo tanto, su viabilidad debe analizarse a la vista del precepto que se acaba de transcribir, tanto desde la perspectiva sustantiva como procedimental que exige

seguir el procedimiento establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de la LRESP, con los criterios que suministra la exposición de motivos, antes transcrita.

Aunque, según expresa la concesionaria, su asentimiento a las condiciones que pueda proponer la Autoridad Portuaria a su solicitud se condiciona a los requisitos que se consideran consustanciales, fundamentalmente que la modificación se acepte en su conjunto, atribuyendo una especial relevancia al señalamiento de nuevo plazo concesional, parece oportuno analizar en este momento la viabilidad de cada una de las pretensiones de manera separada y gradual, esto es, de las más sencillas a las más complejas.

Por ello, y en primer lugar, teniendo en cuenta el gran margen de flexibilidad que proporciona la LREPS para admitir la incorporación a la concesión de terrenos colindantes, nada obsta a la efectiva incorporación a la concesión de los terrenos que ahora viene utilizando en régimen de autorización temporal y que representan en su conjunto más de un 10% de la superficie de las concesiones, siempre y cuando, como afirma la concesionaria, no se consideren por la Autoridad Portuaria susceptibles de explotación separada (y atribuibles mediante concurso), para un fin similar al solicitado.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la unificación de las dos concesiones existentes, la operación podría encajar en sentido muy amplio dentro del concepto de modificación de la concesión, siempre y cuando no se alteren los compromisos adquiridos por la concesionaria en cada una de ellas; los derechos y obligaciones asumidos en cada concesión deben mantenerse sustancialmente igual (dejando en este momento aparte la cuestión más compleja del plazo), más allá de las actualizaciones técnicas que sean precisas debidas al transcurso del tiempo y al cumplimiento de las condiciones pactadas.

Se considera, sin embargo, que la forma utilizada para llevar a cabo esta operación de unificación de concesiones, consistente en extinguir por mutuo acuerdo la concesión más reciente para incorporarla inmediatamente en el mismo expediente administrativo a la concesión anterior, no es la más correcta desde el punto de vista jurídico.

Es cierto que la extinción de la concesión tendría un carácter puramente instrumental en relación con el objetivo que se pretende. Sin embargo, en la LRESP, la extinción de la concesión produce –artículo 125– una serie de efectos automáticos (devolución del uso de los terrenos e instalaciones a la Autoridad Portuaria con desaparición del vínculo concesional), que no se acomodan a la finalidad que se pretende. A estos efectos, la acumulación en un mismo procedimiento administrativo que al amparo del artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de la resolución por la que se acuerda simultáneamente la extinción de la concesión más reciente y su incorporación a la anterior, siendo fundamentada, no puede considerarse abstracción hecha de la constatación de la corrección sustantiva de la acumulación de procedimientos.

Para conseguir este objetivo podría proponerse una solución más sencilla, consistente, dentro del amplio ámbito que atribuye la modificación de la concesión, en la unificación en un solo título de los que corresponden a las dos concesiones que se quieren modificar, manteniendo, en los términos antes expresados, el régimen jurídico y económico-financiero de las dos concesiones y, especialmente, los compromisos adquiridos por la concesionaria y que han servido de base para la adjudicación de las concesiones, más allá de las antes mencionadas modificaciones debidas a las actualizaciones técnicas que sean precisas, debidas al transcurso del tiempo y al cumplimiento de las condiciones pactadas.

- V -

Llegados a este punto, debe abordarse la dificultad añadida que plantea esta opción derivada del hecho de que las concesiones tienen cada una de ellas plazos distintos.



El plazo de duración de la concesión otorgada el año 2000 es de 26 años más otros 26 adicionales en concepto de prórroga, plazo establecido al amparo del apartado 6 del artículo 54 de la LPMM introducido en la reforma de este texto legal efectuada por la Ley 62/1997. Así se justifica expresamente en el título concesional, reflejándose además en su parte resolutive al expresar que el "plazo podrá ser prorrogado por otros 26 años, previo informe favorable de Puertos del Estado y la posibilidad de revisión de las condiciones de la concesión, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución del otorgamiento de la prórroga (...)" Como se afirmaba al comienzo, aunque el plazo de la prórroga supera el previsto como máximo en la nueva LRESP, deberá ser respetado por no existir, a diferencia de la disposición transitoria de la propia LRESP sobre la LPMM de 1992, un régimen transitorio que establezca limitación al respecto. Ello sin perjuicio de que la previsión de una prórroga no supone su otorgamiento automático ni una ampliación ab initio de la concesión sino una expectativa sometida a la verificación en el momento de la extinción del periodo inicial como reflejo de la previa resolución.

La concesión otorgada en el año 2002 tiene un plazo de duración de 27 años y en ella no se prevé prórroga, aunque de la información recibida resulta que este plazo no ha comenzado a contarse, según parece porque no se han entregado a la concesionaria la totalidad de los terrenos objeto de concesión.

Así las cosas, resulta extremadamente difícil encontrar una solución a la diferencia de plazos que no lesione los principios antes expuestos de publicidad y concurrencia que exigen el mantenimiento del régimen jurídico vigente.

En punto al plazo, la petición de la concesionaria no es atendible, en la medida en que trata de sustituir el régimen previsto para cada una de las concesiones otorgadas por uno nuevo (alterando así el régimen jurídico concesional, resultado que ya se ha considerado no conforme con el ordenamiento jurídico), que se pretende fijar, ab initio, para la concesión resultante y que es, además, el máximo permitido por la LRESP. A estos efectos, no puede omitirse, como criterio de interpretación sistemática en apoyo de la inviabilidad de esta pretensión, que, en el caso de la división de concesiones, el artículo 115.2 LRESP permite esta operación con la condición expresa de que "el plazo de cada una de las concesiones resultantes no será superior al que reste de la concesión primitiva, y el objeto de cada una de ellas deberá estar incluido en el objeto de la primitiva concesión."

Frente a lo que alega la concesionaria, la realización de inversiones no previstas puede considerarse a los efectos de prórroga de la concesión tal y como previene el artículo 107.2 de la LRESP, pero no justifica una modificación del plazo concesional, como se explicará más adelante. Además, tal y como se afirma en el proyecto de informe, la existencia de un cambio normativo, consecuencia de la aprobación de la LRESP, en ningún caso puede considerarse como una de las circunstancias que, según el invocado artículo 114.1 LRESP, justifica las revisiones de las concesiones, puesto que, como se ha expresado anteriormente, ni existe en este caso un supuesto de imposibilidad de continuar en el ejercicio de la explotación que justifique el uso por la Administración de sus facultades de revisión, ni podría imputarse tal circunstancia al cambio normativo que modifica los plazos concesionales. Con más motivo es rechazable la pretensión de que, además de la fijación de un nuevo plazo inicial de 35 años (máximo que se permite en la LRESP), se pretenda el mantenimiento de la prórroga de la concesión por otros 26 años que reconocía la LPMM, ya derogada, que, precisamente, beneficia a una de las dos concesiones, la que se pretende mantener y a la que se quiere incorporar la concesión que se desea extinguir.

La conveniencia de racionalizar en un mismo título jurídico las concesiones existentes no puede llevar a desnaturalizar esencialmente el conjunto de derechos y obligaciones de las dos concesiones vigentes.

Este Centro Directivo tampoco comparte el criterio del proyecto de informe consistente en que puedan acordarse modificaciones de plazo fuera de las previsiones de la ley para la

modificación sustancial de concesiones y del sistema de prórrogas previsto en el apartado 2 del artículo 107. Parece, por el contrario, de acuerdo con la Exposición de Motivos, que la LRESP pretende establecer un régimen jurídico limitativo del ámbito de las modificaciones concesionales especialmente en lo que se refiere a los plazos de duración; precisamente, el artículo 113.2 al establecer que tendrán el carácter de modificaciones sustanciales, entre otras, "la ampliación del plazo de la concesión en los supuestos establecidos en los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 107" parece pretender que ninguna modificación del plazo pueda acordarse fuera de este cauce y más allá de estos límites, lo que reconduce la cuestión al sistema de prórrogas. Todo ello, en el caso objeto de informe, sin perjuicio de que el plazo establecido pueda ser eventualmente ampliado a través de prórroga, llegado el momento, en los términos previstos legalmente.

En efecto, la interpretación en sentido contrario conduciría a la conclusión de que un elemento tan importante como es la modificación del plazo en una concesión tuviera dos tratamientos distintos: por una parte, el previsto en el artículo 113.2 que limita la modificación de los plazos, considerando este hecho además como sustancial, a los supuestos referidos en dicho precepto; por otra, la posibilidad abierta, sin necesidad de cumplimentar requisitos sustantivos reglados ni de seguir el procedimiento previsto en los apartados dos y siguientes del artículo 110, para modificar los plazos concesionales en otros supuestos. De acuerdo con la sistemática seguida por la LRESP, parece que la única modificación de plazos que se admite es aquella que, sin variar el plazo inicial, se realiza a través del sistema, regulado con detalle, de las prórrogas. La admisión de ampliaciones de plazo fuera de estas previsiones enervaría el control que el legislador quiere establecer sobre este elemento. De hecho, la redacción del artículo 113 interpretado con la Exposición de Motivos conduce a la conclusión de que existen una serie de modificaciones de las concesiones que, además de sustanciales, están sometidas a límites, más allá de los cuales no pueden acordarse, quedando excluida la utilización de otro cauce distinto.

Descartadas estas hipótesis, la unificación del régimen concesional bajo un mismo plazo presenta, como se anticipaba, un problema difícil de resolver.

Este Centro Directivo, ante la ausencia de una previsión legal expresa, y para facilitar la viabilidad de una operación que se considera en sí misma beneficiosa para el interés público, no puede sino sugerir la solución que, con respecto a los principios generales del Derecho parece, prima facie, más conforme a Derecho, teniendo de nuevo especialmente en cuenta los principios de igualdad, publicidad y concurrencia. La solución que se propone, que pretende la coherencia con el necesario respeto al conjunto de condiciones, derechos y obligaciones que motivaron el otorgamiento de ambas concesiones, supondría aplicar a la concesión unificada el plazo resultante de la media aritmética entre el plazo de 27 años de la concesión otorgada el año 2002 cuya eficacia, según resulta de los antecedentes, todavía no ha comenzado, y el plazo que resta de la concesión otorgada el año 2000 por un periodo de 26 años. De esta manera, resultaría (s.e.u.o. a determinar por la Autoridad Portuaria cuando resuelva sobre esta cuestión), un plazo de unos 24 años, que serían aplicables a la concesión resultante; este plazo no podría ser objeto de una prórroga expresa (en la medida en que una concesión tiene atribuida esta previsión potestativa, pero en la otra se guarda silencio), sin perjuicio de que, de darse las circunstancias previstas en la LRESP, y en concreto la posibilidad de prórroga extraordinaria de la concesión transcurrido el plazo de la tercera parte del plazo de vigencia de la concesión (artículo 107.2, penúltimo párrafo), pueda ampliarse, el plazo concesional, teniendo en cuenta, además, que, según afirma la concesionaria, se han realizado más inversiones de las inicialmente previstas.

Finalmente, conviene hacer dos tipos de observaciones: la primera es que, según resulta de los antecedentes remitidos, la eficacia de la concesión otorgada el 11 de junio de 2002 está actualmente en suspenso (a efectos del cómputo del plazo concesional y aplicación de los cánones correspondientes), hasta que por parte de la Dirección del Puerto se notifique a la entidad adjudicataria que todos los terrenos que constituyen el dominio público a que

se refiere la concesión están disponibles para su ocupación, como prevé la cláusula H de la Resolución que otorga la concesión. Siendo esto así, parece lógico que la unificación de concesiones que se pretende, y como consecuencia de ello, la determinación del nuevo plazo concesional común, calculado conforme se acaba de expresar, no se realicen hasta tanto resulte plenamente eficaz la concesión otorgada el año 2002, puesto que no tiene sentido unificar las concesiones con el objetivo de racionalizar y uniformizar su gestión si una de ellas todavía no está operativa.

En segundo lugar, dadas las características del régimen jurídico de otorgamiento y modificación de las concesiones portuarias que permiten, artículo 110.5 in fine y 6 de la LRESP, un trámite de aceptación por parte del concesionario de las condiciones que fije la autoridad portuaria, la solicitante es libre de aceptar el régimen de las modificaciones que pretende o, por el contrario, optar por el mantenimiento de la relación jurídica ahora existente.

Por todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Se considera conforme a Derecho la pretensión de X, S.A. de anexionar a las concesiones de las que actualmente es titular, los terrenos de dominio público cuya utilización dispone en régimen de autorización temporal siempre y cuando sean colindantes con las referidas concesiones y no puedan ser susceptibles de utilización separada para usos similares a los pretendidos, a juicio de la Autoridad Portuaria.

**Segunda.-** Asimismo, en los términos expresados el cuerpo de este informe, se considera conforme a Derecho la unificación en un único título concesional de las concesiones titularidad de X, S.A. siempre y cuando se mantengan los compromisos adquiridos por la solicitante y los derechos y obligaciones establecidos en los diferentes títulos concesionales y sin perjuicio de la duración del plazo concesional de acuerdo con la siguiente conclusión de este informe. Para ello se estima que el cauce procedente es el de la modificación de ambos títulos concesionales, y no la extinción del otorgado el año 2002 y su posterior integración al atribuido el año 2000.

**Tercera.-** Se estima que no puede atenderse a la solicitud de la entidad concesionaria de fijar un nuevo plazo de duración ab initio de 35 años para la concesión resultante, con una prórroga de 26 años adicionales, por ser contrario a Derecho en los términos expresados en el cuerpo de este informe. Ante la ausencia de una previsión expresa en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés General, se considera que el respeto a los principios generales de Derecho sólo pueden llevar a reconocer el plazo de duración que resulte de calcular la media aritmética entre el plazo de 27 años de la concesión otorgada el año 2002 cuya eficacia, según resulta de los antecedentes, todavía no ha comenzado, y el plazo que resta a la concesión otorgada el año 2000 por un periodo de 26 años, todo ello sin perjuicio de las prórrogas que, de acuerdo con el Derecho aplicable, puedan en el futuro otorgarse. Tal y como se expresa en el cuerpo de este informe, la operación de unificación de concesiones y el señalamiento del nuevo plazo común sólo podrán acordarse una vez la concesión otorgada el año 2002 sea plenamente operativa.

## **102.- Informe sobre la inclusión, en un supuesto de rescate de una concesión, del importe abonado por el licitador- adjudicatario en concepto de “mayor precio de la concesión”: Análisis de la figura del rescate de las concesiones.**

### **Resumen**

Consulta sobre la inclusión, en el supuesto de rescate de la concesión de dominio público portuario, del importe abonado por el licitador-adjudicatario en concepto de “mayor precio de la concesión”. Concepto de rescate de concesiones; jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina del Consejo de Estado sobre la naturaleza del rescate de concesiones: configuración de la misma como una operación expropiatoria. Supuesto en que exista acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el concesionario para valorar el rescate. Supuesto de desacuerdo entre una y otro; insuficiencia al respecto de las previsiones del artículo 124 de la Ley 48/2003 para resolver el caso planteado; necesidad de acudir a los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil; criterio favorable a la inclusión del aludido concepto en el valor de rescate en razón del carácter expropiatorio de éste y de ser ese concepto (“mayor precio de la concesión”) un coste del concesionario.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 83/06

**Fecha:** 16 de octubre de 2006

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo del artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado y de la regla primera, letra h), del apartado I de la Instrucción 2/2003, de diciembre de 2003, sobre determinados aspectos de las actuaciones consultivas y contenciosas de las Abogacías del Estado, ha examinado su consulta sobre la inclusión o no, como valoración en caso de potencial rescate total o parcial de la concesión “Muelle Prat”, de la totalidad o parte del importe abonado bajo el concepto de “mayor precio de la concesión”.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) La Autoridad Portuaria de Barcelona, en fecha no determinada, pero posterior al 10 de noviembre de 2005, previo informe del Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Abogacía General del Estado y la citada Autoridad Portuaria, aprobó el Pliego de Bases para el otorgamiento de una concesión de espacio de dominio público portuario del muelle del Prat del Puerto de Barcelona que sirviera de soporte a la prestación de servicios portuarios básicos de manipulación y transporte de mercancías al tráfico de contenedores.

La Base Séptima, apartado 1.2, del citado Pliego, en lo que aquí interesa, reza textualmente así:

“En el ANEXO Nº 4, el licitador debe reseñar, en letras y en número, las cantidades que, bien como propuesta de pago a cuenta de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario, bien como mayor precio por la concesión, bien por ambos conceptos, el licitador se compromete a abonar a la Autoridad Portuaria caso de resultar adjudicatario.

(...)

A diferencia de la propuesta de pago a cuenta de la tasa por ocupación privativa que se compensará con futuras liquidaciones, el importe del mayor precio por la concesión, no podrá ser deducido por el concesionario del pago de futuras liquidaciones de tasas portuarias, por lo que ha de considerarse por el adjudicatario como un mayor coste por la obtención de la concesión.”

Tal y como se indica en el informe remitido, en cumplimiento de dicha prescripción, el licitador adjudicatario del concurso (la sociedad Tercat, S.A.) ha pagado efectivamente a la Autoridad Portuaria de Barcelona la cantidad de 22 millones de euros, en concepto de “mayor precio por la concesión”, fórmula cuya legalidad fue examinada por el Abogado del Estado consultante en su extenso informe al Pliego de Bases de 10 de noviembre de 2005.

2º) Así las cosas, el Presidente de la Autoridad Portuaria se cuestiona si, en un hipotético rescate de la concesión, en la valoración de la misma deben o no incluirse los 22 millones satisfechos en concepto de “mayor precio por la concesión”. Según se recoge en el correo electrónico que contiene la consulta, a efectos de cuadrar la cuenta de resultados de este año 2006, le interesaría considerar que el rescate no comprende los 22 millones de euros, con base en determinados argumentos a los que luego se hará referencia.

3º) La duda surgida ha dado lugar a un proyecto de informe del Abogado del Estado consultante, de fecha 14 de septiembre pasado, en el que, después de analizar jurídicamente la cuestión planteada, llega a dos conclusiones que somete a la consideración de este Centro Directivo. La primera es que la Autoridad Portuaria y el concesionario, de acuerdo con el artículo 124.4 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, pueden convenir el valor del rescate, acordando que no haya lugar a la devolución de la cantidad abonada en concepto de mayor precio de la concesión; en este caso, resulta claro que el rescate no comprendería el mayor precio de la concesión, con todas las consecuencias legales y contables. La segunda conclusión parte, por el contrario, de la falta de acuerdo entre ambos, en cuyo caso, y de conformidad también con dicho precepto legal, sería necesario que la Autoridad Portuaria fije el valor del rescate con inclusión de la totalidad o parte (dependiendo de cuándo se realice el rescate) del importe abonado por el concesionario bajo el concepto de “mayor precio por la concesión”.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

El rescate es una de las causas de extinción de las concesiones o, si se quiere, del derecho a la ocupación del dominio público portuario otorgado, basada en un interés público prevalente respecto a aquél que satisface la ocupación privativa que la concesión permite. Aparece esta causa de extinción cuando, una vez otorgada la concesión administrativa, sobreviene la necesidad de la Administración concedente de recuperar la posesión del bien demanial concedido, por razones de utilidad pública y relacionadas con el uso normal del mismo, es decir, coincidente con la afectación propia del bien de dominio público de que se trate.

En este sentido y con especial incidencia en el caso suscitado, es preciso tener presente el artículo 121 h) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, según el cual las concesiones se extinguirán por rescate, siendo desarrollada convenientemente esta causa de extinción en el artículo 124, al que luego se hará cumplida referencia.

La Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, también se refiere al rescate, señalando en su artículo 78.1.i) que el derecho a la ocupación del dominio público marítimo-terrestre se extinguirá por rescate, dedicando su artículo 89 a la valoración de los rescates.

Con un alcance más general, el artículo 100.d) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas establece que las concesiones demaniales se extinguirán por rescate de las mismas, previa indemnización.

Por último, para terminar con este repaso de la normativa relacionada con el rescate, es interesante citar también el artículo 167.b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas que, lógicamente, en relación con el contrato de gestión de los servicios públicos, considera causa de resolución del mismo el rescate del servicio por la Administración, disponiendo el artículo 168.2 que “por razones de interés público, la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente”.

- II -

El rescate se ha venido configurando como potestad administrativa, por tanto, irrenunciable, reconocida por nuestro ordenamiento jurídico a favor de la Administración titular del dominio público (así como a favor de la Administración titular de un servicio público gestionado indirectamente mediante el oportuno contrato). La titularidad administrativa constituye el fundamento de la prerrogativa, siendo la confrontación de intereses la causa del rescate que exige articular un sistema satisfactorio para las dos partes afectadas: por un lado, la Administración, que representa el interés general y actúa bajo el legítimo título demanial, recupera los bienes de dominio público para el uso público o para un servicio público; por otro lado, el concesionario, que representa los intereses particulares e individuales, exige la compensación de las inversiones realizadas para ejercer los derechos concesionales durante un tiempo determinado y no respetado.

Esta articulación se consigue reconduciendo la figura del rescate a la potestad expropiatoria de la Administración. El Consejo de Estado en su dictamen 569/92, de 4 de junio, dejó claro que el rescate de las concesiones tiene naturaleza expropiatoria, añadiendo que, a pesar de que el rescate de las concesiones demaniales no tiene una regulación general completa en nuestro ordenamiento, es pacífico que se trata de un acto administrativo que extingue una concesión determinada, con todos los derechos y deberes a ella inherentes. Se trata, pues, de una privación singular de derechos patrimoniales legítimos acordada imperativamente. Por este motivo, la generalidad de la doctrina reconoce que la institución tiene naturaleza verdaderamente expropiatoria, pues encaja en el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, regulándose en el artículo 41 de este texto legal la determinación del justiprecio de las concesiones para el caso de rescate, con lo que confirma aquella conclusión.

La primera consecuencia –añade el citado dictamen del Consejo de Estado– que ha de extraerse de la naturaleza expropiatoria del rescate de concesiones y de la privación de derechos que entraña es su sometimiento al artículo 33.3 de la Constitución, que dispone que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.” En parecido sentido se pronuncian los dictámenes de 4 de julio de 1985 (nº 47.748) y 23 de diciembre de 1980 (nº 42.868).

En el caso de que aquí se trata, la Ley 48/2003 contiene una regulación bastante detallada del rescate de las concesiones portuarias en su artículo 124. La citada Ley y, supletoriamente, la legislación expropiatoria en general constituyen la legislación básica de la materia.

La doctrina jurisprudencial, como no podía ser de otra forma, ha venido a ratificar este planteamiento, pudiendo citarse a tal fin la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1994 para la que “.. el rescate es una forma de extinción del derecho a la ocupación del dominio público por razones de interés público, que supone el restablecimiento del dominio público a su situación anterior a la concesión, y el deber de indemnizar al concesionario en la cuantía que corresponda al valor de las obras e instalaciones ejecutadas por el mismo.” En la sentencia del mismo Tribunal de 11 de julio de 1997 se insiste en que “..no se puede eludir lo dispuesto en el artículo 33.3 de la Constitución omitiendo las indemnizaciones por los perjuicios concretos

derivados del rescate de las concesiones...” En la sentencia de 5 de abril de 1999, relativa a una concesión de servicios municipales, se habla de “.. lo que podríamos denominar el rescate forzoso como una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicio públicos, por razones de interés público, expresamente contemplada en el artículo 41 de la LEF y sujeta como toda expropiación a una indemnización determinada...” Por último, en la sentencia de 24 de diciembre de 2001, en un supuesto de ocupación de bienes de dominio público marítimo terrestre vuelve a insistirse en que “.. el rescate de concesiones tiene un sentido evidentemente expropiatorio, y entra dentro de los supuestos a los que se refiere el artículo 1 de la LEF, esto es, la privación singular de derechos de contenido patrimonial. En efecto, las concesiones sobre el dominio público atribuyen a su titular un derecho real, cuya privación por parte de la Administración requiere de un procedimiento con todas las garantías, que puede dar lugar a indemnización”.

El artículo 124.1 de la Ley 48/2003, aplicable, como se ha dicho, al rescate de las concesiones otorgadas sobre el dominio público portuario, parte también de esta base cuando autoriza a la Autoridad Portuaria a proceder al rescate de la concesión, en el caso de que el dominio público otorgado fuera necesario para la ejecución de obras, la ordenación de terminales o la prestación de servicios portuarios, previa indemnización al titular.

- III -

Llegados a este punto, es necesario ya analizar las circunstancias del caso concreto. Para comprender la existencia en el Pliego de Bases del concepto “mayor precio de la concesión” como elemento valorable en las ofertas que se hagan hay que poner en relación este elemento con otro de los previstos en el Pliego que es la renuncia a una concesión o concesiones anteriores. Como pone de manifiesto el apartado VII del Preámbulo del Pliego, ser titular de una concesión comporta facultades de administración y disposición de la misma, por lo que el futuro licitador, concesionario ya en el puerto de Barcelona, puede lícitamente plantearse y optar por la renuncia anticipada a la concesión, en lugar de transmitirla por precio, para así hacerla valer en su oferta económica, como el mismo u otro licitador puede hacer valer, a los mismos efectos, otros bienes de su patrimonio, como es el dinero en efectivo (mediante mayor precio de la concesión y mediante mejora de la tasa por aprovechamiento especial de dominio público).

Es decir, tanto la renuncia a una concesión anterior como el ofrecimiento de un mayor precio de la concesión se convierten en elementos de gran importancia en la valoración de las ofertas realizadas, garantizándose así, con la introducción de este último elemento, la igualdad de oportunidades de aquellos licitadores que no tienen concesión alguna a la que renunciar. La importancia de ese concepto se pone de manifiesto en la Base Sexta.5, en la que se señala que el licitador deberá comprometerse a que, en caso de ser adjudicatario, abonará a la Autoridad Portuaria en la forma prevista en el Pliego, una cantidad mínima de 20 millones de euros, bien en concepto de liquidación a cuenta de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario, bien en concepto de mayor precio de la concesión

Como ya se indicó en el antecedente I de este informe, a diferencia de la propuesta de pago a cuenta de la tasa por ocupación privativa que se compensará con futuras liquidaciones, el importe del mayor precio por la concesión no podrá ser deducido por el concesionario del pago de futuras liquidaciones de tasas portuarias, por lo que ha de considerarse por el adjudicatario como un mayor coste por la obtención de la concesión (Base Séptima 1.2).

- IV -

El Presidente de la Autoridad Portuaria, como se ha indicado, plantea el problema de si, en el caso de un hipotético rescate de la concesión, la valoración oportuna debe incluir o no los 22 millones de euros ofrecidos y abonados en un solo pago por el concesionario “en concepto

de mayor precio de la concesión;” todo ello a efectos contables y con el fin de cuadrar la cuenta de resultados del presente año 2006.

La respuesta a esta cuestión, aunque matizada en razón al momento en que haga efectivo en su caso ese rescate, es afirmativa, a salvo, claro está, un posible acuerdo con el concesionario para no incluir en el valor del rescate este concepto.

Para razonar convenientemente esa conclusión, es preciso partir, una vez más, de la naturaleza netamente expropiatoria de este instituto, puesta de manifiesto en el artículo 124.1 de la Ley 48/2003 y ratificada en el apartado 2 de ese mismo artículo, al exigir para el rescate de la concesión la previa declaración de interés portuario, atribuida al Consejo de Administración, y el acuerdo de necesidad de ocupación de los bienes y derechos afectados, que corresponde dictar al Presidente, trámites básicos del procedimiento expropiatorio general.

El apartado 4 de ese mismo artículo establece que la Autoridad Portuaria y el titular de la concesión podrán convenir el valor del rescate. Por ello, en primer término, al ser además una norma específica, habrá que admitir, como hipótesis, el posible acuerdo entre ambos que no incluya como valoración de la concesión ese mayor precio satisfecho, tal y como se indica en el proyecto de informe de esa Abogacía.

No obstante, lo normal será que el concesionario pretenda la inclusión de ese concepto en la valoración del rescate, por lo que, ante el previsible desacuerdo con la Autoridad Portuaria, habrá que tener en cuenta el resto de las previsiones de ese artículo que comienza, en el mismo apartado 4, atribuyendo, en este caso, la fijación del valor del rescate a la Autoridad Portuaria de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 6.

Pues bien, el apartado 6 en cuestión, dispone textualmente lo que sigue:

“La valoración de las concesiones, en caso de rescate total o parcial, atenderá a los siguientes conceptos:

- a) El coste de las obras rescatadas actualizadas con el IPC, multiplicado por el cociente entre el periodo de concesión restante y el total. En cualquier caso, no se tendrán en cuenta las obras e instalaciones realizadas por el concesionario sin previa autorización de la Autoridad Portuaria, que pasarán al dominio público portuario sin derecho a indemnización.
- b) La pérdida de beneficios imputable al rescate total o parcial de la concesión durante el periodo de concesión restante, con un máximo de tres anualidades. Para ello, se computará el beneficio medio anual de las actividades ordinarias realizadas en la concesión en los cuatro ejercicios anteriores, o en los dos últimos ejercicios si es más favorable para el concesionario.”

Como se observa y se resalta oportunamente en el proyecto de informe remitido, entre los conceptos objeto de valoración no se encuentra uno tan específico y puntual como el “mayor precio de la concesión;” que ha sido de gran importancia en la elección del concesionario, sin que la aplicación del artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa, relativo a la valoración de concesiones administrativas a efectos de justiprecio, aplicable supletoriamente, resuelva las dudas, al no contemplar tampoco ese concepto. Lo mismo puede decirse del artículo 89 de la Ley de Costas.

No obstante, y dado que, según la Base Sexta.5 del Pliego, ese “mayor precio de la concesión;” que necesariamente debe comprometerse a abonar el licitador en cuantía mínima de 20 millones de euros, será destinado por la Autoridad Portuaria a la realización de las obras de acceso viarios y ferroviarios al Muelle Prat, urbanización complementaria y otras obras de infraestructura ferroviaria, podría entenderse que dichas obras deberían haber sido hechas por el concesionario, incluso que se hubiere visto obligado a hacerlas por expresa previsión del pliego, beneficiándose incluso de las mismas otros concesionarios establecidos en el Muelle.



Sobre esa base, en una interpretación extensiva del precepto legal, podría pensarse en una hipotética inclusión del concepto “mayor precio de la concesión” dentro del concepto “coste de obra rescatada” mencionado en el apartado a) de ese artículo 124.6, coste que debería incluirse, en todo caso, como valor del rescate. Sin embargo la no realización de esas obras por parte del concesionario sobre los terrenos donde se ubica la concesión, que es el supuesto del que parece partir ese apartado, hace difícil mantener esa interpretación, que desembocaría en un reintegro del coste de esas obras actualizadas con el IPC, y multiplicadas por el cociente entre el periodo de concesión restante y el total.

Por ello, ante las evidentes carencias del artículo 124.6, y para resolver ese dilema, es preciso tener presente los criterios interpretativos de las normas jurídicas contenidos, como es sabido, en el artículo 3.1 del Código Civil.

Una interpretación literal, que es el primero de los criterios contemplados en ese artículo, conduciría directamente a negar la inclusión de ese concepto en el apartado 6 del artículo 124 de la Ley 48/2003. Ahora bien, el mismo artículo 3.1 admite también como criterio interpretativo el espíritu y finalidad de las normas, criterio que, como bien dice el proyecto de informe remitido, ha de tenerse presente cuando una aplicación meramente aislada y literal de la ley conlleve resultados prácticos no convincentes o contradictorios. Se cita a tal fin, como sentencia en la que se hace aplicación de ese criterio, la del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1983.

Pues bien, teniendo en cuenta el carácter netamente expropiatorio del rescate de esa concesión, resultaría contrario al espíritu y finalidad del precepto regulador de la misma en el ámbito portuario que una futura valoración de la concesión en caso de rescate no incluyera el importe abonado por el concesionario como mayor precio de la concesión, que ha supuesto un mayor coste para él y que, lógicamente, pretende recuperar durante el plazo de treinta años de duración de la concesión. La citada cantidad no puede considerarse, a juicio de este Centro Directivo, como una cantidad entregada a fondo perdido, sino que constituye, como se ha dicho, un mayor coste para la obtención de la misma, ligada al extenso plazo de duración de la concesión.

Si, en un momento determinado y cumpliendo las formalidades legales, la Autoridad Portuaria decidiera el rescate de la concesión, el concesionario sufriría un perjuicio evidente, constituido, entre otros, por el mayor precio de esa concesión, perjuicio que sería claramente indemnizable en razón del carácter expropiatorio del rescate concesional. Como es obvio, para determinar la cantidad exacta a abonar al concesionario, es esencial el momento en que se haga efectivo ese rescate, por lo que habría que prorratear la cifra pagada por el número de años de la concesión, quedando en beneficio de la Autoridad Portuaria la cantidad correspondiente al periodo de tiempo en que el concesionario ha disfrutado de los terrenos objeto de la concesión y que le sirvieron de soporte para la prestación de los servicios portuarios básicos de manipulación y transporte de mercancías al tráfico de contenedores.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El rescate es una de las causas de extinción de las concesiones demaniales, apareciendo la misma cuando, una vez otorgada la concesión, sobreviene la necesidad por parte de la Administración concedente de recuperar la posesión del bien demanial concedido por razones de utilidad pública y relacionadas con el uso normal del bien.

**Segunda.-** Los artículos 121.h) y 124 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, contemplan el rescate como una de las causas de extinción de la concesión del dominio público portuario.

**Tercera.-** El rescate tiene, de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado y jurisprudencia del Tribunal Supremo, naturaleza expropiatoria, lo que obliga a la Administración concedente a indemnizar al concesionario todos los daños y perjuicios que se deriven del rescate de la concesión.

**Cuarta.-** A salvo de un posible acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el concesionario sobre el valor del rescate, coincidiendo con el parecer del Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Abogacía General del Estado y la Autoridad Portuaria de Barcelona, y aunque no aparezca mencionado entre los conceptos a valorar del artículo 124.6 de la Ley 48/2003, el relativo “mayor precio de la concesión”, establecido de forma obligatoria en el Pliego de Bases a que se refiere el encabezamiento de este informe, constituye, en caso de rescate, un evidente perjuicio para el concesionario, perjuicio que sería claramente indemnizable por parte de la Autoridad Portuaria en razón al carácter expropiatorio de ese rescate, dependiendo, en todo caso, la cantidad a abonar del momento en que se haga efectivo el rescate, tal y como se indica en el fundamento jurídico IV del presente informe.

### **103.- Informe sobre la naturaleza sustancial o no de la modificación concesional consistente en la aprobación por la Autoridad Portuaria del arrendamiento de una porción de dominio público portuario objeto de la concesión.**

#### **Resumen**

Consulta sobre la naturaleza sustancial o no de la modificación consistente en la aprobación, por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Castellón, del arrendamiento total de una porción del dominio público portuario objeto de concesión administrativa para la instalación y explotación de un casino de juego. Se concluye que la modificación no es sustancial con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1) La instalación y explotación de un casino de juego queda comprendida en la actividad para la que se otorgó la concesión a la vista de los pliegos reguladores de la misma y de la oferta de la sociedad adjudicataria de aquella -actividades lúdicas, recreativas y de ocio-.
- 2) Confirmación del anterior criterio por las previsiones del Plan Especial de la Zona Portuaria y su remisión a las Ordenanzas Generales del Ayuntamiento de Castellón, así como por las previsiones del Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Valenciana.
- 3) Sentido e interpretación de los artículos 113 y 123 de la Ley 48/2003 de 26 de noviembre.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 80/06

**Fecha:** 17 de octubre de 2006

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

#### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre determinada cuestión planteada respecto de la concesión de dominio público de la que es titular X, S.A. en el puerto de Castellón. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

#### **ANTECEDENTES**

- 1º) Expone el escrito de consulta los antecedentes de la cuestión planteada en los siguientes términos:

“El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Castellón acordó, en sesión celebrada el 23 de enero de 2003, otorgar a la mercantil X, S.A., concesión administrativa para el acondicionamiento y explotación de cobertizo de costa y franja de terreno perimetral, en el Muelle de Costa del Puerto de Castellón, con arreglo a las condiciones establecidas en los correspondientes Pliegos. Entre dichas condiciones figuran la obligatoriedad de prever una sala multifuncional de 1200 m<sup>2</sup> para convenciones, presentaciones, exposiciones y eventos análogos, destinándose el cobertizo, con carácter general, a “usos terciarios”. Asimismo, se prevén, según viene exigido además en el Pliego de Condiciones Generales para el otorgamiento de concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de interés general (Orden de 2 de agosto de 1995), los plazos relativos al inicio de las obras y de ejecución de las mismas. Por último, interesa destacar la posibilidad prevista en el propio Pliego de arrendamiento parcial de la concesión (cláusula 19º del Pliego).

Con fecha 8 de septiembre de 2005 el Grupo Y, S.L. suscribió contrato de arrendamiento con la entidad X, S.A. para la utilización del Cobertizo de Costa para la explotación de un casino, condicionado a la obtención de la correspondiente autorización por la Generalidad

Valenciana, autorización que se obtiene por Orden de 14 de marzo de 2006 del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo.

En el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Castellón, celebrado el pasado día 27 de julio, a la vista de la solicitud formulada por X, S.A., se acordó aprobar una modificación no sustancial de la que es titular, modificando la cláusula 19 del pliego a efectos de permitir el arrendamiento total de la concesión y, además, se autoriza dicho arrendamiento:"

2º) Con fundamento en los referidos datos, el Presidente del ente público Puertos del Estado recaba el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la siguiente cuestión:

"Naturaleza, sustancial o no, de la modificación que se ha aprobado, así como el criterio de esa Abogacía General del Estado sobre la necesidad o no de modificar la concesión para la explotación del casino autorizado por la Generalidad Valenciana."

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

Dado que la concesión demanial de que aquí se trata fue otorgada al amparo de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPEMM) y antes de la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (LRESP, en lo sucesivo) y que el régimen jurídico concesional establecido en la LPEMM ha sido objeto de una reforma sustancial operada por la LRESP, la adecuada resolución de la cuestión planteada exige determinar, en primer lugar, cuál es el régimen jurídico aplicable.

Pues bien, en opinión de este Centro Directivo, y teniendo en cuenta, de una parte, que los hechos que dan lugar a la cuestión planteada se produjeron tras la entrada en vigor de la LRESP y, por otra parte, que este texto legal carece de disposiciones transitorias expresamente destinadas a regular el régimen jurídico de las concesiones otorgadas bajo la vigencia de la LPEMM pero que subsisten y despliegan sus efectos tras la LRESP, cabe concluir en la aplicación de las previsiones de la LRESP, ya que no se aprecia la concurrencia del límite que impediría la aplicación de las prescripciones de la propia LRESP, al menos en el extremo objeto de consulta (naturaleza sustancial o no de la modificación), cual es el de la irretroactividad de las leyes formulado por vía de principio general en el artículo 2.3 del Código Civil ("Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario").

En efecto, la aplicación de las previsiones de la LRESP sobre el régimen que deben seguir las modificaciones de las concesiones cuando los hechos determinantes de las mismas se produzcan tras la entrada en vigor de la propia LRESP no supone aplicación retroactiva de este texto legal, tal y como seguidamente se expone.

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 108/1986, de 29 de julio, declara, en relación con el principio de irretroactividad, lo siguiente:

".. según la doctrina de este Tribunal, la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico –STC 27/1981, de 20 de julio; STC 6/1983, de 4 de febrero, entre otras-. De aquí la prudencia que esa doctrina ha mostrado en la aplicación del referido principio, señalando que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre 'relaciones consagradas' y afecta 'a situaciones agotadas' –Sentencia 27/1981 cit.-; y una reciente Sentencia –núm. 42/1986, de 10 de abril-, afirma que 'lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia

en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad”.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003 (Ar. 5421) declara lo siguiente:

“De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional que arranca de la sentencia 6/1986, de 4 de febrero, y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1994, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997, ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo –cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consagrados o no–, una retroactividad de grado medio –cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados– y una retroactividad de grado mínimo –cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior–. Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas)”.

Partiendo de la anterior doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, el supuesto que aquí se examina se subsume en la retroactividad de grado mínimo, excluida, por tanto, del campo de la retroactividad en sentido propio, dado que la LRESP se aplica a partir de su entrada en vigor, es decir, para el futuro y no a situaciones agotadas o consumadas, carácter este último de situaciones jurídicas no agotadas o no consumadas que tienen las modificaciones de las concesiones que se produzcan tras la entrada en vigor de ese texto legal. Es a partir de esos momentos –situaciones o estados determinantes de modificaciones producidos con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley– cuando se aplicarán las previsiones de la misma concernientes a las modificaciones de las concesiones, siendo irrelevante que “la relación o situación básica”, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de que se ha hecho mención, esto es, el otorgamiento de la concesión se haya producido bajo la vigencia de la ley anterior (LPEMM). Dicho en otros términos, la nueva norma (LRESP) afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas, es decir, a concesiones administrativas que sigan subsistentes, por lo que la incidencia de la nueva ley (LRESP) en los derechos lo es en su proyección para el futuro, esto es, para cuando se produzcan, tras la entrada en vigor de la LRESP, esas situaciones determinantes de modificación de las concesiones, lo que, como indica el Tribunal Constitucional, no pertenece al concepto o campo de la retroactividad.

En suma, y a la vista de las consideraciones precedentes, debe concluirse, como se ha expuesto, en la aplicación de las previsiones de la LRESP a estados o situaciones determinantes de modificaciones de las concesiones cuando dichos estados o situaciones se hayan producido tras la vigencia de este texto legal, abstracción hecha, por ser irrelevante, de la circunstancia de que las concesiones se hubiesen otorgado al amparo de la LPEMM y antes de la entrada en vigor de la LRESP. Tal es el caso de la concesión otorgada a Puerto Azahar, Centro de Ocio, S.A., pues, subsistente el vínculo concesional, los hechos determinantes de la modificación pretendida han tenido lugar tras la entrada en vigor de la LRESP.

- II -

Sentada la anterior conclusión, procede examinar el carácter sustancial o no de la modificación aprobada por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Castellón en su reunión celebrada el 27 de julio de 2006.

Como quiera que la modificación de que se trata, referida a la condición 19ª del Pliego de Condiciones Generales y a efectos de permitir el arrendamiento total de la porción de dominio público objeto de la concesión, responde, como finalidad última, a la instalación y explotación de un casino de juego, resulta necesario ante todo determinar si este uso o actividad queda comprendido en el título concesional, pues de no ser así habría que concluir que la modificación sería sustancial. Así, y a estos efectos, ha de tenerse en cuenta, una vez razonada la aplicación de las previsiones de la LRESP al supuesto de que se trata, que, a la vista del artículo 113.2 de dicho texto legal y prescindiendo, por no ser del caso, de los supuestos contemplados en los epígrafes b) –ampliación de la superficie de la concesión en más de un 10 por 100-; c) –ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 por 100-; d) –ampliación del plazo de concesión en determinados supuestos-; y e) –modificación de la ubicación de la concesión–, el epígrafe a) de dicho precepto legal señala como supuesto de modificación sustancial “la modificación del objeto de la concesión.”

Enfocada así la cuestión, aunque la base 1ª del Pliego de Bases (aprobado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Castellón el 24 de octubre de 2002) establezca que “la Autoridad Portuaria de Castellón convoca concurso público para la adjudicación en régimen de concesión administrativa de un cobertizo y franja perimetral ubicado en el Muelle de la Costa del Puerto de Castellón para su rehabilitación y explotación”, es lo cierto que esa base no determina propiamente el objeto de la concesión, puesto que, si bien alude a la rehabilitación y explotación de ese cobertizo y franja perimetral, en modo alguno precisa en qué ha de consistir la explotación, siendo así que este extremo resulta fundamental, pues la rehabilitación de la edificación no se entiende sin la indicación de la explotación, es decir, de los usos o actividades que puedan realizarse en aquélla. Así las cosas, resulta necesario traer a colación la base 6ª de dicho Pliego en la que se prevé que los licitadores introduzcan en el sobre nº 2 de sus ofertas, entre otros documentos, un programa de explotación de la concesión y plan de usos. Esta previsión de remitir a las ofertas de los licitadores la determinación de los usos o actividades en que ha de consistir la explotación de la edificación y, por tanto y en definitiva, el objeto de la concesión se reitera en la condición 17ª del Pliego de Condiciones Generales (aprobado igualmente el 24 de octubre de 2002) al disponer que “la concesión se destinará exclusivamente a la explotación del cobertizo y franja perimetral otorgado en el objeto de la concesión, de conformidad con el Programa de Explotación y Plan de Usos descritos en su oferta. El concesionario no podrá destinarlos a usos distintos de los expresados”, así como en la condición primera 2 del Pliego de Condiciones Particulares (aprobado en la misma fecha) al establecer que “como se indica en el Pliego de Bases del Concurso, entre los documentos incluidos en las ofertas deberá figurar un programa de explotación de la concesión y plan de usos...”

Remitiéndose por los referidos Pliegos la determinación de los usos o actividades que deban realizarse en la edificación sobre la que recae la concesión y, por tanto, del objeto de la misma a las ofertas de los licitadores, debe señalarse, sin embargo, que estos últimos no eran completamente libres para fijar esos usos o actividades, ya que en el Pliego de Prescripciones Técnicas (aprobado igualmente el 24 de octubre de 2002), tras señalarse en las condiciones urbanísticas como uso pormenorizado el “uso lúdico y recreativo de carácter terciario” (apartado 1 “Objeto”), en el apartado 2 (“Obras e instalaciones”) se caracteriza al edificio objeto de la concesión, en consonancia con lo dicho en el apartado 1, como “Centro lúdico y recreativo de carácter terciario”.

En cumplimiento de las anteriores previsiones, la entidad licitadora que resultó adjudicataria del concurso (X,S.A.) presentó un “Programa de Explotación de la Concesión y Plan de Usos” en cuyo apartado 4 se contiene el “Plan de Usos y Análisis Comercial” en el que se distinguen tres módulos de actividad:

- A) “Sala multifuncional de convenciones, presentaciones, exposiciones, etc..”
- B) “Espacio cubierto restante del cobertizo para uso terciario.” Respecto de este módulo, se indica la finalidad de establecer servicios que “sean rentables y absorban la demanda de restauración,

ocio y comercio existente en la zona,” aludiendo a “libertad de criterios en la distribución de superficie interior, así como en la determinación de usos concretos de los locales a implantar.”

- C) “Zona perimetral del cobertizo no cubierta: Terrazas.” Respecto de este tercer módulo, se alude a la creación de “un centro lúdico de particular atractivo en el entorno en que se encuentra.”

Pues bien, remitiéndose el Pliego de Bases, el Pliego de Condiciones Generales y el Pliego de Condiciones Particulares, en lo que se refiere a la determinación de la explotación de la edificación, es decir, a la determinación de los usos o actividades que debían realizarse en aquella –bien que dentro de la clase de uso pormenorizado establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas- a lo que se dispusiera en las ofertas, la adjudicación del concurso a “X, S.A.” supuso la aceptación de la oferta presentada por esta entidad con el contenido indicado en la misma y, por tanto, la determinación del objeto de la concesión que no es otro que el establecido en dicha oferta.

Así las cosas, y prescindiendo de momento de lo relativo al mencionado módulo A) que se examinará posteriormente, el objeto de la concesión administrativa (esto es, actividades o usos que deben realizarse en la edificación) no consiste sino en actividades que, a la vista de la oferta presentada en su día por la entidad adjudicataria, han de calificarse de lúdicas, recreativas y de ocio. Partiendo de esta premisa, en modo alguno resulta difícil admitir que las actividades propias de un casino de juego estén comprendidas en la categoría de actividades lúdicas, recreativas y de ocio. Así, y acudiendo a la normativa propia de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se ubica la concesión que se examina, la Ley 9/1988, de 3 de junio, de las Cortes Valencianas sitúa el juego en el ámbito de la actividad lúdica o recreativa; en este sentido, la Exposición de Motivos de dicho texto legal comienza diciendo que “la presente Ley parte de no querer ignorar el hecho social del juego legalizado entendiéndose por tal no tanto la actividad recreativa o lúdica por definición, sino, antes bien, la modificación patrimonial en cuanto designio del azar,” declaración que inequívocamente permite entender la inclusión del juego en el sector de las actividades lúdicas o recreativas que es la conceptualización de la que parte la Exposición de Motivos, bien que luego ésta dé primacía al aspecto económico-jurídico del desplazamiento patrimonial por obra del azar.

La inclusión de las actividades propias de un casino de juego en la categoría de actividades lúdicas o recreativas queda confirmada por las previsiones del Plan Especial de la Zona Portuaria de Castellón y su remisión a las Ordenanzas Generales del Ayuntamiento de Castellón. El artículo 13 del mencionado Plan establece los usos a que pueden destinarse los terrenos comprendidos en el sector ZTP1 (en el que está emplazada la edificación objeto de la concesión). Pues bien, dicho precepto, en el apartado relativo a “Determinaciones sobre uso y destino del suelo y la edificación” y tras establecer una remisión general a las Ordenanzas Generales del Plan General de Ordenación Urbana de Castellón (“todos los usos deberán cumplir las condiciones que para los mismos se determinan en las Normas Generales”), alude en su epígrafe 11 a “Ocio y Recreo”, indicando que queda “permitido en todos sus tipos (A, B y C)”; por su parte, en las Ordenanzas Generales se contiene la siguiente definición respecto del epígrafe “11. Ocio y Recreo”: “corresponde a locales cerrados o abiertos, cuya finalidad principal es la de albergar actividades de vida social o de relación entre los individuos estableciéndose tres grupos a los efectos de aplicación de esta norma.” De entre esos tres grupos –A, B y C–, el B) lleva por rúbrica “Salones de Juegos Recreativos, Salones de Bingo y similares”, comprendiendo tres subgrupos: “B1) Salones de Juegos Recreativos”; “B2) Salón de Bingo, Casinos o similares”; “B3) Establecimientos con atracción tipo feria, donde los espectadores participan de una manera activa en el juego”; y “B4) Establecimientos de carácter deportivo con participación directa de los espectadores (boleras, pistas de patinaje o similares)”. Queda, pues, clara, a la vista de las previsiones del Plan Especial de la Zona Portuaria de Castellón y de las Ordenanzas Generales del Ayuntamiento de Castellón a que dicho Plan se remite, la inclusión de las actividades propias de un casino de juego en la categoría de actividades de ocio, recreativas o lúdicas.

La anterior conclusión justifica fundadamente que la instalación y explotación de un casino de juego queda comprendida, considerando abstractamente la cuestión, en las actividades o usos para los que se otorgó la concesión demanial y, por tanto, en el objeto de la misma, por lo que, coherentemente, no puede entenderse que la instalación y explotación del casino de juego constituya una modificación del objeto de la concesión y, por tanto, una modificación sustancial, constitutiva del supuesto previsto en el artículo 113.2 a) de la LRESP.

Ahora bien, resulta todavía necesario examinar, descendiendo a un plano más particular, si el criterio que aquí se sostiene –improcedencia de conceptuar la instalación y explotación de un casino de juego como una modificación del objeto de la concesión, esto es, como una modificación sustancial a la vista de las actividades y usos que tenía por objeto la concesión- queda desvirtuado por razón de una de las condiciones impuestas al concesionario. En el apartado 2 del Pliego de Condiciones Particulares se establece que “.. entre los usos especificados en la oferta deberá contemplarse una sala multifuncional para actividades de congresos, convenciones, presentaciones, exposiciones y actos sociales con una superficie mínima de 1200 m2”. Añade dicho apartado que el concesionario queda obligado a ceder gratuitamente a la Autoridad Portuaria el uso de la sala multiusos durante siete días al año. En correspondencia con esta exigencia, y como se ha dicho más arriba, en la oferta de la entidad concesionaria se previó “un espacio mínimo de 1200 m2 interiores de las instalaciones techadas del cobertizo del puerto, proyectando su acondicionamiento como “sala multifuncional de convenciones, presentaciones, exposiciones, banquetes, etc.” (módulo A).

Así las cosas, se suscita la cuestión de si la instalación de un casino de juego y subsiguiente explotación del mismo es jurídicamente compatible con el cumplimiento de esa condición, ya que si no lo fuese, es decir, si la instalación del casino supusiese la supresión de esa sala multiusos o multifuncional, habría que admitir, no obstante lo dicho anteriormente, una modificación del objeto de la concesión, es decir, una modificación sustancial, al suprimirse un uso de considerable entidad en la relación concesional, dado que se le destina una superficie próxima a la mitad del cobertizo.

Pues bien, en opinión de este Centro Directivo, no existe incompatibilidad jurídica entre la instalación y explotación de un casino de juego y la exigencia que comporta la referida condición de la concesión, sin que, por tanto, quepa apreciar que la instalación de un casino de juego suponga una modificación del objeto, y, por ende, una modificación sustancial de la concesión, y ello en razón de lo que seguidamente se expone.

El artículo 18 del Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Valencia aprobado por Decreto 215/1994, de 17 de octubre, del Gobierno Valenciano enumera los servicios de los Casinos de Juego, disponiendo lo siguiente:

“1. Los Casinos de Juego deberán prestar al público obligatoriamente los siguientes servicios:

- a) Servicio de bar
- b) Servicio de restaurante
- c) Salón de espectáculos o fiestas.

2. Asimismo tendrán carácter facultativo los siguientes servicios:

- a) Sala de teatro y cinematógrafo
- b) Sala de convenciones
- c) Sala de conciertos
- d) Sala de exposiciones
- e) Instalaciones gimnásticas o deportivas
- f) Establecimiento de compras.

La prestación de estos servicios se convertirá en obligatoria si estuvieran previstos en la solicitud y fuesen incluidos en la autorización de instalación.

(...)”



Junto con el precepto reglamentario transcrito en lo pertinente ha de tomarse en consideración la circunstancia de que la Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de 14 de marzo de 2006, por la que se otorga a la mercantil en proyecto Gran Casino Castellón, SAU la autorización de instalación y explotación de un casino de juego en la población de Castellón de la Plana, establece, en su apartado 4 lo siguiente: “En cuanto a los servicios obligatorios y facultativos complementarios del casino de juego de la mercantil adjudicataria, se autorizan los siguientes: un restaurante; un self-service; un bar de tapas; dos servicios de bar; dos salas de estar; dos salas multiusos y espectáculos, y cien plazas de aparcamiento”.

Pues bien, considerando conjuntamente lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Valenciana y en el apartado 4 de la aludida Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, no puede negarse la compatibilidad jurídica de la instalación del casino de juego con la condición consistente en el establecimiento de una sala multifuncional destinada a convenciones, presentaciones, exposiciones y actos sociales, desde el momento en que si se compara la condición impuesta en el apartado 2 del Pliego de Condiciones Particulares con las previsiones del artículo 18 del repetido Reglamento se aprecia plena coincidencia entre algunos de los usos a que ha de destinarse la sala según dicho Pliego y los previstos en el precepto reglamentario (caso de las actividades de convenciones y exposiciones), pudiendo sin duda entenderse comprendidos en la locución “actos sociales” que se emplea en la condición impuesta en el citado Pliego los servicios de bar, restaurante, sala de estar, sala de espectáculos y fiestas a que se refiere el apartado 1 del artículo 18 del Reglamento de referencia, y si se compara la condición impuesta en el apartado 2 del repetido Pliego con lo dispuesto en el apartado 4 de la Orden de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo, es decir, con el acto administrativo de concesión de autorización para la instalación y explotación del casino de juego ha de llegarse a la misma conclusión, toda vez que en dicho acto administrativo se autoriza, además de los servicios de bar y restaurante, dos salas multiusos y espectáculos. Debe tenerse en cuenta que la previsión, en el acto administrativo de autorización del casino, de dos salas multiusos y espectáculos, no puede referirse sino a las actividades enumeradas en el artículo 18 del Reglamento –dado que dicho acto administrativo se dicta con fundamento normativo en ese precepto reglamentario– y esta norma alude, como se ha dicho, a usos o actividades coincidentes con las establecidas en la condición impuesta en el apartado 2 del Pliego de Cláusulas Particulares.

Una vez razonado que la instalación y explotación de un casino de juego no constituye una modificación sustancial de la concesión otorgada a “X., S.A” habida cuenta de la inclusión de las actividades propias de un casino de juego en la categoría de actividades de ocio, lúdicas o recreativas –actividades estas que delimitan el objeto de la concesión– y de que, ya en un plano más concreto, la condición impuesta en el apartado 2 del Pliego de Cláusulas Particulares resulta compatible con la instalación de un casino, queda por analizar la modificación de la cláusula 19 del Pliego de Condiciones Generales, modificación que, como se ha dicho, se ordena a la instalación del casino de juego. La citada cláusula dispone lo siguiente:

“La sociedad concesionaria podrá explotar alguna de las actividades complementarias al objeto principal de la concesión a través de arriendos parciales o de cualquier otra clase de cesión temporal a terceros permitida por la legislación vigente en su momento, que, en ningún caso, supondrá la transmisión de parte de la concesión, de forma que será la única responsable ante la Autoridad Portuaria de Castellón de la correcta explotación de la concesión”.

La cláusula transcrita prevé la posibilidad de que el concesionario realice por sí mismo las actividades objeto de la concesión o que ceda la realización de éstas a terceros a “través de arriendos parciales o de cualquier otra forma de cesión temporal”. Así las cosas, y aunque no resulte precisa la alusión a actividades complementarias (que son las que pueden ser objeto de arriendo parcial o cesión temporal), pues en los Pliegos y en la oferta no se diferencia lo que son actividades principales y complementarias, la primera cuestión que debe analizarse consiste en la admisibilidad legal de la cesión, por parte del concesionario a un tercero, del uso total de los bienes objeto de la concesión, pues tal es la consecuencia jurídica a que

conduce el contrato de arrendamiento concertado el 8 de septiembre de 2005 entre “X,S.A.” y “Grupo Y, S.L.”

En efecto, ya se califique el aludido contrato como un contrato de arrendamiento o como un contrato complejo que incorpora prestaciones propias del contrato de arrendamiento y prestaciones propias de otros contratos, es lo cierto que, a la vista de su contenido, no se hace en él transferencia o transmisión de título concesional, sino cesión (total) de uso del bien objeto de la concesión administrativa, manteniendo el arrendador su condición de concesionario.

Pues bien, aunque la LRESP sólo regule la transmisión del derecho concesional (artículo 117), este texto legal no excluye la admisibilidad de la cesión del uso total, por parte del concesionario a un tercero, de los bienes objeto de concesión administrativa, acto o negocio jurídico que admite implícitamente y que lo conceptúa como un supuesto distinto de la transmisión de la concesión. En efecto, el artículo 123.1 de la LRESP establece como causas de caducidad de las autorizaciones y concesiones demaniales la “cesión a un tercero del uso total o parcial, sin autorización de la Autoridad Portuaria (letra g) y la “transferencia del título de otorgamiento, sin autorización de la Autoridad Portuaria” (letra h). Se prevén así, como supuestos distintos, la cesión del uso total o parcial los bienes objeto de la concesión, manteniéndose o reteniéndose por el cedente (concesionario) el título concesional, y la transmisión o transferencia del título concesional (que es la regulada detenidamente en el artículo 117 de la propia LRESP). Pues bien, si el texto legal prevé como supuesto distinto de la transferencia o transmisión de la concesión la cesión a un tercero del uso total o parcial de los bienes objeto de la concesión, y si este último supuesto constituye causa de caducidad de la concesión administrativa cuando esa cesión de uso no la haya autorizado la respectiva Autoridad Portuaria, habrá que entender, a contrario, que, mediando esa autorización, será completamente válida y eficaz la cesión de uso total, por parte del concesionario, de los bienes objeto de la concesión a un tercero, manteniendo aquél, como se ha dicho, el título concesional o condición de concesionario.

Siendo, pues, admisible, a la vista de las prescripciones de la LRESP, la cesión de uso total de los bienes objeto de la concesión a un tercero (siempre que medie autorización de la correspondiente Autoridad Portuaria), queda por examinar si la modificación de la condición 19ª del Pliego de Condiciones Generales en el sentido de permitir el arrendamiento total del bien objeto de la concesión constituye o no una modificación sustancial.

A juicio de este Centro Directivo, la modificación de dicha cláusula en el sentido indicado no constituye una modificación sustancial, y ello en razón de la ponderación conjunta de las dos siguientes consideraciones.

En primer lugar, y como se ha indicado más arriba, las modificaciones sustanciales son únicamente las enumeradas en el artículo 113.2 de la LRESP. Prescindiendo, por no ser del caso, de los supuestos de ampliación de la superficie de la concesión, de la superficie o volumen construido y del plazo de la concesión, quedan dos supuestos, cuales son el de modificación de la ubicación de la concesión y el de modificación del objeto de la misma. No tratándose, obviamente, de una variación de la ubicación de la concesión, no cabe apreciar una modificación del objeto de la misma. En efecto, con la tipificación como supuesto de modificación sustancial de la modificación del objeto de la concesión, el texto legal está aludiendo a la alteración del fin para el que se otorgó la concesión, es decir, a la variación del uso o actividad material que determinó el otorgamiento de la concesión. Pues bien, en el caso de que se trata, la modificación no afecta a los usos o actividades que, con arreglo al título concesional, han de ser realizados, sino, lo que es distinto, al modo o manera en que el concesionario ha de efectuar esos usos o actividades que constituyen el objeto de la concesión y que siguen manteniéndose sin variación. Si los usos o actividades que deben realizarse constituyen el objeto de la concesión, el modo o manera en que, por referencia a su instrumentación jurídica, han de efectuarse esos usos o actividades constituye una de las condiciones del objeto. Pues bien, no deja de resultar significativo que el artículo 113.2 de la

LRESP conceptúe solamente como modificación sustancial la modificación del objeto de la concesión (usos o actividades que deben realizarse) y no de sus condiciones; en este sentido puede traerse a colación, como argumento que justifica el criterio que aquí se sostiene, la comparación del citado precepto legal (que, como acaba de decirse, se refiere, como supuesto de modificación sustancial, a la modificación del objeto de la concesión y no a las condiciones del mismo) con el artículo 1203.1 del Código Civil que señala como supuesto de novación de las obligaciones no sólo la modificación del su objeto, sino también de sus condiciones principales. A lo dicho cabe añadir, y este dato reviste especial importancia, que el artículo 113.2 de la LRESP refiere exclusivamente el concepto o carácter de modificación sustancial de las concesiones al aspecto objetivo de la relación concesional (ampliación de la superficie o volumen; ampliación del plazo; variación de su ubicación; y modificación de su objeto) y no al aspecto subjetivo de dicha relación (transmisión de la concesión, cesión de uso total o parcial a un tercero).

En segundo lugar, una vez razonado que la instalación y explotación de un casino de juego no entraña modificación del objeto de la concesión otorgada a "X, S.A" ni, por tanto, un supuesto de modificación sustancial ni desde la perspectiva general que resulta de los Pliegos por que se rige la concesión y oferta que hizo el concesionario ni desde la perspectiva más concreta que resulta de la condición establecida en el apartado 2 del Pliego de Condiciones Particulares, no sería coherente entender que la modificación, en el sentido de posibilitar el arrendamiento total, de la condición 19ª del Pliego de Condiciones Generales constituye una modificación sustancial, desde el momento en que la modificación de dicha cláusula responde a la finalidad de posibilitar la instalación y explotación del casino de juego.

En suma, y a la vista de las consideraciones expuestas en el presente fundamento jurídico, debe concluirse que la instalación y explotación de un casino de juego en la edificación objeto de la concesión y, como medida jurídica instrumental tendente a ello, la modificación de la condición 19 del Pliego de Condiciones Generales no constituye un supuesto de modificación sustancial.

### - III -

Partiendo de todo lo expuesto con anterioridad, hemos sentado la afirmación de la virtualidad jurídica de la modificación concesional examinada.

No es objeto de consideración en este informe ningún otro elemento o circunstancia adicional del proceso de modificación señalado, dado que no se formula tal cuestión por la Entidad solicitante del informe.

Sin perjuicio de lo anterior, sí se considera pertinente subrayar -en méritos a la mejor defensa de los intereses públicos en presencia -, que dadas las vicisitudes a que se ha visto sometida la concesión originaria y el obvio y trascendental cambio del escenario económico sobre el que la misma va a operar, debería sopesarse -si es que así no se ha hecho ya- la necesaria repercusión económica para el Puerto de Castellón de la modificación examinada y aprobada

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

La modificación de la cláusula 19ª del Pliego de Condiciones Generales no constituye un supuesto de modificación sustancial de la concesión.

## **104.- Informe sobre la posibilidad de construir una planta para la recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por buques en terrenos ocupados por una concesión.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posibilidad de construir una planta para la recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por los buques en terrenos ocupados en concesión por una de las empresas integrantes de UTE adjudicataria del concurso convocado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas para dicho fin. Improcedencia de dividir la concesión otorgada a esa empresa. Necesidad de obtener la UTE adjudicataria del concurso la oportuna licencia para realizar esa actividad. Posibilidad de que el titular de la licencia realice esa actividad en una superficie otorgada a un terreno en concesión (artículo 67.4 de la Ley 48/2003). Conveniencia de que la UTE adjudicataria suscriba un documento con la empresa, miembro de la UTE, titular de la concesión en la que se efectuará esa actividad de recogida y tratamiento de desechos líquidos. Carácter no sustancial de la modificación de la concesión otorgada a la empresa titular de la misma y miembro de la UTE; razones que justifican este criterio.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 7/07

**Fecha:** 30 de marzo de 2007

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, que aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria respecto a la posibilidad de llevar a cabo la construcción de una planta para la recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por los buques sobre los terrenos ocupados en concesión por una de las empresas que integran la Unión Temporal de Empresas adjudicataria del "Concurso para la explotación en régimen de concesión administrativa de planta para la recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por los buques, regulados en los Anexos I y IV del Convenio de Marpol 73/78"; y si ello supondría una modificación sustancial de la concesión primitiva.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) Si bien los antecedentes de hecho de la consulta remitida dan una idea bastante exacta de la cuestión planteada, se estima oportuno, en un afán clarificador, hacer una referencia precisa a los más importantes, referidos al procedimiento de adjudicación de ese concurso, y que se centran en los siguientes:

- a) El 30 de junio de 2004 (así se refleja oportunamente en la documentación que acompaña a la consulta), el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, previo informe favorable de la Abogacía del Estado, acordó aprobar los pliegos de bases, de condiciones generales y particulares que disciplinarían el "Concurso para la explotación, en régimen de concesión administrativa de planta para la recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por los buques, regulados en los Anexos I y IV del Convenio de Marpol 73/78". Como se pone de manifiesto

por la Abogacía del Estado consultante, la Base 1ª del pliego de bases del concurso establece que “el objeto del concurso es la adjudicación, en régimen de concesión administrativa, de una superficie en el Puerto de Las Palmas, bien del suelo asignado por la Autoridad Portuaria indicado a continuación (zona 3, Península del Nido del Puerto, hasta un máximo de superficie total de 5.000 m<sup>2</sup>), bien de suelo concesionado que aporte el licitador, cuyo destino es la construcción y explotación de una planta para la gestión de residuos...”

- b) La misma Base 1ª añade que “en caso de que el licitador aporte una parcela ya concesionada o parte de ella, la misma deberá contener las instalaciones y superficie que permitan dar los servicios mínimos referidos. Asimismo, al tratarse de una concesión administrativa existente, se estará a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico de los puertos de interés general, en relación a la modificación sustancial de la concesión”

La citada Base sigue diciendo que “el licitador que resulte adjudicatario deberá en su momento constituirse como prestatario de servicio portuario básico de recepción de desechos generados por buques regulado en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico de los puertos de interés general, obteniendo la correspondiente licencia, para lo cual tendrá que reunir todos los requisitos que establezcan los Pliegos reguladores y de Condiciones Particulares de dicha actividad quedando a su cuenta todas aquellas inversiones, costes de estructura, maquinaria, medios auxiliares, mano de obra, etc., que tengan que realizar para tal fin”

- c) En términos parecidos se expresa la Cláusula Segunda (“Condiciones de uso y explotación”) del pliego de condiciones particulares del concurso, según la cual “la adjudicación de la concesión estará vinculada a la obtención por el adjudicatario de la correspondiente licencia de la Autoridad Portuaria de Las Palmas para la prestación del servicio portuario básico de recepción de desechos líquidos generados por buques... el procedimiento de otorgamiento de la licencia para la prestación del servicio se realizará conforme a lo establecido en el artículo 67 de la Ley 48/2003”

Es de destacar, por último, que, según la Base 9ª, la posibilidad que tenían los licitadores de aportar suelo que ya estuviese en régimen de concesión se valoraba a razón de 20 puntos sobre los 100 previstos.

- 2º) Uno de los licitadores que se presentó al concurso fue la Unión Temporal de Empresas (UTE) formada por las empresas X, S.A, Y, S.A. y Z, S.A, las cuales propusieron aportar 4.880 m<sup>2</sup> de suelo, que se encontraba dentro de la concesión más amplia otorgada en su día a la entidad Y,S.A. integrada ahora también en la UTE. La Mesa de Contratación otorgó a ese licitador la máxima puntuación en el apartado relativo a la solución aportada en cuanto a la utilización del dominio público.

Posteriormente, en sesión celebrada el 13 de octubre de 2004, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, de conformidad con la propuesta de la Mesa de Contratación, acordó seleccionar como mejor oferta a la propuesta por la UTE constituida por las tres empresas indicadas.

Por último, en la escritura pública de constitución de la UTE, de fecha 29 de noviembre de 2004, se indica con claridad –punto 2 de su Memoria– que “las superficies donde se pretende la ubicación de las dos instalaciones citadas están situadas en la concesión administrativa de Y,S.A.”

- 3º) Una vez constituida formalmente la UTE, depositado el 2% de la inversión ofertada, solventadas diversas dificultades en relación con la declaración de impacto medio ambiental y antes de que comenzase el procedimiento de otorgamiento de la concesión demanial, según lo señalado en el artículo 110 de la Ley 48/2003, por remisión del artículo 111.6 de dicho texto legal, surge el problema que da origen a la consulta, cual es la forma de articular el otorgamiento de la concesión, a lo que se dedican los siguientes fundamentos jurídicos.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

En la consulta formulada (antecedente de hecho quinto) se hace referencia, en primer término y así consta en la documentación remitida, a una primera solicitud de informe formulada el 25 de septiembre de 2006 por la Autoridad Portuaria de Las Palmas de Gran Canaria a la Abogacía del Estado consultante. La citada Autoridad Portuaria, partiendo de la base de que la entidad adjudicataria del concurso es una UTE que, de acuerdo con las Bases (no puede prescindirse de este dato) propuso aportar 4.880 m<sup>2</sup> de suelo ubicados dentro de la concesión administrativa más amplia de 162.840 m<sup>2</sup> otorgada a Y,S.A. mediante Orden Ministerial de 19 de junio de 1973, para la construcción de un centro de reparación naval (astillero) por un plazo concesional de 50 años, solicitó informe sobre las dos siguientes cuestiones

- 1) La posibilidad de dividir la concesión de Y,S.A., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 48/2003, a petición del titular y previa autorización del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria para, posteriormente, poder transferir esa porción de parcela a la UTE adjudicataria.
- 2) La posibilidad de otorgamiento de una concesión demanial a una UTE.

Posteriormente, como se indica en el escrito de consulta, el 14 de febrero de 2007 se amplió la petición de informe, planteándose si resulta posible que un prestador de servicios portuarios lleve a cabo su actividad en el dominio público otorgado a otra empresa concesionaria diferente, sin necesidad de transmisión del título administrativo de esta última a la empresa prestataria de aquellos servicios.

Aunque, por propia decisión de la empresa Y,S.A que no es partidaria de transferir, tras la oportuna división, la porción de terreno ofrecida a la UTE, la solución propuesta por la Abogacía del Estado consultante se centra esencialmente en el análisis de la cuestión suscitada en el escrito de 14 de febrero de 2007 al que se ha hecho mención, llegando a una solución satisfactoria a los fines pretendidos, es conveniente hacer ciertas reflexiones sobre las cuestiones planteadas en la primera petición de informe de 25 de septiembre de 2006, y ello con objeto de comprender mejor la solución definitivamente propuesta.

### - II -

Antes de analizar las cuestiones suscitadas en esa primera petición de informe y a fin de centrar convenientemente el estudio de las mismas, es preciso poner de manifiesto que lo único que ha hecho hasta este momento el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, de acuerdo con el pliego de bases (Base 10<sup>a</sup>), y aunque erróneamente se hable de adjudicación del concurso, es "seleccionar" al licitador que ha presentado la oferta más ventajosa para la explotación en régimen de concesión de la planta indicada, en este caso la UTE. Dicha oferta, de acuerdo con el artículo 111.6 de la Ley 48/2003, debe someterse a la tramitación prevista en el artículo 110 para el otorgamiento de la concesión que, como señala la Cláusula Segunda del pliego de condiciones particulares, estará vinculada a la obtención por el adjudicatario de la correspondiente licencia para la prestación del servicio de recepción de desechos líquidos generados por los buques.

Dicho esto, la primera de las cuestiones planteadas en la solicitud de informe de 25 de septiembre de 2006 consiste en determinar la conformidad a Derecho de la división de la concesión originaria otorgada a Y,S.A., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general a petición de su titular y previa autorización del Consejo de

Administración para, acto seguido, transmitirla a la UTE de acuerdo con el artículo 117 de la misma Ley.

Pues bien, al margen o con independencia de la necesaria solicitud de división de la concesión por parte del titular de la misma –Y,S.A.–, solicitud que no se ha formulado en absoluto, la división de la concesión tropieza con el obstáculo que supone el régimen jurídico que para la división de concesiones establece el artículo 115 de la Ley 48/2003. Este precepto dispone lo siguiente:

“1) La concesión podrá dividirse a petición del titular, previa autorización de la Autoridad Portuaria, en las condiciones en que ésta dicte y siempre que las obras o instalaciones puedan ser explotadas independientemente.

El titular de la primitiva concesión será el único destinatario de las nuevas concesiones.

2) Previamente a la resolución sobre la solicitud de división, la Autoridad Portuaria comunicará al peticionario las condiciones en que podría llevarse a cabo. El plazo de cada una de las concesiones resultantes no será superior al que reste de la concesión primitiva, y el objeto de cada una de ellas deberá estar incluido en el objeto de la primitiva concesión.

(...)”

De la lectura de este precepto resulta una doble exigencia a la que se supedita la división de concesiones: 1) que el titular de las nuevas concesiones, esto es, de las resultantes de la división sea la misma persona que ostentaba la concesión primitiva; y 2) que el objeto de las nuevas concesiones esté incluido en el objeto de la primitiva concesión. Pues bien, ninguna de estas dos exigencias se cumple en el presente caso, ya que si el titular de la primitiva concesión es Y, S.A., el destinatario de la nueva concesión, que recaería sobre parte de la primera, sería la UTE, y si el objeto de esa primera concesión es la reparación naval (astillero), el objeto de la concesión a que se refiere el concurso convocado por la Autoridad Portuaria es la instalación de una planta para la recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por los buques, actividad que no puede considerarse incluida en la de reparación naval.

Ante los impedimentos que presenta esta vía de la división para resolver el problema planteado, es preciso analizar otras posibles soluciones y éstas, como se expondrá, encuentran su fundamento en las propias bases y condiciones del concurso, así como en la normativa contenida en la Ley 48/2003 sobre las licencias para la prestación de los servicios portuarios básicos.

### - III -

Comenzando por el tema de la licencia para la prestación del servicio portuario y como antes se dijo, la Base 1ª del pliego señala que “el licitador que resulte adjudicatario deberá en su momento constituirse como prestatario del servicio portuario básico de recepción de desechos generados por buques, regulado en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre (...), para lo cual tendrá que reunir los requisitos que establezcan los Pliegos reguladores y de Condiciones Particulares de dicha actividad...” añadiendo la Cláusula Segunda del pliego de condiciones particulares que “la adjudicación de la concesión estará vinculada a la obtención por el adjudicatario de la correspondiente licencia de la Autoridad Portuaria de Las Palmas para la prestación del servicio portuario básico de recepción de desechos líquidos generados por los buques...” así como que “el procedimiento de otorgamiento de la licencia para la prestación del servicio se realizará conforme a lo establecido en el artículo 67 de la Ley 48/2003...”

Pues bien, el apartado 4 del artículo 67 de la Ley 48/2003 regula con detalle la cuestión que deriva de la necesidad de ocupación de una determinada superficie del puerto por parte del titular de esa futura licencia, señalando, en primer término, que cuando se solicite una

licencia ligada al uso privativo de una determinada superficie del puerto, la adjudicación de la licencia estará vinculada al otorgamiento del correspondiente título administrativo. El párrafo segundo de dicho precepto legal añade que “asimismo, cuando se solicite licencia para la prestación del servicio en una superficie otorgada ya en concesión, la adjudicación de la licencia estará vinculada a la existencia de un contrato entre el solicitante y el titular de la concesión...”

Del precepto que acaba de transcribirse en lo pertinente se deduce que es posible jurídicamente solicitar la licencia para la prestación del servicio portuario sobre una superficie otorgada ya en concesión a un tercero, quedando vinculada la obtención de la licencia a la existencia de un contrato entre el solicitante de la misma y el titular de la concesión.

Por otro lado, se da la circunstancia de que el propio pliego de bases prevé la aportación por el licitador de suelo concesionado, sin especificar ni exigir en absoluto que sea el titular del mismo, lo cual posibilitaría que el licitador, cuando solicitase la licencia, pudiese aportar un contrato con un tercero concesionario para la ocupación de todo o parte del terreno cuyo aprovechamiento privativo corresponde a dicho tercero en virtud de concesión.

En el presente caso, ese “tercero concesionario” es, además, miembro importante (participa en un 50%) de la UTE concesionaria de la explotación de la planta para la gestión de residuos, habiéndose previsto expresamente en la Memoria de la misma que la superficie donde se pretende ubicar esa planta está situada en la concesión administrativa de Y,S..A. Esa circunstancia, por sí misma, haría, en principio, innecesaria la suscripción del contrato a que se refiere el artículo 67.4 de la Ley 48/2003, siendo la solicitud de licencia con mención expresa del compromiso de instalación de la planta en esa superficie objeto de una concesión anterior un acto debido o de ejecución del compromiso asumido por todos los miembros de la UTE y, especialmente, por Y,S.A., plasmado en la escritura de constitución de la misma de 29 de noviembre de 2004.

Sin embargo, para dar mayor seguridad y garantía a ese compromiso, se podría suscribir un documento en el que quedara reflejada, de forma expresa, la voluntad por parte de la UTE y de uno de sus miembros integrantes –Y,S.A.– de instalar la planta en la superficie ocupada por dicha sociedad, documento que habría de acompañarse a la solicitud de licencia y que serviría, como se ha dicho, para garantizar, mediante una declaración formal de su voluntad, la obligación de Y,S.A. de poner a disposición de la UTE la superficie necesaria –4.880 m<sup>2</sup>– de la concesión de la que es titular esa sociedad mercantil, y ello con objeto de instalar en esa superficie la planta para la recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por los buques.

Por tanto, respondiendo al primer interrogante planteado, y en línea con los razonamientos de la Abogacía del Estado consultante, no habría obstáculo jurídico para que la UTE seleccionada lleve a cabo la construcción de la planta y la consiguiente prestación del servicio básico de recepción de desechos generados por los buques en la concesión otorgada a una de las empresas que la integran, siempre que obtenga dicha UTE la puesta a su disposición de la superficie de terreno necesaria para ello (en una extensión de 4.880 m<sup>2</sup>) que forma parte de una anterior concesión (la otorgada en su día a Y, S.A.), formalizando, a estos efectos el oportuno contrato con esa entidad mercantil y que habría de adjuntarse con la solicitud de licencia para la prestación del servicio de recepción de desechos generados por buques (artículo 67 de la Ley 48/2003) que se formule ante la Autoridad Portuaria; el otorgamiento, en su caso, de la licencia citada estará, por tanto, vinculado a la existencia de ese acuerdo entre las partes, debiendo hacerse mención a él en el propio título.

Por lo demás, y llegados a este punto, se estima oportuno hacer una observación. El párrafo último de la Base 1<sup>a</sup> del pliego de bases dispone que “una vez adjudicado el concurso se someterá a la adjudicación a información pública a los efectos previstos en el artículo 110.2 y ss de la mencionada Ley”. Esta previsión se justifica en razón de que el artículo 111 de la Ley 48/2003 concluye la regulación de los concursos para el otorgamiento de concesiones en



el dominio público portuario estableciendo –apartado 6º– que “la oferta seleccionada por el Consejo de Administración deberá someterse a la tramitación prevista en el artículo anterior para el otorgamiento, en su caso, de la correspondiente concesión”; dicho en otros términos, a la fase de concurso sigue la fase de procedimiento para el otorgamiento de la concesión, lo que es objeto de regulación en el artículo 110 del citado texto legal. Pues bien, en opinión de este Centro Directivo, la previsión contenida en el párrafo último de la referida Base 1ª no es aplicable al supuesto de que el licitador que resulte adjudicatario del concurso aporte suelo ya concesionado, sino solamente al caso de que el licitador adjudicatario del concurso no aporte suelo concesionado; en efecto, no tendría sentido alguno aplicar las reglas relativas al procedimiento para el otorgamiento de una concesión demanial (que es, como se ha dicho, el objeto del artículo 110 de la Ley 48/2003) cuando precisamente el licitador que resulta adjudicatario del concurso ya es titular de una concesión demanial que le fue otorgada en su día.

#### - IV -

La segunda cuestión suscitada en la consulta tiene que ver con la necesidad de modificar la concesión otorgada a Y, S.A. como consecuencia de la aportación de parte de la superficie objeto de dicha concesión a la UTE para los fines ya indicados.

Como ya se puso de manifiesto en el antecedente 1º de este informe, la propia Autoridad Portuaria fue consciente de la problemática suscitada cuando en la Base 1ª del pliego de bases señala que, en el caso de que el licitador aporte una parcela ya concesionada o parte de ella, la misma deberá contener las instalaciones y superficie que permitan dar los servicios mínimos referidos, añadiendo que, asimismo, al tratarse de una concesión administrativa existente, se estará a lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 48/2003, en relación con la modificación sustancial de la concesión.

El artículo 113 de la Ley citada señala, con carácter general, que la Autoridad Portuaria podrá autorizar a solicitud del interesado modificaciones de las condiciones de una concesión, añadiendo que, cuando una modificación sea sustancial, la solicitud deberá tramitarse de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de la Ley. Si no lo fuera, requerirá únicamente informe previo del Director de la Autoridad Portuaria, que será elevado por el Presidente al Consejo de Administración para la resolución que proceda. Acto seguido, el artículo 113 enumera las modificaciones que tienen el carácter de sustanciales, entre las que se encuentra la modificación del objeto de la concesión y que, de todas las enumeradas, es la que tiene más relación con la situación que ha dado lugar a este informe.

En el presente caso, Y, S.A., titular desde 1973 y por un plazo de 50 años de una concesión demanial de 162.840 m<sup>2</sup> que tiene por objeto la construcción de un centro de reparación naval (astillero), forma parte, con una participación del 50%, de la UTE, cuya oferta para la explotación de la planta de residuos fue seleccionada por la Autoridad Portuaria. La citada entidad se obliga a aportar a la UTE una porción de terreno (de 4.880 m<sup>2</sup>) que se ubica en su concesión, con el fin de que pueda servir para la instalación de la planta de recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por los buques.

Aunque, en teoría, esa puesta a disposición de una porción de superficie de la primitiva concesión para que, sobre la misma, se ubiquen las instalaciones de la planta de tratamiento de desechos generados por buques podría entenderse que supone una modificación sustancial por cambio de objeto de la primitiva concesión (no es posible entender comprendida en la actividad de reparación naval la actividad de recepción, mantenimiento y tratamiento de desechos líquidos de los buques) que obligaría a tener presentes las previsiones del artículo 110, apartados 2 y siguientes, de la Ley 48/2003, por expresa remisión del artículo 113.1 de la misma, este Centro Directivo considera, a la vista de las circunstancias del caso, que existe fundamento jurídico razonable para que no pueda hablarse en puridad de modificación sustancial de la concesión por cambio de objeto.

En efecto, la referencia que se hace en la Base 1ª del pliego al artículo 113 de la Ley 48/2003, relativo a la modificación sustancial de la concesión y, en definitiva, la necesidad de tener presente lo dispuesto en el artículo 110, apartados 2 y siguientes, de dicho texto legal, cuando, entre otros casos, se produzca una modificación del objeto de la concesión, está pensada fundamentalmente para aquellos supuestos en los que una aportación de una porción significativa del terreno objeto de la concesión obligue realmente a un cambio de objeto de la concesión primitiva.

En el presente caso, la superficie que se ha de poner a disposición de la UTE por Y, S.A. no llega al 3% de la superficie de la concesión de que es titular esta entidad mercantil, pudiendo la misma seguir realizando en el resto de la superficie el objeto de la concesión que en su día le fue otorgada, en el mismo plazo y en las mismas condiciones, por lo que razonablemente puede entenderse que no se produce en sentido propio una modificación sustancial de la concesión, sin que, por tanto, sea preciso seguir los trámites del artículo 110, apartados 2 y siguientes, de la Ley 48/2003. Bastaría, de acuerdo con el artículo 113.1 del propio texto legal, con el informe previo del Director de la Autoridad Portuaria, que sería elevado por el Presidente al Consejo de Administración para la resolución que proceda.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** No se aprecia obstáculo jurídico para que la Unión Temporal de Empresas seleccionada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas lleve a cabo la construcción de la planta y la consiguiente prestación del servicio básico de recepción, almacenamiento y tratamiento de desechos líquidos generados por los buques en la concesión otorgada a Y, S.A., siempre que obtenga dicha Unión Temporal de Empresas la puesta a su disposición de la superficie de terreno necesaria para ello y que forma parte de la concesión otorgada en su día a dicha sociedad mercantil, formalizando con ella el oportuno contrato y que habría de adjuntarse con la solicitud de licencia para la prestación del servicio de recepción de desechos generados por buques que se formule ante la Autoridad Portuaria.

**Segunda.-** La aportación por parte de Y, S.A. a la Unión Temporal de Empresas de parte de la superficie del terreno comprendido en la concesión otorgada en su día a dicha sociedad mercantil no puede considerarse modificación sustancial de la concesión otorgada a esta última, tal y como se razona en el fundamento jurídico IV de este informe. No es preciso, por ello, seguir los trámites previstos en el artículo 113.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre y, por extensión, en el artículo 110, apartados 2 y siguientes, de dicho texto legal, bastando, de acuerdo con el primero de dichos preceptos, con la emisión de un informe por parte del Director de la Autoridad Portuaria, que debería ser elevado por el Presidente al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria para la resolución que proceda.

## **105.- Informe sobre la transmisión de una concesión portuaria de la que es titular una sociedad absorbida por otra encontrándose esta última en causa de caducidad de la concesión.**

### **Resumen**

Consulta sobre la transmisión de una concesión portuaria de la que es titular una sociedad que es absorbida por otra, encontrándose la sociedad absorbida en causa de caducidad de la concesión. Aplicación a la concesión del régimen previsto en la Ley 48/2003, pese a haberse otorgado al amparo de la Ley 27/1992. Posibilidad de dilucidar en el oportuno procedimiento la cuestión relativa a la transmisión de la concesión con anterioridad a la cuestión de la caducidad de la misma, dadas las circunstancias del caso (la solicitud de autorización de transmisión de la concesión tuvo lugar el 19 de octubre de 2006 y los procedimientos de declaración de caducidad existentes en esa fecha fueron declarados caducados el 21 de diciembre de 2006). Régimen de transmisión de las concesiones en la Ley 48/2003: necesidad de autorización de la Autoridad Portuaria aun en los casos de absorción de la sociedad concesionaria; necesidad de que el concesionario primitivo esté al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la concesión. Improcedencia de autorizar la transmisión de la concesión en el caso examinado, al no cumplirse este requisito. Procedencia de declarar la caducidad de la concesión, entendiéndose las actuaciones del procedimiento de caducidad con la sociedad absorbente. No se aprecia con esta forma de proceder infracción del principio de confianza legítima por la circunstancia de que la Autoridad Portuaria autorizase la iniciación del procedimiento para resolver sobre la transmisión de la concesión.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 10/07

**Fecha:** 21 de mayo de 2007

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, que aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado de Las Palmas de Gran Canaria sobre la transmisión de participaciones y absorción de la sociedad "X, S.L.", titular de la concesión administrativa otorgada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas el 5 de mayo de 1999 en el Puerto de Arrecife de Lanzarote y destinada a la instalación de una terminal de cemento, por la sociedad "Y, S.A."

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1º) Por resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de fecha 5 de mayo de 1999 se otorgó a la sociedad "X, S.L." una concesión de dominio público para ocupar una parcela de aproximadamente 1.600 m<sup>2</sup>, para la instalación de una terminal de cemento en el Muelle de Contenedores, zona II del Puerto de Arrecife, en Lanzarote.
- 2º) Tal y como se recoge en la consideración primera del proyecto de informe de esa Abogacía del Estado, la actividad principal de "X, S.L." era la explotación de la concesión otorgada con el destino indicado en el apartado anterior.
- 3º) La condición 8ª de la resolución por la que se otorgó la concesión establece lo siguiente:

“El concesionario dará comienzo a las obras dentro del plazo de TRES (3) MESES, debiendo quedar totalmente terminadas en el plazo de DOCE (12) MESES, contados ambos desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación de la Resolución de otorgamiento concesional”

Con fecha 13 de julio de 1999, el representante de la empresa “X, S.L.” presentó un escrito en la Autoridad Portuaria exponiendo los motivos por los que solicitaba un aplazamiento de tres meses para el inicio de las obras.

De conformidad con lo establecido en la condición 10ª de la resolución concesional, la Autoridad Portuaria de Las Palmas otorgó, el 30 de julio de 1999, una prórroga para la presentación del proyecto constructivo y para el inicio de las obras objeto de la concesión hasta el 27 de noviembre de 1999.

4º) Por acuerdo de la Dirección del Puerto de fecha 11 de septiembre de 2002, notificado a la sociedad interesada el 25 de septiembre siguiente, se incoó a la entidad “X, S.L.” expediente de caducidad de la concesión por así disponerlo la condición 11ª en relación con el incumplimiento de la cláusula 8ª (falta de finalización de las obras) del título concesional, así como por aplicación del artículo 79.1.a) de Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. El 4 de octubre de 2002, la empresa presentó escrito de alegaciones solicitando el archivo del expediente de caducidad.

5º) El 6 de julio de 2005, la Dirección del Puerto emitió un informe constatando que solamente se habían ejecutado las obras correspondientes al terreno ganado al mar y su correspondiente protección, sin haberse ejecutado absolutamente ningún tipo de edificación de las contempladas en el proyecto constructivo presentado.

6º) En esa misma fecha, y sin haberse declarado formalmente el archivo del anterior expediente, se acordó incoar un nuevo expediente de caducidad de la concesión por las mismas causas que motivaron la incoación del anterior expediente (se añade ya, además, como fundamento legal, el artículo 123.1.a) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general). El 26 de julio siguiente se presentó por la entidad concesionaria escrito de oposición al expediente de caducidad de la concesión.

7º) El 26 de junio de 2006, sin haberse declarado tampoco formalmente el archivo del anterior expediente de caducidad, por los Servicios Jurídicos de la Autoridad Portuaria de Las Palmas se emitió un informe en el que se concluye indicando que la citada Autoridad Portuaria podrá incoar de nuevo expediente de caducidad de la concesión.

Sobre esta base y subsistiendo las causas que motivaron la incoación del anterior expediente de caducidad de la concesión, la Dirección del Puerto acordó, el 29 de agosto de 2006, incoar expediente de caducidad de la concesión.

8º) Dos meses antes, concretamente, el 28 de junio de 2006, se había producido la fusión por absorción de la concesionaria, “X, S.L.”, por la entidad “Y, S.A.”, con posterior inscripción en el Registro Mercantil y cierre de la hoja registral de la primera, el 8 de noviembre de 2006.

9º) El acuerdo de incoación del expediente de caducidad de fecha 29 de agosto de 2006 fue notificado a la sociedad interesada el 14 de septiembre siguiente, presentándose un escrito por parte de “Y, S.A.” el 19 de octubre siguiente, en el que, entre otras cosas, se solicitó el archivo del expediente de caducidad.

10º) El 19 de octubre de 2006, el representante de la empresa “Y, S.A.”, acompañando la documentación oportuna, especialmente, la escritura de fusión por absorción de la empresa “X, S.L.”, solicitó a la Autoridad Portuaria el cambio de titularidad de la concesión o, en su defecto, la autorización de la transmisión de la misma a favor de la primera.

Con fecha 22 de noviembre de 2006, se solicitó a la Abogacía del Estado consultante informe sobre el inicio del expediente de transmisión de la concesión, siendo emitido el 13 de

diciembre siguiente, en el sentido de que procede la iniciación del procedimiento de autorización de la transmisión de la concesión previsto en el artículo 117 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, al objeto de que la Autoridad Portuaria pueda recabar de “Y, S.A.” toda aquella documentación precisa para comprobar el cumplimiento de los requisitos recogidos en el apartado 3 del citado artículo 117 de la Ley 48/2003.

11º) A la vista del informe reseñado en el apartado anterior y teniendo en cuenta que se habían incoado diversos expedientes de caducidad sin haberse dictado resolución expresa pese al tiempo transcurrido desde el inicio del primer expediente, la Autoridad Portuaria acordó el 21 de diciembre de 2006 el archivo de los distintos expedientes de caducidad, sin que ello impidiera, como se dice en dicho acuerdo, la incoación de un ulterior procedimiento tendente a la declaración de caducidad si persistieran las mismas circunstancias que provocaron los anteriores.

12º) Por acuerdo del Director del Puerto de fecha 11 de enero de 2007 se incoó expediente de caducidad de la concesión por así disponerlo la condición 11º, en relación con la 8ª (falta de finalización de las obras) del título concesional, y el artículo 123.1.a) de la Ley 48/2003.

El 9 de febrero de 2007, en el seno de ese expediente, la empresa “Y, S.A.” como interesada y sucesora de la entidad “X, S.L.”, presentó escrito de alegaciones, oponiéndose a la caducidad y pidiendo el archivo del expediente. Subsidiariamente, y dado que ya se había incoado expediente sobre la transmisión de la concesión, solicitaba, para el caso de que no se acordase el archivo del expediente de caducidad de la concesión otorgada a “X, S.L.” que se acordase la suspensión del mismo hasta la resolución del expediente de transferencia de la concesión a favor de la entidad “Y, S.A.”

13º) El 22 de enero de 2007, de forma paralela al expediente de caducidad de la concesión, por la Dirección del Puerto se acordó conceder la autorización previa para el inicio del expediente de transferencia de la misma concesión a favor de “Y, S.A.” Se desconoce si ese expediente se ha iniciado o no formalmente, aunque en la solicitud de informe a la Abogacía del Estado consultante (lo que tuvo lugar el pasado 13 de marzo) se hace constar que el mismo día 22 de enero de 2007 se solicitó a las dos empresas la documentación necesaria para el inicio de ese expediente, y que “Y, S.A.” presentó, el 22 de febrero siguiente, la documentación requerida.

14º) Como se ha indicado, el 13 de marzo de 2007 se solicitó informe a la Abogacía del Estado consultante acerca de la transmisión de participaciones y absorción producida, evacuándose el proyecto de informe el 24 de abril siguiente, proyecto que es sometido, de acuerdo con las previsiones reglamentarias, al parecer de este Centro Directivo el 27 de dicho mes.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

Dado que la concesión demanial de que aquí se trata fue otorgada al amparo de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPEMM) y antes de la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (LRESP, en lo sucesivo) y que el régimen jurídico concesional establecido en la LPEMM ha sido objeto de una reforma sustancial operada por la LRESP, la adecuada resolución de la cuestión planteada exige determinar, en primer lugar, cuál es el régimen jurídico aplicable.

Pues bien, en opinión de este Centro Directivo, y teniendo en cuenta, de una parte, que los hechos que dan lugar a la cuestión planteada especialmente en el proyecto de informe,

relativa a la transmisión de participaciones y absorción de la sociedad concesionaria por otra, se produjeron tras la entrada en vigor de la LRESP y, por otra parte, que este texto legal carece de disposiciones transitorias expresamente destinadas a regular el régimen jurídico de las concesiones otorgadas bajo la vigencia de la LPEMM pero que subsisten y despliegan sus efectos tras la LRESP, cabe concluir en la aplicación de las previsiones de la LRESP, ya que no se aprecia la concurrencia del límite que impediría la aplicación de las prescripciones de la propia LRESP, al menos en el extremo objeto de consulta (necesidad o no de autorización de la transmisión de la concesión otorgada a una entidad que es posteriormente absorbida por otra), cual es el de la irretroactividad de las leyes formulado por vía de principio general en el artículo 2.3 del Código Civil (“Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario”).

En efecto, la aplicación de las previsiones de la LRESP sobre el régimen que deben seguir los actos de transmisión de las concesiones cuando los hechos determinantes de las mismas se produzcan tras la entrada en vigor de la propia LRESP no supone aplicación retroactiva de este texto legal, tal y como seguidamente se expone.

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 108/1986, de 29 de julio, declara, en relación con el principio de irretroactividad, lo siguiente:

“... según la doctrina de este Tribunal, la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibile petrificación del ordenamiento jurídico –STC 27/1981, de 20 de julio; STC 6/1983, de 4 de febrero, entre otras-. De aquí la prudencia que esa doctrina ha mostrado en la aplicación del referido principio, señalando que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre ‘relaciones consagradas’ y afecta ‘a situaciones agotadas’ –Sentencia 27/1981 cit.-; y una reciente Sentencia –núm. 42/1986, de 10 de abril-, afirma que ‘lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad’”

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003 (Ar. 5421) declara lo siguiente:

“De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional que arranca de la sentencia 6/1986, de 4 de febrero, y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1994, 22 de junio de 1994, 5 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1997, ha de distinguirse entre una retroactividad de grado máximo –cuando se aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consagrados o no-, una retroactividad de grado medio –cuando la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados- y una retroactividad de grado mínimo –cuando la nueva norma sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior-. Esta retroactividad de carácter mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de la retroactividad en sentido propio, ya que la norma afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y sentencias del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 y 17 de mayo de 1999, entre otras muchas)”

Partiendo de la anterior doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, el supuesto que aquí se examina se subsume en la retroactividad de grado mínimo, excluida, por tanto, del campo de la retroactividad en sentido propio, dado que la LRESP se aplica a partir de su entrada en vigor, es decir, para el futuro y no a situaciones agotadas o consumadas, carácter este último de situaciones jurídicas no agotadas o no consumadas que tienen los actos de transmisión intervivos de las concesiones que se produzcan tras la entrada en vigor de ese texto legal. Es a partir de esos momentos –situaciones o estados

determinantes de transmisiones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley— cuando se aplicarán las previsiones de la misma concernientes a los actos de transmisión de las concesiones, siendo irrelevante que “la relación o situación básica”, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de que se ha hecho mención, esto es, el otorgamiento de la concesión se haya producido bajo la vigencia de la ley anterior (LPEMM). Dicho en otros términos, la nueva norma (LRESP) afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas, es decir, a concesiones administrativas que sigan subsistentes, por lo que la incidencia de la nueva ley (LRESP) en los derechos lo es en su proyección para el futuro, esto es, para cuando se produzcan, tras la entrada en vigor de la LRESP, esas situaciones determinantes de la transmisión de las concesiones, lo que, como indica el Tribunal Constitucional, no pertenece al concepto o campo de la retroactividad.

En suma, y a la vista de las consideraciones precedentes, debe concluirse, como se ha expuesto, en la aplicación de las previsiones de la LRESP a estados o situaciones determinantes de actos de transmisión de las concesiones cuando dichos estados o situaciones se hayan producido tras la vigencia de este texto legal, abstracción hecha, por ser irrelevante, de la circunstancia de que las concesiones se hubiesen otorgado al amparo de la LPEMM y antes de la entrada en vigor de la LRESP. Tal es el caso de la concesión otorgada a “X, S.L.,” pues, subsistente el vínculo concesional, los hechos determinantes de la transmisión han tenido lugar tras la entrada en vigor de la LRESP.

Las previsiones de la LRESP serían también aplicables en toda su extensión a la caducidad de la concesión otorgada a “Cementos de Lanzarote, S.L.” que ha determinado, como se ha dicho, la incoación del oportuno expediente el 11 de enero de 2007. En efecto, si bien, como se ha expuesto en los antecedentes de este informe, con anterioridad a la entrada en vigor de la LRESP ya concurría el supuesto de caducidad de la concesión (falta de finalización de las obras), lo que determinó, a su vez, la incoación del oportuno expediente, el 11 de septiembre de 2002, de acuerdo con las previsiones del Pliego de Condiciones de la concesión y con lo dispuesto en el artículo 79.1.a) de la Ley 22/1988, de Costas, dicho expediente, al igual que otros iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la LRESP, se declararon caducados, pudiendo decirse, en estos momentos, que el único expediente de caducidad existente es el iniciado el día 11 de enero de 2007, sobre el que incidiría, aunque el presupuesto base (falta de finalización de las obras) sea anterior a la entrada en vigor de la LRESP, las previsiones de esta última Ley, por lo demás idénticas, sobre este particular, a las contenidas en la Ley 22/1988, bastando en este sentido comparar el artículo 79.1.a) de esta última Ley con el artículo 123.1.a) de la LRESP.

- II -

Llegados a este punto, y aunque el proyecto de informe, en lógica concordancia con la solicitud de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, se refiere únicamente a la procedencia de la autorización de la transmisión de la concesión en el supuesto de fusión por absorción de la entidad concesionaria “XLanzarote, S.L.” por “Y, S.A.,” que vino precedida de un acuerdo del Director del Puerto de 22 de enero de 2007, de autorización previa para el inicio del expediente de transferencia de la concesión, a la vista de la solicitud formulada el 19 de octubre de 2006 por “Y, S.A.,” y del previo informe favorable de la Abogacía del Estado consultante de 13 de diciembre siguiente (es muy posible que desconociera en esa fecha que la concesión originaria estaba incurso en caducidad), no se puede perder de vista que, unos días antes, concretamente, el 11 de enero de 2007, se acordó, una vez más, la incoación de expediente de caducidad de la concesión por falta de finalización de las obras en el plazo previsto.

En puridad, la incoación de ese expediente para apreciar la concurrencia, en su caso, de un supuesto determinante de la caducidad de la concesión, y que habría de entenderse, una vez extinguida la sociedad “X, S.L.” por consecuencia de su absorción por “Y, S.A.” (cfr. artículo 233 del Texto Refundido de la Ley de sociedades Anónimas aprobado por

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y artículo 95 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada), con esta última sociedad, y ello por simple aplicación del artículo 31.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (“cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”), podría hacer inconveniente la tramitación de otro expediente para autorizar, por otro lado, la transmisión de la concesión, ya que de la decisión que se adoptara en el primero sobre la pervivencia de la concesión originaria dependería lógicamente la decisión que se adoptara en el segundo, relativo a la autorización de la transmisión.

En cualquier caso, la incoación de ese expediente de caducidad por la falta de finalización de las obras en el plazo previsto resultaría procedente, ya que esa obligación del concesionario está vinculada estrechamente a la satisfacción de la finalidad pública perseguida con la concesión administrativa. Para apreciar la importancia que tiene la concurrencia de causa de caducidad por falta de inicio de las obras en el plazo establecido, nada mejor que tener presente lo manifestado por este Centro Directivo en su informe de 7 de junio de 2004 (ref.: A.G. Fomento 6/04). En dicho informe se decía lo siguiente:

“Si el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración la potestad de declarar la caducidad de las concesiones de dominio público, ello obedece a la finalidad de proteger la causa de la concesión demanial (consecución de una finalidad pública) frente a aquellas situaciones de hecho que imposibilitan o frustran su obtención, siendo precisamente la protección de la causa de la concesión (satisfacción de la finalidad pública) la razón de ser de la caducidad. La satisfacción de la finalidad pública ínsita en la concesión demanial no es completamente ajena al concesionario. Aunque a éste, al solicitar la utilización de un bien de dominio público, no le mueve directamente la satisfacción de esa finalidad, no desconoce que la Administración otorga el uso exclusivo y excluyente del bien demanial únicamente si ello redundará en beneficio de la colectividad y, por esta razón, el particular ha de justificar en la petición de la concesión la conveniencia del uso por él solicitado para los intereses generales. Partiendo de este planteamiento, resulta coherente que si esa finalidad de interés público no puede obtenerse con posterioridad al otorgamiento de la concesión, no existe para la Administración razón alguna para mantener por más tiempo el aprovechamiento exclusivo y excluyente del bien de dominio público por el concesionario. La obtención de la finalidad pública de la concesión está condicionada por la permanencia simultánea de tres factores: el objeto –bien sobre el que recae la concesión–; el sujeto –concesionario– y el cumplimiento de las obligaciones esenciales que éste asume. Prescindiendo de los dos primeros factores, y por lo que se refiere al tercero, el cumplimiento de las obligaciones esenciales tiene influencia decisiva en la causa de la concesión, ya que la consecución de la finalidad pública (causa de la concesión) sólo se alcanza si el concesionario hace uso del aprovechamiento concedido bajo determinadas condiciones que pasan a ser obligaciones esenciales del mismo y, entre ellas, el ejercicio del derecho concedido. En el contenido de la concesión no figura únicamente el derecho al uso y utilización privativa del dominio público, sino también la obligación de ejercitarlo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1984 (Ar. 3432), tras declarar ‘que la obligación de utilizar la concesión deriva de su propia finalidad de interés público’, añade que ‘en efecto, toda la legislación permisiva de concesiones y, entre ellas, la Ley de Puertos se basa en la utilidad y conveniencia de la actividad que la constituye y el objetivo social que con ello se pretende. Este imperativo de respeto a los intereses generales queda incorporado a la causa concesional imponiendo ese ejercicio de manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio, que se juzga contrario al interés general, ya que el carácter excluyente y privilegiado que otorga la concesión a favor del concesionario está ligado a la efectiva prestación de la actividad.”

A mayor abundamiento, la concesión de dominio público supone un haz de derechos y obligaciones para la Administración y para el administrado, pero sólo el incumplimiento de determinadas obligaciones, las obligaciones esenciales del concesionario (en este caso, la obligación de iniciar en plazo las obras precisas) vinculadas estrechamente a la satisfacción de la finalidad pública perseguida con la concesión administrativa, justifica la declaración de caducidad de la concesión



del dominio público. En el supuesto de incumplimiento de obligaciones esenciales por el concesionario, como ha señalado el Consejo de Estado, la caducidad es “una medida de apreciación inexcusable, que pone fin a un estado contrario al interés público que preside el mantenimiento de la vigencia de la concesión, cuando se verifican los motivos que la Ley señala como determinantes” (Dictamen de 16 de abril de 1947). La concesión otorga al particular un derecho que sólo puede subsistir en el patrimonio jurídico del administrado en la medida en que con el mismo se sirva a los intereses públicos, de ahí que la Administración, como poder público, puede poner término a este derecho cuando, por incumplimiento de las obligaciones establecidas, se demuestre que aquellos fines no son debidamente cumplidos. Si la Administración consintió en otorgar la concesión porque deseaba satisfacer con ella una finalidad pública y ésta peligró o deviene imposible al incumplir el concesionario las obligaciones que garantizaban su satisfacción, por la misma razón debe dejar de consentir esta utilización privativa del dominio público cuando resulte contrario al interés público perseguido.

En resumen, el incumplimiento de una obligación esencial del concesionario, como es la de concluir las obras en el plazo fijado en el Pliego de Condiciones, frustra la satisfacción de la finalidad pública que la Autoridad Portuaria de Las Palmas pretendió alcanzar al otorgar la concesión administrativa, justificando la declaración de caducidad de la concesión.

No obstante, no es rechazable jurídicamente que, a pesar de haberse incoado previamente un expediente de caducidad de la concesión, se pueda dilucidar con anterioridad a la decisión que se adopte en el mismo la procedencia de autorizar la transmisión de la concesión, al haber sido absorbida la sociedad concesionaria por otra entidad, dando así cauce a la solicitud formulada por la sociedad absorbente el 19 de octubre de 2006 si se tiene en cuenta, además, que el expediente de caducidad existente en esa fecha y los anteriores fueron declarados expresamente caducados por la Autoridad Portuaria en su acuerdo de 21 de diciembre de 2006.

Una vez resuelto este extremo, se podría ya continuar el expediente de caducidad incoado el 11 de enero de 2007, bien con el nuevo titular de la concesión, si se autorizase la transmisión de la misma, bien, si la resolución fuera contraria a esa transmisión, con el sucesor del primitivo concesionario en su condición de interesado (artículo 31.3 de la Ley 30/1992).

El proyecto de informe remitido se refiere concretamente a este extremo, aunque a lo largo del mismo se hacen diversas consideraciones acerca de la caducidad de la concesión que, como se ha dicho, es necesario cohonestar, en lo posible, con las conclusiones a las que se llegue en el informe acerca de la autorización de la transmisión. Sobre esa base, sería conveniente que quedase en suspenso el expediente para la declaración de caducidad de la concesión hasta que se resolviera el expediente de transferencia de la misma concesión.

- III -

Así las cosas, lo primero que es preciso analizar es la necesidad o no de recabar la autorización de la Autoridad Portuaria en los casos de fusión por absorción del primitivo concesionario (tal es lo que acontece en el supuesto que se examina, en el que la sociedad “X, S.L.”, teniendo por principal actividad la explotación de la concesión según se indica en el proyecto de informe, fue absorbida por la sociedad “Y, S.A.”).

El artículo 117.2 de la LRESP dispone, en primer término y con carácter general, que “previa autorización de la Autoridad Portuaria, las concesiones podrán transmitirse por ‘actos inter vivos’, subrogándose el nuevo titular en los derechos y obligaciones derivados de la concesión”. Por su parte, el artículo 117.4 de la propia Ley añade, en su párrafo primero, que “la enajenación de las acciones, participaciones o cuotas de una sociedad, comunidad de bienes u otros entes sin personalidad jurídica que tengan como actividad principal la explotación de la concesión, exigirá la autorización de la Autoridad Portuaria, siempre que pueda suponer que el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión de dicha sociedad o comunidad”.

Como bien dice el proyecto de informe de la Abogacía del Estado consultante, si se exige esa autorización cuando se trata de la enajenación de las acciones, participaciones o cuotas de una sociedad que atribuyan al adquirente una posición de control (no sería necesario, por tanto, adquirir, la totalidad de las acciones, sino una parte de las mismas que le permita influir de manera efectiva en la gestión de la sociedad), parece obvio que con mayor motivo sería necesaria esa autorización cuando lo que se ha producido es una fusión por absorción, en la que se opera una sucesión universal de la absorbida por la absorbente, con simultánea adquisición de los derechos y obligaciones de la primera por la segunda, según previenen el artículo 233.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por la remisión que el artículo 95 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, efectúa a las Secciones 2ª y 3ª del Capítulo VIII de la Ley de Sociedades Anónimas) y viene a ratificar la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1999, correctamente citados en la consideración primera del proyecto de informe.

A lo expuesto no se opone en absoluto la derogación expresa del artículo 64 de la LPEMM, mencionado en la cláusula 24ª del Pliego de Condiciones de la concesión, relativa a la transmisión inter vivos de la concesión, y que ha sido sustituido por el artículo 117 de la LRESP. El artículo 64.1 de la LPEMM se limitaba a reconocer la posibilidad de transmisión inter vivos de las concesiones previa autorización de la Autoridad Portuaria y el posible ejercicio por parte de esta última de los derechos de tanteo y retracto, en los términos que reglamentariamente se estableciesen. La cláusula 24ª del Pliego de Condiciones incorpora, en su párrafo primero, con algún añadido, esa previsión legal, aclarando, en su párrafo segundo, que “cuando la persona jurídica titular de una concesión se transforme, se fusione con otra o se escinda, se considerará que se ha producido un cambio en la titularidad, siendo por tanto necesaria la autorización expresa a que se refiere el párrafo anterior,” lo cual, aparte de ser evidente, resulta absolutamente lógico, pudiendo perfectamente mantenerse la necesidad de esa autorización sin la existencia de ese párrafo.

La supuesta relación del contenido del párrafo segundo de la cláusula 24ª con la previsión del artículo 137.4 del Reglamento de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, aplicable, por mor de lo dispuesto en el artículo 63.3 de la LPEMM, hasta la entrada en vigor de la LRESP, referente a la determinación de cuándo debe entenderse producida una transmisión en los supuestos de cambio en la titularidad de las acciones o participaciones de una entidad, aparte de ser más que discutible, no es óbice alguno para la exigencia, en estos momentos, de la autorización de acuerdo con el artículo 117 de la LRESP, que es la norma aplicable.

No puede sostenerse, por tanto, que la derogación del artículo 64 de la LPEMM y su sustitución por el artículo 117 de la LRESP haya supuesto cambio alguno en el régimen de autorización de las transmisiones de las concesiones, régimen que alcanza con naturalidad a los casos de fusión, en los que se entiende producido un cambio de titularidad que exige someter el mismo a autorización.

El párrafo segundo de artículo 117.4 de la LRESP establece, no obstante, una previsión muy específica, cuyo alcance debe ser precisado para evitar cualquier duda que pudiera suscitarse acerca de la necesidad de recabar esa autorización. Según dicho párrafo, “en el supuesto de que la concesión tenga por objeto la prestación de un servicio portuario básico o el desarrollo de una actividad o servicio comercial directamente relacionado con la actividad portuaria, la transmisión no podrá ser autorizada cuando el adquirente sea titular de una concesión con el mismo objeto o tenga una participación directa o indirecta que le permita influir de manera efectiva en una sociedad o comunidad titular de una concesión cuyo objeto sea el mismo, siempre que ostente una posición dominante en la actividad objeto de la concesión dentro del puerto o cuando como consecuencia de la adquisición pueda adquirirla.”

Del tenor de este párrafo segundo del artículo 117.4 de la LRESP en conexión con el párrafo primero del propio precepto se deduce que si, con carácter general, es posible autorizar el cambio de titularidad propiciado por la adquisición de acciones, participaciones o cuotas de una entidad

que tenga como actividad principal la explotación de la concesión, siempre que ello pueda suponer que el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad, debiendo, en todo caso, como luego se explicará, cumplir las condiciones del apartado 3 del artículo 117 de la LRESP, cuando se produzca el supuesto descrito en el párrafo segundo del apartado 4 de dicho precepto, antes transcrito, la transmisión no podrá ser autorizada cuando el adquirente sea titular de una concesión con el mismo objeto o tenga una participación directa o indirecta que le permita influir de manera efectiva en una sociedad titular de una concesión cuyo objeto sea el mismo.

En el presente caso, aunque se entienda que la concesión tiene por objeto el desarrollo de una actividad o servicio comercial directamente relacionado con la actividad portuaria, no consta que “Y, S.A.” sociedad absorbente de “X, S.L.” sea titular de una concesión con el mismo objeto o participe de forma significativa en otra sociedad cuyo objeto sea el mismo que el de la concesión de cuya transmisión aquí se trata dentro del puerto de Las Palmas.

Es obvia, por tanto, la inaplicación al presente caso de la previsión contenida en el artículo 117.4, segundo párrafo, de la LRESP, no siendo, por tanto, dicha previsión obstáculo alguno para la toma en consideración de la solicitud formulada a los efectos de la posible autorización de la transmisión producida.

#### - IV -

Alcanzada la conclusión de que es necesario, en todo caso, recabar de la Autoridad Portuaria la autorización de la transmisión, en la línea del informe de la Abogacía del Estado consultante de 13 de diciembre de 2006, lo que motivó que la Dirección del Puerto autorizase, el 22 de enero de 2007, el inicio del expediente de transferencia, es necesario precisar si la citada Autoridad Portuaria debe examinar únicamente si la sociedad concesionaria tenía como actividad principal la explotación de la concesión y si la adquirente va a obtener una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad, requisitos contenidos en el apartado 4 del artículo 117 o si, por el contrario, como se postula en el proyecto de informe remitido, en todo caso el adquirente debe cumplir, al menos, las condiciones del artículo 117.3, teniendo en cuenta, además, que no se ha producido un supuesto normal de enajenación de acciones o participaciones, sino un supuesto de fusión por absorción, con transmisión en bloque del patrimonio de una sociedad a otra, dentro del cual, como activo principal y casi único, estaría la concesión administrativa, lo que, de facto, supone la transmisión de esa concesión.

Pues bien, este Centro Directivo participa del criterio de la Abogacía del Estado consultante en el sentido de exigir, para la autorización de la transmisión de la concesión, el cumplimiento de las condiciones del artículo 117.3 de la LRESP, entre las que se figura, en primer lugar, “que el concesionario se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la concesión” (apartado a). El incumplimiento de esta condición impide el otorgamiento de la autorización de la transmisión cuando el concesionario primitivo no se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones concesionales, al margen o con independencia de que ese incumplimiento lleve aparejado la posible caducidad de la concesión.

El incumplimiento de esas obligaciones que, como es lógico, debe estar convenientemente acreditado en el expediente con los informes pertinentes, de los que deberá darse traslado a la sociedad peticionaria para que alegue sobre el particular en el oportuno trámite de audiencia, impide otorgar esa autorización, lo cual, como se ha dicho y señala la Abogacía del Estado consultante, es independiente de que se inicie o continúe, en este caso, un expediente para declarar formalmente la caducidad de la concesión.

En el presente caso, si, como parece, a día de hoy, no se han culminado las obras a las que se comprometió el concesionario, se estaría incumpliendo una de las obligaciones concesionales, y de carácter sustancial, recogida en el Pliego, lo cual hace inviable acceder a la autorización de la transmisión de la concesión solicitada. Como se indica en el proyecto de informe, habría que

distinguir, a estos efectos, entre el negocio jurídico privado en virtud del cual se llevó a cabo esa transmisión (la fusión por absorción) que puede ser perfectamente válido y eficaz, y las consecuencias jurídico-administrativas de ese negocio, que someten el mismo a una preceptiva autorización en la que la Autoridad Portuaria debe velar por el cumplimiento de unas determinadas condiciones para otorgar esa autorización.

Una vez dictada resolución denegando la autorización solicitada por incumplimiento de la condición prevista en el artículo 117.3.a) de la LRESP, sería posible continuar el expediente de caducidad frente a “Y, S.A.” como sucesora de “X, S.L.” de acuerdo con lo dispuesto en la condición 11ª, en relación con el incumplimiento de la cláusula 8ª (falta de finalización de las obras) y con el artículo 123.1.a) de la LRESP que señala, como causa de caducidad de la concesión, la “no iniciación, paralización o no terminación de las obras por causas no justificadas, durante el plazo que se fije en las condiciones del título,” incumplimiento que, según la documentación remitida, continúa existiendo a día de hoy, siendo igualmente la causa que propició el inicio de los anteriores expedientes de caducidad. No está de más recordar la consideración de esta obligación como una obligación esencial del concesionario, cuyo incumplimiento, como se dijo anteriormente, frustra la satisfacción de la finalidad pública que la Autoridad Portuaria pretendió alcanzar con el otorgamiento de la concesión.

### - V -

Por último, “Y, S.A.” en sus alegaciones al expediente de caducidad incoado el 11 de enero de 2007, pone de manifiesto que la insistencia de la Autoridad Portuaria en declarar la caducidad de la concesión sin resolver previamente que la citada sociedad es titular de la misma supone una ruptura del principio de confianza legítima recogido en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992. A mayor abundamiento –añade– la autorización concedida el 22 de enero siguiente para el inicio del expediente de transferencia de la concesión a favor de la misma supone, sin género de dudas, que la sociedad en cuestión tiene fundadas expectativas en que la concesión sea transferida a su favor, por lo que resulta evidente que la concesión ha de continuar en vigor hasta el momento de la transmisión mediante el archivo del expediente de caducidad o su suspensión hasta que se resuelva por parte de la Autoridad Portuaria la transferencia de la citada concesión. Concluye, con cita de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2002 (rec. 781/2002), que resulta también contrario a ese principio que se notifique una resolución de una petición de autorización de la transmisión de una concesión cuando de facto ésta se encontraba extinguida, demostrando con ello la Administración que actúa contra sus propios actos.

En relación con esta cuestión, hay que comenzar diciendo que el principio de confianza legítima –introducido por primera vez en el Derecho español por el artículo 3.1 de la Ley 30/1992 en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999 y relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento, como son los principios de seguridad jurídica y de buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares– comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones.

Como se señala por la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990, cuya doctrina reitera la de 23 de febrero de 2000:

“.. en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1989, y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el

Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar...”

La doctrina comunitaria a que se refiere la anterior sentencia es, sin duda, la contenida en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolutorias de los casos Tomadini de 16 de mayo de 1979; Unifrex de 12 de abril de 1984; Hauptzollamt Hamburg-Jonas/P. Krücken de 26 de abril de 1988; y, sobre todo, en la “doctrina Leclerc” recogida en las sentencias de 16 de noviembre de 1977, 21 de septiembre de 1988 y 10 y 29 de enero de 1985. En todas ellas se mantiene el referido principio de confianza legítima.

Ahora bien, este principio de confianza legítima no es un principio absoluto en el sentido de que dé lugar a que prevalezca una situación claramente contraria al ordenamiento jurídico o que sea un principio que se sobreponga, para anularlo, al resultado dispuesto por normas imperativas. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 declara lo siguiente:

“.. este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los ‘actos propios’ sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta. Una cosa es la irrevocabilidad de los propios actos declarativos de derechos fuera de los cauces de revisión establecidos en la Ley (arts. 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, 102 y 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, modificada por Ley 4/1999), y otra el respeto a la confianza legítima generada por actuación propia que necesariamente ha de proyectarse al ámbito de la discrecionalidad o de la autonomía, no al de los aspectos reglados o exigencias normativas frente a las que, en el Derecho Administrativo, no puede prevalecer lo resuelto en acto o en precedente que fuera contrario a aquéllos. O, en otros términos, no puede decirse que sea legítima la confianza que se deposite en un acto o precedente que sea contrario a norma imperativa.”

Así las cosas, la tramitación preferente del expediente de autorización de la transmisión de la concesión para dar así respuesta a la solicitud formulada al efecto por “Y, S.A.” el 19 de octubre de 2006, dejando en suspenso, entre tanto, el expediente de caducidad incoado el 11 de enero de 2007, preserva ese principio, cuya aplicación no puede llevar necesariamente, como se ha razonado, al otorgamiento de la autorización y a que la concesión sea transferida a la referida entidad, pues la Administración no puede obviar en absoluto la necesidad de tener presente y de aplicar una normativa, de carácter imperativo, como es la que regula las transmisiones de las concesiones portuarias (artículo 117 de la LRESP), en especial, la previsión del artículo 117.3.a) de dicho texto legal que exige, como primera condición para acceder a esa transmisión, que el concesionario se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la concesión.

La circunstancia de que, al mismo tiempo, el incumplimiento de una de esas obligaciones (la de finalizar de las obras en plazo) constituya una causa de caducidad de la concesión, lo que determinaría, de facto, que la concesión estuviere ya extinguida, tampoco supone por las razones indicadas una vulneración de ese principio ni con ello puede afirmarse que la Administración esté yendo contra sus propios actos, cuando lo único que ha hecho es comenzar a resolver de forma ordenada y conforme a Derecho la pretensión de la empresa. En este sentido, no puede desconocerse que lo acordado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas fue la mera autorización para iniciar el expediente de transferencia de la concesión; pues bien, se trata de un acto que, por su propia posición en el procedimiento, no puede reputarse sino como un acto de iniciación que, como tal, en nada prejuzga la resolución definitiva que haya de dictarse, máxime cuando la autorización de la iniciación de ese procedimiento lo fue, como se indica en el informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria, para recabar toda aquella documentación precisa para comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el apartado 3 del artículo 117 de la LRESP y poder así disponer de elementos de juicio suficientes para resolver.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La fusión por absorción de la sociedad “X, S.L.” titular de una concesión otorgada el 5 de mayo de 1999 por la Autoridad Portuaria de Las Palmas y destinada a la instalación de una terminal de cemento en el Puerto de Arrecife de Lanzarote, por la entidad “Y,S.A.” exige la obtención de la correspondiente autorización administrativa a otorgar por la citada entidad pública, de acuerdo con lo previsto en el artículo 117, apartados 2 y 4, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general.

**Segunda.-** Para el otorgamiento de esa autorización, la Autoridad Portuaria de Las Palmas, aparte de comprobar que concurren los requisitos exigidos por el artículo 117.4 de la Ley 48/2003, deberá comprobar, igualmente, que se cumplen las condiciones del artículo 117.3 de dicho texto legal, entre las que destaca, la de que el concesionario se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la concesión.

**Tercera.-** La falta de finalización en plazo de las obras previstas en el pliego concesional (pese a haberse otorgado una prórroga para ello), situación que subsiste en la actualidad, constituye un claro incumplimiento de esas obligaciones, haciendo jurídicamente improcedente la autorización de la transmisión de la concesión a favor de “Y, S.A.”

**Cuarta.-** La incoación previa de un expediente de caducidad de la concesión el 11 de enero de 2007 por incumplimiento de la obligación reseñada en la anterior conclusión no es obstáculo para que, con anterioridad a la decisión que se adopte en el mismo, se tramite el expediente incoado unos días después para la transferencia de la concesión, quedando, mientras tanto, en suspenso el primero.

**Quinta.-** Una vez concluido definitivamente el expediente sobre autorización de la transmisión de la concesión con resolución denegatoria de la misma, se podrá continuar el expediente de caducidad de la concesión originaria por la falta de conclusión, por causas no justificadas, de las obras en el plazo previsto en el título concesional (artículo 123.1.a) de la Ley 48/2003), entendiéndose las actuaciones con “Y, S.A.” no como nuevo titular de la concesión, sino como sucesor universal de “X,S.L.” de acuerdo con el artículo 31.3 de la Ley 30/1992., de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## **106.- Informe sobre el modelo de documento a suscribir por una empresa pública autonómica con terceros para la construcción y explotación de determinadas inmuebles en la zona portuaria.**

### **Resumen**

Consulta sobre el modelo de documento a suscribir, por parte de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía, con terceros para la construcción y explotación de determinados inmuebles en la zona portuaria Puerto América situada en la zona de servicio del puerto de Cádiz. Configuración de la Empresa Pública Puertos de Andalucía como concesionaria del dominio público portuario estatal; mantenimiento de este carácter tras el convenio suscrito por dicha entidad con la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz el 17 de febrero de 2003; dicho convenio no transfiere a dicha Empresa Pública ni el dominio público ni potestades sobre el mismo. Imprudencia de que la Empresa Pública Puertos de Andalucía otorgue concesiones demaniales así como que proceda la reversión, a favor de la misma, de terrenos cuando se extinga el título otorgado por ella en favor de terceros. Sujeción al Derecho privado de las relaciones patrimoniales entre dicha Empresa Pública y los terceros con quienes contrate.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 21/07

**Fecha:** 28 de diciembre de 2007

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción 2/2003, de 11 de diciembre –disposición 1, regla primera, apartado g)– ha examinado su consulta sobre el modelo de documento a suscribir con terceros por la Empresa Pública de Puertos de Andalucía, concesionaria del dominio público portuario en el Puerto de Cádiz, para la construcción y explotación de determinados inmuebles en la zona portuaria de Puerto América, sobre el que se ha solicitado informe a esa Abogacía del Estado por parte de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1º) El pasado 19 de diciembre de 2007 tuvo entrada en esta Abogacía General del Estado el proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en Cádiz a solicitud de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz (APBC) acerca del modelo de documento a suscribir entre la Empresa Pública de Puertos de Andalucía (EPPA), entidad pública dependiente de la Junta de Andalucía, adscrita a la Consejería de Obras Públicas y Transportes, y terceros, para la construcción y explotación de instalaciones en “Puerto América”, situado en la zona de servicio del puerto de esa Autoridad Portuaria.
- 2º) Entre los antecedentes remitidos se encuentra un Convenio de fecha 17 de febrero de 2003, suscrito entre la APBC y la EPPA, para la gestión, explotación y desarrollo de las instalaciones náutico deportivas en la zona portuaria denominada Puerto América, de cuyos aspectos más importantes se hace eco el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Cádiz.
- 3º) A fuer de ser reiterativos y con la única finalidad de clarificar al máximo la posición de la APBC y de la EPPA, resulta conveniente reiterar lo ya señalado en el proyecto de informe por la Abogacía del Estado consultante, comenzando por poner de relieve que hasta la firma del Convenio citado la EPPA gestionaba lo que se denomina Puerto Deportivo de

“Puerto América” en régimen de concesión administrativa, manteniéndose como objetivos comunes de las dos Administraciones el desarrollo y gestión integrada de todas las infraestructuras de la zona para lo que consideran necesario proceder a una ordenación integral de la misma independientemente de los títulos que ostentan las diferentes Administraciones. Para conseguir una correcta cooperación interadministrativa en la zona, es conveniente –añaden– proceder a la extinción de los títulos concesionales y al establecimiento de un modelo integrado de gestión de todos los intereses públicos concurrentes en la zona (expositivo segundo).

En el expositivo cuarto, después de delimitarse la zona donde se va a desarrollar la gestión del puerto deportivo, situada, como se ha indicado, en la zona de servicio del puerto e integrada por la concesión de “Puerto América”, titularidad de la EPPA, y por los terrenos gestionados directamente por la APBC, se deja claro que la misma debe realizarse de forma unificada, considerando ambas partes como más idónea la asunción por parte de la EPPA de su explotación, sin afectar a los derechos de terceros titulares de concesiones administrativas en la zona.

4º) Sobre esa base, en la Cláusula Sexta.1º del Convenio, titulada “Gestión y explotación de Puerto América”, las partes reconocen a EPPA plena capacidad para la gestión y explotación de las instalaciones náutico deportivas de Puerto América, asumiendo la misma a partir de la firma del convenio la gestión y explotación de una serie de obras e instalaciones que se describen, así como la gestión de las mismas que incluye la conservación, mantenimiento y control de las instalaciones existentes y futuras de Puerto América, así como la prestación de una serie de servicios que se enumeran con carácter no limitativo (cláusula sexta.2).

Todos esos servicios –sigue diciendo la cláusula sexta.3º– podrán ser prestados directamente por EPPA o por terceros. A tal fin, EPPA podrá contratar con los referidos terceros la ocupación y uso de superficie en el ámbito espacial del presente convenio, así como la habilitación a los mismos para el desarrollo de su actividad empresarial, previo informe vinculante y expreso de la Comisión de Seguimiento del Convenio, a efectos de verificar el cumplimiento de los usos y la ordenación vigente.

Por su parte, la cláusula sexta.6º, en esa misma línea, establece que “EPPA podrá optar por el modelo de prestación de servicios que considere más adecuado en cada momento, pudiendo asumir la gestión directa de los que considere oportunos, o bien concertar su prestación por terceros en cualquiera de las formas ajustadas a derecho privado, manteniendo siempre el control sobre los mismos”.

Por último, merece destacarse también la cláusula séptima relativa a las “Condiciones económicas de la explotación”, en la que se indica que EPPA explotará las instalaciones objeto de este convenio a su exclusivo riesgo y ventura, haciendo suyos los resultados económicos de la explotación y realizando una serie de aportaciones que se concretan, por un lado, en las inversiones que asume como consecuencia de los convenios de financiación que se suscriban y otras actuaciones que realice directamente y, por otro lado, en el abono a la APBC, como contrapartida por realizar la gestión y explotación de “Puerto América”, de una serie de cantidades que detalla.

5º) Pues bien, en el marco de las previsiones contenidas en esa cláusula sexta, apartado 3º y 6º, el 27 de noviembre pasado, la Directora Gerente de la EPPA, se dirigió al Presidente de la APBC, señalando que el 16 de noviembre se celebró una reunión de la Comisión de Desarrollo y Seguimiento del Convenio, prevista en la cláusula octava, acordándose en la misma que por parte de la EPPA se remitiera a la APBC propuesta de modelo de título a otorgar a terceros para la construcción y explotación de determinados inmuebles en terrenos incluidos en el ámbito del Convenio. En el propio oficio se hace especial hincapié en que, como fue expuesto en la Comisión, resulta de especial relevancia el mantenimiento de determinadas potestades y prerrogativas administrativas en los títulos



a otorgar, dada la consideración del soporte físico de los mismos como dominio público portuario, así como las consecuencias indeseables que sobre el mismo pudieran darse en una relación estrictamente privada, teniendo en cuenta, además, la naturaleza administrativa de las entidades firmantes del convenio.

6º) La APBC remitió a la Abogacía del Estado en Cádiz, el modelo de documento a suscribir entre la EPPA y los terceros denominado "Título para la Construcción y Explotación en Puerto América," que regula tanto la construcción de instalaciones como la gestión y explotación de las mismas, para que emitiera informe al respecto, lo que hizo el 18 de diciembre pasado, solicitando, no obstante, el parecer de este Centro Directivo, de acuerdo con la Instrucción 2/2003, para lo que remite el proyecto de informe elaborado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

- I -

Antes de analizar con carácter general el modelo de "Título para la Construcción y Explotación en Puerto América" elaborado por la EPPA y sometido al parecer de la APBC, es preciso significar ya que esta Abogacía General del Estado comparte la conclusión a que llega la Abogacía del Estado en Cádiz en su proyecto de informe, y que no es otra que el título sometido a examen no se ajusta ni a los términos del convenio ni a la legalidad vigente.

No obstante, para fundar convenientemente esta opinión confirmatoria del parecer de la Abogacía del Estado consultante, es conveniente realizar una serie de consideraciones jurídicas adicionales que refuercen todavía más la conclusión a la que llegó esa Abogacía del Estado, expuesta en el párrafo anterior.

La primera consideración jurídica ha de versar necesariamente, coincidiendo de nuevo plenamente con dicha Abogacía del Estado, sobre la posición jurídica de la EPPA a consecuencia del Convenio suscrito el 17 de febrero de 2003 por la misma con la APBC y si esa posición jurídica se mantiene en el modelo de Título a suscribir con terceros para la construcción y explotación en el espacio sobre el que la citada Empresa ejerce de manera plena su capacidad de gestión y explotación de las instalaciones náutico-deportivas del llamado Puerto América.

Resulta indudable, y así se recoge adecuadamente en el propio texto del Convenio, que el espacio donde se ubica la zona portuaria de "Puerto América" es un espacio perteneciente al dominio público portuario estatal, espacio que, como pone de manifiesto la cláusula segunda del Convenio, está integrado por dos porciones de superficie terrestre y de lámina de agua, unas otorgadas anteriormente en régimen de concesión a la EPPA, y otras gestionadas directamente, en pleno ejercicio de sus funciones, por la APBC.

Es decir, que antes de la firma de ese Convenio la EPPA tenía claramente, aunque no se ha dispuesto del oportuno soporte documental, la condición de concesionario de unos terrenos de dominio público portuario estatal, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 63 de la Ley 27/1992, de 27 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), siendo, por tanto, su posición jurídica, en cuanto a la gestión de ese espacio, idéntica a la de un concesionario, con los derechos y obligaciones propias del mismo.

La firma el 17 de febrero de 2003 del Convenio entre la EPPA y la APBC, y la extinción de las concesiones y autorizaciones de las que disfrutaba la primera hasta esa fecha, con el consiguiente establecimiento de un nuevo modelo integrado de gestión de todos los intereses públicos concurrentes en la zona, asumiendo dicha Entidad Pública todos los derechos y obligaciones inherentes a la concesión y a las autorizaciones de las que era titular, no ha

supuesto variación alguna de la posición inicial de esa Empresa como concesionaria de unos bienes integrantes del dominio público portuario estatal.

La entrada en vigor de la nueva Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, que modificó profundamente la antigua LPEMM, donde, como se indica en el proyecto de informe, se da carta de naturaleza a un nuevo título de utilización del dominio público cuando un órgano de una Administración Pública requiera de esa utilización (artículo 95), aparte de no ser aplicable por razón del tiempo al convenio suscrito, no ha supuesto variación alguna en la posición jurídica de la EPPA, derivada del Convenio, como se va a razonar a renglón seguido.

- II -

En efecto, no hay duda alguna de que el Puerto de Cádiz se integra dentro de los puertos de interés general, puertos que forman parte del dominio público marítimo integrante, a su vez, del dominio público portuario estatal y que incluye los terrenos afectados al servicio de los puertos, así como los espacios de agua incluidos en la zona de servicio de los puertos (artículo 93 de la Ley 48/2003 y artículos 14, 53 y Anexo de la LPEMM). La zona portuaria donde se ubica “Puerto América,” comprensiva tanto de la superficie terrestre como de la lámina de agua, forma parte integrante de ese dominio público portuario estatal.

La utilización de ese dominio público portuario se rige, actualmente, por lo establecido en la Ley 48/2003, como norma fundamental, completada por el Reglamento de Explotación y Policía del Puerto y por las correspondientes ordenanzas portuarias, siendo de aplicación supletoria la legislación de costas (artículo 95.1 de la Ley 48/2003). El apartado 2 del artículo 95 del citado texto legal, así como el artículo 54.2 de la LPEMM establecen que cuando el uso o actividad presente circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad o rentabilidad será necesario el correspondiente título administrativo que legitime tal utilización del dominio público portuario, siendo el instrumento fundamental la correspondiente autorización o concesión.

Pues bien, como se indica en el proyecto de informe remitido y a pesar de que, se insiste, el Convenio suscrito es de fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 48/2003, el artículo 95.3 de este texto legal parece incluir un nuevo título legitimador de la utilización intensiva del dominio público marítimo portuario, previsto para aquellos supuestos en que sea un órgano de la Administración General del Estado, de la Administración de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local, o los organismos o entidades vinculadas o dependientes de las mismas, como es el caso de la EPPA (dependiente de la Junta de Andalucía), el que requiera la utilización del dominio público portuario.

Para estos casos la Ley 48/2003 prevé que solicitarán los bienes de dominio público necesarios de la Autoridad Portuaria correspondiente, quien autorizará dicha utilización siempre que sea compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso, debiendo suscribir el correspondiente convenio en el que se establecerán las condiciones de la misma, incluyendo las tasas que, en su caso, procedan y los costes que debe asumir aquél. Si se trata de Comunidades Autónomas se matiza que se procederá de la forma descrita respecto de aquellas Comunidades Autónomas que prevean en su legislación un régimen similar de utilización de bienes demaniales de su titularidad por la Administración General del Estado o sus organismos públicos para su dedicación a un uso o servicio de su competencia. A falta de dicha previsión deberán solicitar el otorgamiento de la correspondiente concesión o autorización, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.

Como se ha expuesto anteriormente, al haberse suscrito el Convenio entre la EPPA y la APBC el 17 de febrero de 2003, las previsiones contenidas respecto a este nuevo título legitimador de la utilización del dominio público portuario en el artículo 95.3 de la Ley 48/2003 no pudieron tenerse presentes, bastando, en este sentido, con una simple lectura del mismo.

Ahora bien, aunque hubiera estado ya en vigor dicho texto legal en aquella fecha o, a falta de una norma transitoria sobre el particular en esa misma Ley, pudiera pensarse en un posible encaje actual del Convenio suscrito en el contenido de esa norma, no se hubiere producido en absoluto una variación de la posición jurídica de la EPPA derivada de ese Convenio respecto a la APBC, quien, como acertadamente se indica en el proyecto de informe remitido, tiene atribuido por ministerio de la Ley (artículos 35 a 37 de la LPEMM) el ejercicio de las potestades públicas sobre el dominio público portuario estatal, siendo a ella a quien corresponde en exclusiva autorizar la utilización de ese dominio público, otorgando el correspondiente título administrativo legitimador o, lo que es lo mismo, la autorización *strictu sensu*, la concesión o el convenio a que se refiere ese artículo.

Ahora bien, y para el hipotético caso de que se considerase de aplicación ese último precepto y como bien dice la Abogacía del Estado consultante, el convenio en cuestión ni transfiere potestades sobre el dominio público al ente público con el que la Autoridad Portuaria suscribe ese convenio ni, por supuesto, implica cesión del mismo y de las facultades dominicales a él inherentes al ente público que requiere la utilización de ese dominio y que, aunque bajo esa fórmula especial –convenio–, tiene una posición idéntica, en este fundamental aspecto, a la de un concesionario, sin que en la Ley aparezcan consecuencias distintas a las derivadas de una relación propiamente concesional.

Esta Abogacía General del Estado hace suyas también las consideraciones realizadas por la Abogacía del Estado en Cádiz respecto a la naturaleza jurídica de la concesión, con cita de la doctrina jurisprudencial sobre el particular de la que se deduce la indudable naturaleza contractual de la misma una vez otorgada, pudiéndose distinguir perfectamente entre las facultades que la Administración Pública titular, en este caso la APBC, tiene sobre el dominio público, entre las que, como se ha expuesto, está la de autorizar su utilización exclusiva o especialmente intensa, por un lado, y el conjunto de derechos y deberes que, una vez otorgada, surge entre las partes, articuladas a través de un título administrativo, el documento concesional.

Pues bien, como se indica en el proyecto de informe remitido, el artículo 95 de la Ley 48/2003 afecta principalmente a la segunda faceta, dejando intacta la primera, esto es, la relativa a las facultades sobre el dominio público portuario, que corresponde a la APBC. La única especialidad en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes, en estos casos, deriva del instrumento en que se formaliza la relación entre esas dos Administraciones Públicas que, formalmente, al encontrarse en un plano de igualdad, suscriben un convenio. En lo demás, y sobre todo, en lo relativo a las facultades de la Administración Pública titular del dominio frente al ente público que requiere la utilización de ese dominio, la posición de este último es prácticamente idéntica a la del concesionario. Ese ente, en este caso la EPPA, está autorizado, en virtud del convenio, para utilizar el dominio público portuario pero ni se le transfiere ni se le cede el citado dominio.

- III -

Llegados a este punto, es necesario ya examinar si las previsiones contenidas en el modelo de Título a otorgar a terceros para la construcción y explotación de determinados inmuebles en terrenos incluidos en el ámbito del Convenio, cumplen con esas exigencias.

Si bien es cierto que, de acuerdo con la cláusula sexta del Convenio, la EPPA tiene, como se ha dicho anteriormente, plena capacidad para la gestión y explotación de las instalaciones náutico-deportivas de Puerto América, pudiendo prestar los servicios que se enumeran directamente o por terceros, así como, en este último caso, contratar con los mismos la ocupación y uso de superficie en el ámbito espacial del convenio, y que la disposición común I.1 del modelo de Título indica que el presente título no implica cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Estado, lo cierto es que, como advierte acertadamente la Abogacía

del Estado consultante, en el propio modelo de título, existen determinadas previsiones que acercan, por no decir asimilan, la posición de la EPPA, a la del titular del dominio público, único que puede otorgar títulos administrativos que autoricen la ocupación de ese dominio.

Es el caso del apartado VII de ese modelo de Título, relativo al canon por ocupación del dominio público, en el que se establece que el titular abonará (se entiende a la EPPA), por semestres adelantados, a partir de la fecha de notificación del otorgamiento del título, el importe correspondiente al canon de ocupación, canon que sólo podría exigir, previo el otorgamiento del título administrativo correspondiente, la APBC. En íntima relación con ello, otro tanto ocurre con las facultades inherentes a la titularidad del dominio público como la declaración de caducidad del título (XVI.2) por impago del canon de ocupación o por ocupación del dominio público no otorgado, etc., el rescate del título (XVI.3), en el caso de que los terrenos de dominio público concedidos fuesen necesarios para la ejecución de obras de utilidad pública o prestación de servicios portuarios, o la reversión gratuita y libre de cargas de los terrenos, obras e instalaciones (XVII), una vez extinguido el título, a la EPPA, como entidad gestora del dominio público, que es un derecho del titular del dominio, no del concesionario, posición de la Empresa Pública autonómica.

Ello no quiere decir que la EPPA no pueda, concertar con terceros la ocupación y uso de la superficie incluida en el ámbito espacial del llamado Puerto América, de la que es concesionaria, en virtud del Convenio de 17 de febrero de 2003 (cláusula sexta.3<sup>a</sup>), y que, igualmente, de acuerdo también con la cláusula sexta.6, pueda concertar con esos terceros la prestación de servicios, pero como bien dice ese último apartado 6 de esta cláusula, ajustándose estrictamente al derecho privado.

Sobre esa base, la EPPA podría suscribir contratos de arrendamiento, derechos de superficie, usufructo, etc., para los que estaría habilitada para cobrar la oportuna renta, precio o derecho económico, pero no un canon de ocupación, al ser un derecho inherente al titular del dominio público (condición que corresponde a la APBC), consecuencia del otorgamiento del título administrativo que autoriza la ocupación del mismo, condición que, como se ha dicho, no ostenta la EPPA. Igualmente y como reza esa cláusula sexta.6, podría concertar la prestación de servicios por terceros en cualquiera de las formas ajustadas a Derecho privado, manteniendo siempre el control sobre los mismos. Por último, podría igualmente contratar, en todo caso, con terceros la ejecución de obras, conforme al Derecho público o privado, según su régimen específico de contratación.

La ejecución, efectos y extinción, con las consecuencias a ella inherentes de esos contratos privados suscritos por la EPPA, como concesionario, con terceros para la ocupación de terrenos de dominio público portuario estatal y para la gestión o explotación de los servicios, fundamentalmente, se regirán, como es obvio también, por las normas de Derecho privado que resulten aplicables en cada caso (Código Civil, Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley Hipotecaria, etc.).

En consecuencia, y compartiendo el parecer de la Abogacía del Estado consultante, el modelo de Título sometido a examen de este Centro Directivo no se ajusta a los términos del convenio ni a la legalidad vigente, debiendo introducirse en el mismo las modificaciones pertinentes para adaptarlo a ese convenio y a esa legalidad, de acuerdo con las consideraciones vertidas en este informe.

## **107.- Informe sobre la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, a determinadas concesiones otorgadas por una Autoridad Portuaria**

### **Resumen**

Consulta sobre la posible nulidad de pleno derecho de un acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999 por el que se compensó el incremento del canon de ocupación y aprovechamiento del dominio público portuario con la declaración de exención (o tasa de cuantía cero) del canon de actividades comerciales o industriales, así como de los distintos acuerdos adoptados en ejecución de aquél. En el informe se examinan las siguientes cuestiones:

- Evolución histórica del canon de actividades comerciales e industriales.
- Nulidad de pleno derecho del acuerdo de 1 de octubre de 1999 y acuerdos particulares, relativos a las concesiones a las que se declara la exención (o cuantía cero) del canon de actividades comerciales e industriales: argumentos para ello.
- Aplicación de la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.f) del LRJ-PAC (actualmente art. 217.1.f) de la LGT de 17 de diciembre de 2003) respecto de los acuerdos particulares anteriores a la entrada en vigor de la LGT/2003.
- Límites a la revisión de oficio (art. 106 de la LRJ-PAC) del acuerdo de 1 de octubre de 1999 (no se consideran aplicables, ya que ese acuerdo sólo surtió efectos a partir del año 2003)
- Procedimiento a seguir para la declaración de nulidad de pleno derecho.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 65/07

**Fecha:** 7 de diciembre de 2007

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general a determinadas concesiones otorgadas por la Autoridad Portuaria de Las Palmas. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) La cuestión que da origen a la petición de informe arranca de un acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, adoptado en sesión celebrada el 1 de octubre de 1999, en relación con el expediente de nueva valoración de los terrenos de los puertos de Las Palmas.

El Consejo de Administración, según resulta del propio texto literal del acuerdo remitido, resolvió, por un lado, dar el visto bueno al expediente de valoración tramitado por la Autoridad Portuaria y trasladar el mismo al ente público Puertos del Estado a fin de que este Organismo lo elevase al Ministro de Fomento para su aprobación definitiva, si procediera, y, por otro, en cuanto a la aplicación de la disposición transitoria segunda, apartado dos, de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) que impone la obligación de adaptar los cánones de ocupación o aprovechamiento de las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de esa Ley en el plazo de un año desde

la aprobación de las nuevas valoraciones, adoptar distintos criterios, entre los que cabe destacar el segundo, que dispone textualmente:

“Para aquellos concesionarios que vean incrementados los cánones a abonar en concepto de ocupación de terrenos cuando entre en vigor la nueva valoración, respecto a los vigentes (convenientemente actualizados por el IPC), y estén obligados a abonar el Canon de Actividad industrial (artículo 69 bis) o Mejora del Canon (artículo 69.8), a la hora de adaptar las cuantías de sus cánones por ocupación de terrenos a la Nueva Valoración de éstos por la Disposición Transitoria Segunda dos, los incrementos mencionados se compensarán con las cuantías globales de los Cánones de Actividad Industrial y Mejora del Canon, cuyo resultado final (de estos últimos) deberá ser siempre mayor o igual a cero”.

La Orden del Ministerio de Fomento de 24 de abril de 2003, rectificada por otra Orden de 18 de julio del mismo año, aprobó estrictamente la valoración de los terrenos y lámina de agua de la zona de servicio del puerto de Las Palmas, que incluye el de Salinetas y el de Arinaga, en los términos que se recogen en la referida Orden, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 69.5 de la LPEMM, en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997. Con ello daba una respuesta positiva, con ciertas matizaciones, a la propuesta elevada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas al ente público Puertos del Estado para la aprobación definitiva de la nueva valoración de los terrenos, cumpliendo así con lo prevenido en la disposición transitoria segunda.1 de la Ley 62/1997. No se contiene en dichas Órdenes referencia alguna a los criterios a aplicar por la Autoridad Portuaria para la adaptación del antiguo canon de actividad a la Ley 62/1997, tras la aprobación de los nuevos valores de los terrenos.

2º) Tras dicha aprobación, la Autoridad Portuaria de Las Palmas procedió, en los años 2003 y 2004, a la revisión de los cánones de ocupación y aprovechamiento de las concesiones, así como a la “revisión” (en la práctica, una compensación) de los cánones de actividad industrial y mejora del canon, de acuerdo con los criterios plasmados en el acuerdo de 1 de octubre de 1999 –punto 2–, lo que determinó, para aquellas concesiones que veían incrementado el canon de ocupación, el reconocimiento de una exención de canon o un valor cero de su cuantía (a la solicitud de informe se acompañan dos acuerdos del Consejo de Administración de 14 de mayo y 13 de octubre de 2004 adoptados en este sentido).

3º) La disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, sobre régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general obliga a adaptar el canon de prestación de servicios al público y el canon de desarrollo de actividades comerciales o industriales a la regulación contenida en el artículo 28 de la nueva Ley para la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios.

Considera el Organismo consultante que no es posible realizar esa adaptación hasta que se proceda a la revisión del acuerdo del Consejo de Administración de 1 de octubre de 1999 y de los acuerdos posteriores de los años 2003 y 2004, de revisión del canon, por ser contrarios a Derecho, al reconocer exenciones de un canon o tasa no previstas en la Ley, contraviniendo lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en la Ley General Presupuestaria, pudiendo estar incursos los citados acuerdos en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1.f) de la Ley General Tributaria de 17 diciembre de 2003, por lo que resultaría procedente su revisión previa antes de acordar esa adaptación. Sobre ello se solicita el parecer de este Centro Directivo.

En caso de darse una respuesta afirmativa a esta cuestión, se solicita también que se dictamine en relación con el procedimiento adecuado para la declaración de nulidad, así como sobre el órgano competente para la incoación, tramitación y resolución del correspondiente procedimiento.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para dar una respuesta fundada en Derecho a la cuestión suscitada en la solicitud de informe es conveniente hacer una referencia histórica a la configuración legal del canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales, como así se denomina en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, aunque no siempre tuvo esa denominación y alcance, hasta llegar a la actual “tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios” regulada en el artículo 28 de esa misma Ley.

El canon por el ejercicio de actividades industriales existe como tal canon desde la Ley 1/1966, de 28 de enero, de régimen financiero de los puertos españoles que, después de establecer en su artículo 14, entre otras cosas, que el ejercicio de actividades industriales y comerciales en la zona portuaria por personas y entidades ajenas a sus organismos gestores será objeto de la oportuna concesión, fija en su artículo 15 un canon específico limitado al ejercicio de actividades industriales y comerciales (sin extenderse, por tanto, a la prestación de servicios a terceros que no tenga el carácter de actividad comercial o industrial). La citada Ley no establecía los elementos esenciales del canon, limitándose a señalar, por lo que se refiere a la cuantía, que se exigiría “una cantidad alzada, determinada por los órganos gestores”.

El artículo 69.2 de la LPEMM preveía, en su primitiva redacción, que la prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el ámbito portuario estarían sujetas a canon a favor de la Autoridad Portuaria correspondiente, declarando exentos del mismo los servicios exentos del pago de tarifas portuarias, a los que se refiere el artículo 71 de la Ley.

Este último precepto declaraba exentos del pago de esas tarifas los servicios prestados a los buques de guerra y aeronaves militares nacionales y, en régimen de reciprocidad, a las extranjeras, siempre que no realizasen operaciones comerciales y su visita tuviese carácter oficial o de arribada forzosa, así como el material de las Autoridades Portuarias y las embarcaciones dedicadas por las Administraciones Públicas a labores de vigilancia, investigación, protección y regeneración costera, represión del contrabando, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y, en general, a misiones oficiales de su competencia, y, por último, el material y embarcaciones de la Cruz Roja Española, dedicados a labores propias que tiene encomendada esta institución. El precepto se cerraba con una habilitación al Ministro de Obras Públicas y Transportes (actualmente, Ministro de Fomento) para establecer exenciones o bonificaciones para actividades de relevante interés humanitario o social.

El artículo 69 de la LPEMM terminaba con un apartado 3 en el que se atribuía a los cánones de ocupación y de prestación de servicios y desarrollo de actividades industriales o comerciales la consideración de precios públicos, determinándose sus características, cuantía y condiciones por Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda.

Por Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la LPEMM se estableció, entre otras cosas, la regulación de los elementos esenciales de los cánones, a fin de dotar a dichas prestaciones patrimoniales de carácter público de la debida cobertura legal, a raíz de la doctrina que se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995, de 14 de diciembre (así lo refleja su Exposición de Motivos).

Para ello se dio nueva redacción al artículo 69 de la LPEMM que, hasta ese momento, constituía el único precepto de la Sección 2ª (“Cánones”) del Capítulo II (“Régimen económico de la utilización del dominio público portuario estatal y de la prestación de los servicios

portuarios”) del Título II (“De la gestión del dominio público portuario”) de dicha Ley, precepto que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/1997, se dedica exclusivamente al canon de ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, añadiéndose el artículo 69 bis, dedicado al canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o industriales, y artículo 69 ter, referido ya a las exenciones específicas de los cánones.

Es importante resaltar, en relación con el canon sobre el que versa la solicitud de informe, que el apartado 3 del artículo 69 bis, dedicado a dicho canon, establecía los criterios para la fijación de su cuantía por la Autoridad Portuaria respectiva, añadiendo que “el criterio y el tipo establecidos por la Autoridad Portuaria deberán figurar expresamente en las condiciones de la autorización de actividad o, en su caso, de la concesión o autorización de ocupación o aprovechamiento del dominio público”. Es más, como señalaba su apartado 1, en el supuesto de que las actividades comerciales o industriales implicasen la ocupación o el aprovechamiento del dominio público portuario, la autorización de actividad se entendía implícita en la correspondiente concesión o autorización de ocupación o aprovechamiento del dominio público, sin perjuicio de la exigencia de los cánones que procedan por ambos conceptos.

El artículo 69 ter, de especial importancia para este informe, recogía, como se ha dicho, las exenciones de estos cánones, disponiendo lo siguiente:

- “1.- Estarán exentos del pago del canon los órganos y entidades de las Administraciones públicas que lleven a cabo actividades de vigilancia, investigación, protección y regeneración costera, represión del contrabando, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional.
- 2.- Se encontrará exenta del abono del canon la Cruz Roja Española respecto de las actividades propias que tiene encomendada esta institución”

En la misma Ley 62/1997, más concretamente, en su disposición transitoria segunda se establece que “las Autoridades Portuarias remitirán en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, la propuesta de valoración de los terrenos y lámina de agua de la zona de servicio del puerto para su tramitación y aprobación” (apartado 1) y que “en el plazo de un año, desde la aprobación de las nuevas valoraciones, los Directores de las Autoridades Portuarias remitirán a sus respectivos Consejos de Administración las propuestas de revisión de los cánones de ocupación o aprovechamiento de las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de esta Ley, a fin de adaptarlos a lo dispuesto en ella” (apartado 2).

Por último, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, cuyo Título I entró en vigor el 1 de enero de 2004 (disposición final quinta), denomina ya al canon en cuestión “tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios”, siendo objeto de regulación en el artículo 28 de dicho texto legal, único precepto integrante de la Sección 4ª, de igual nombre que la tasa que regula, incluido en el Capítulo IV (“De las tasas portuarias”), del Título I (“Régimen económico del sistema portuario de titularidad estatal”). La citada Ley, sin perjuicio de lo que luego se dirá, deroga expresamente los artículos 69, 69 bis y 69 ter de la Ley 27/1992 (disposición derogatoria única.1)

Antes de analizar el problema suscitado en la solicitud de informe es preciso señalar que el artículo 17.2 de la Ley 48/2003, integrado en la Sección 1ª (“Ámbito de aplicación y reglas generales”) de las tasas portuarias, establece las exenciones de la tasa por aprovechamiento especial en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios y de la tasa de servicios generales en línea similar a las previsiones contenidas en el artículo 69 ter de la LPEMM. Según el artículo 17.2, están exentos de esa tasa:

- “a) Los órganos y entidades de las Administraciones Públicas, respecto de las actividades a que se refiere el párrafo a) del apartado anterior (actividades de vigilancia, inspección, investigación y protección del medio ambiente marino y costero, de protección de los recursos pesqueros, represión del contrabando, seguridad pública y control de



pasajeros, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional) y , en general, de actividades de interés social y cultural.

- b) La Cruz Roja y otras entidades de carácter humanitario, respecto de las actividades a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior, previa solicitud de la exención a la Autoridad Portuaria que será otorgada cuando concurren estos requisitos.
- c) Las corporaciones de derecho público y entidades sin fines lucrativos para aquellas actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, previa solicitud de la exención a la Autoridad Portuaria, que será otorgada cuando concurren estos requisitos”

Para terminar con esta referencia histórica de la regulación de la tasa de que aquí se trata, se deja constancia de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, cuya aplicación ha dado lugar a la solicitud de informe, que regula el proceso de adaptación del antiguo canon por prestación de servicios al público y desarrollo de actividades comerciales o industriales a la regulación contenida en el artículo 28 de la Ley para la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios.

- II -

Pasando ya al análisis concreto de la cuestión suscitada por el Organismo consultante, esta Abogacía General del Estado, en coincidencia con el parecer del mismo, entiende también que no es posible la adaptación prevista en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003 sin que previamente se proceda formalmente a la revisión de oficio, por concurrir un supuesto de nulidad de pleno derecho, del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, en la parte del mismo referida a la posible compensación del incremento del canon de ocupación derivado de la nueva valoración aprobada por el Ministerio de Fomento con la cuantía global de los cánones de actividad industrial y mejora del canon a que se refiere el punto segundo, apartado 2) de ese acuerdo, antes reproducido.

La revisión debe hacerse extensiva también a los posteriores acuerdos singulares del mismo Consejo de Administración sobre revisión del canon por prestación de servicios al público en el desarrollo de actividades comerciales o industriales adoptados en los años 2003 y 2004, dictados tras la aprobación por el Ministerio de Fomento de la nueva valoración de los terrenos, dado que los mismos son radicalmente contrarios a Derecho, estando incursos también, como más adelante se expondrá, en un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Es importante resaltar, por lo que ello podría suponer de obstáculo a la revisión de oficio, que, si bien el punto 2 del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas se adoptó el 1 de octubre de 1999, no tuvo eficacia, como se deduce del propio contenido del mismo, hasta la aprobación de la nueva valoración de los terrenos por parte del Ministerio de Fomento, lo que no tuvo lugar definitivamente hasta el 18 de julio de 2003, cuando se corrigieron los errores observados en la primera Orden de 24 de abril de 2003. Es más, y dado que la compensación prevista en aquel acuerdo sólo resulta aplicable a aquellos concesionarios que vieron incrementados los cánones a abonar en concepto de ocupación, en puridad la eficacia de ese acuerdo podría verse demorada un poco más, hasta la fecha en que se adoptó el respectivo acuerdo de revisión singular de los cánones de cada concesionario afectado, lo que no tuvo lugar hasta bien entrado el año 2003 y a lo largo del año 2004.

En efecto, si bien el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre (LRJ-PAC) establece que “los actos de las Administraciones Públicas se presumirán válidos y surtirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que ellos se disponga otra cosa”, su apartado 2 añade que “la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.

En el presente caso, la simple lectura de ese acuerdo de 1 de octubre de 1999, en la parte que interesa –la relativa a la exigencia del canon de actividad (punto 2)–, pone enseguida de manifiesto que la eficacia del criterio establecido en el repetido acuerdo estaba supeditada y, por tanto, demorada, por un lado, a la entrada en vigor de la nueva valoración de los terrenos (lo que no se produjo hasta la aprobación de esos nuevos valores por el Ministerio de Fomento en el año 2003) y, por otro lado, a que los concesionarios vieran incrementados los cánones a abonar respecto a los vigentes, lo cual demoraba un poco más todavía la eficacia de ese acuerdo hasta el momento en que la Autoridad Portuaria, cumpliendo además con las previsiones de la disposición transitoria segunda.2 de la Ley 62/1997, aprobase la propuesta de revisión de los cánones de ocupación y actividad presentada por el Director del Puerto, tras la aprobación de las nuevas valoraciones, para lo que habría que ir caso a caso, no teniendo lugar, como se ha dicho, hasta el segundo semestre del año 2003 y el año 2004.

La revisión de ambos cánones –canon de ocupación y canon de actividad–, de acuerdo con la propuesta del Director del Puerto y el criterio 2) del acuerdo del Consejo de Administración de 1 de octubre de 1999, como reflejan con detalle dos de los acuerdos adoptados remitidos a este Centro Directivo, determinó que se estableciese para ciertas concesiones una exención del canon de actividad o un valor cero de su cuantía.

- III -

Para razonar acerca de la invalidez absoluta tanto del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, en el extremo del mismo que aquí interesa (acuerdo que, como se ha expuesto, no tuvo eficacia real hasta el mes de julio de 2003, momento en que se aprobaron definitivamente los nuevos valores), como de los acuerdos singulares de reconocimiento de la exención del canon (supeditados, a su vez, a la aprobación de los nuevos valores de los terrenos), hay que comenzar diciendo que la concesión de exenciones o rebajas de los tributos es una determinación que corresponde exclusivamente a la norma con rango de ley, y ello por afectar a un elemento esencial del tributo, bastando en este sentido con tener presente lo que disponía en el artículo 10.b) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT/1963), aplicable hasta el 1 de julio de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT/2003), cuyo artículo 8.d) consagra, como el anterior precepto legal y como no podía ser de otra forma, la reserva de ley para el establecimiento, modificación, supresión y prórroga de exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales. Idéntica exigencia se contempla en el apartado f) del artículo 10 de la LGT/1963 y en el apartado k) del artículo 8 de la LGT/2003), para la concesión, en general, de perdones, condonaciones, rebajas, amnistías o moratorias.

Por su parte, y siguiendo lo que disponía el artículo 30.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, el artículo 7.2 de la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria establece, en esa misma línea, que tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos de la Hacienda Pública estatal sino en los casos y forma que determinen las leyes.

Pues bien, tanto la LPEMM, en su primitiva redacción (artículo 71, por remisión del artículo 69.2) y en la derivada de la Ley 62/1997 (artículo 69 ter), como la vigente la Ley 48/2003 (artículo 17.2) han respetado esa exigencia y fijado con absoluta precisión las exenciones del canon en cuestión, entre las que no se encuentra la concesión de un beneficio fiscal como el obtenido por los concesionarios a consecuencia de los acuerdos de continua referencia. Carece de cualquier apoyatura legal la compensación de la subida del canon de ocupación derivada de la nueva valoración de los terrenos (consecuencia de lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 62/1997) con una exención de facto o un valor cero de la cuantía del canon de actividad.

Llegados a este punto, es preciso profundizar en el grado de invalidez tanto del acuerdo de 1 de octubre de 1999 (cuya eficacia se demoró hasta el mes de julio de 2003), como de los acuerdos posteriores de revisión concreta de los cánones, adoptados en los años 2003 y 2004, donde se reconoce la exención o el valor cero (que en la práctica es lo mismo que la exención) del citado canon de actividad como compensación de la revisión al alza del canon de ocupación (consecuencia de la nueva valoración de los terrenos, de acuerdo con la disposición transitoria segunda de la Ley 62/1997).

En el escrito de consulta se habla, como se indica en los antecedentes de este informe, de que los actos en cuestión constituyen actos dictados en materia tributaria y, en particular, sobre aplicación de tributos (artículo 227.2.d) de la LGT/2003), que podrían estar incursos en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 217.1.f) de la LGT/2003.

Pues bien, resulta indudable que el acuerdo de 1 de octubre de 1999, en la parte del mismo que interesa, y, especialmente, los acuerdos singulares de revisión de los cánones adoptados a lo largo de los años 2003 y 2004 son actos dictados en materia tributaria, siendo encuadrables claramente entre los actos de gestión y aplicación de tributos a que se refieren el artículo 1.1.a) del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, de procedimiento económico-administrativo y el artículo 2.a) del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por un lado, y el artículo 226.a) de la LGT/2003, que entró en vigor, con carácter general, el 1 de julio de 2004 (disposición final undécima), por otro lado.

De una forma más concreta, el artículo 38.1.d) del Reglamento Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas de 1996 y el artículo 227.2.d) de la LGT/2003 consideran actos reclamables en la vía económico-administrativa por su claro encaje en la materia de aplicación de los tributos a “los actos que denieguen o reconozcan exenciones, beneficios o incentivos fiscales.” Por si cupiera alguna duda al respecto, en la parte final de los dos acuerdos singulares remitidos se hace constar expresamente que, “contra el presente acto podrá interponerse recurso de reposición en el plazo de QUINCE (15) días contados a partir del día siguiente al de notificación de la presente Resolución, o alternativamente, reclamación económica administrativa ante el Tribunal Regional de Canarias, en el mismo plazo, sin que puedan simultanearse ambos recursos, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 2244/1979, de 7 de septiembre, y Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo”

Una vez razonado que se trata de actos dictados en materia tributaria, es necesario determinar la normativa aplicable a la revisión de oficio de los mismos y ésta no puede ser otra que la contenida en la normativa tributaria, en concreto, en la LGT/ 2003, que entró en vigor el 1 de julio de 2004, como antes se indicó, y su Reglamento de revisión en vía administrativa aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. Sin embargo, en el presente caso, hay que tener en cuenta que una parte de los actos que pueden ser objeto de esa revisión se han dictado o pueden haberse dictado antes de la fecha de la entrada en vigor de la LGT/2003, lo que, en principio, obligaría a tener en cuenta lo dispuesto sobre el particular en la LGT/1963.

Sobre esa base, en opinión de esta Abogacía General del Estado y coincidiendo también con el parecer del Organismo consultante, es preciso señalar que los actos de referencia están incursos en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1.f) de la LGT/2003 que considera como tales a los actos dictados en materia tributaria que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en el supuesto de que se trate de “actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”

Este supuesto de nulidad de pleno derecho fue introducido en la LGT/2003 (artículo 217.1.f), acomodando plenamente la misma a las previsiones sobre el particular del artículo 62 de LRJ-PAC, cuyo apartado 1. f) recoge un supuesto de nulidad de pleno derecho idéntico. Dado que la revisión debería alcanzar también, como se ha dicho, a actos adoptados antes del 1 de julio de 2004, es necesario precisar que para estos actos no hay inconveniente, a pesar de ser

actos tributarios, en tener presente lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC. Aunque la disposición adicional quinta.2 de esta última Ley señala que “la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria (la de 1963, lógicamente) y a las disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma”, sin realizar referencia alguna a la supletoriedad de la LRJ-PAC, lo cierto es que las previsiones de esta última y, en concreto, el elenco completo de casos de nulidad del artículo 62.1 de la LRJ-PAC se ha aplicado en el campo tributario antes de la entrada en vigor de la LGT/2003, conforme al parecer de la doctrina más autorizada.

Las razones que han llevado a la aplicación supletoria, en este aspecto de la LRJ-PAC, son varias.

En primer lugar, cabe entender que deben resultar directamente aplicables todas aquellas normas contenidas en la LRJ-PAC que constituyen el régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1993, sobre el Reglamento de Inspección), entre las que deben entenderse incluidas las normas de carácter sustantivo e incluso aquéllas de carácter procedimental que incorporan principios procesales básicos de la revisión de oficio de actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la supletoriedad en todo caso de la LRJ-PAC, a pesar del silencio del apartado 2 de la disposición adicional quinta de la misma, como así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de junio de 1999, al afirmar que “la aplicación preferente de los procedimientos administrativos en materia tributaria y la previsión legal –disposición adicional quinta– de la Ley 30/1992 acerca de que ‘la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la LGT y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma’ incluso después de su reforma por la Ley 4/1999 antes mencionada, no constituye, como declaró esta Sala en Sentencia de 22 de octubre de 1997, argumento que excluye la aplicación, con carácter supletorio, de los principios generales que sobre los recursos administrativos establece el Título VII de la precitada Ley 30/1992, aparte de que, aun cuando el apartado 2 de la referida disposición no prevé expresamente, como hace su apartado 1, la aplicación subsidiaria de sus propias disposiciones para la revisión en vía administrativa de actos dictados en materia tributaria, sí lo hace el artículo 9.2 de la mencionada Ley General (hoy 7.2 LGT/2003) y se desprende, además, de elementales criterios de lógica jurídica.”

En tercer lugar, no puede desconocerse que la nulidad de pleno derecho a que se refieren esos preceptos gira en torno, y éste es su elemento nuclear, a la falta de requisitos esenciales para la adquisición de un derecho o facultad. Como se indica en el dictamen del Consejo de Estado nº 1979/94, de 1 de diciembre de 1994, y se reitera en el dictamen nº 1537/1999, de 27 de mayo de 1999, “a diferencia de la Ley 30/1992, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no contemplaba esta causa de nulidad radical (se refiere a la del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC). El origen de la introducción de esta causa de nulidad radical puede encontrarse en la doctrina de este Consejo de Estado, que durante la vigencia de la Ley de 1958 entendió en diversos expedientes que la ausencia de presupuestos esenciales para adquirir un derecho es un vicio que determina la nulidad de pleno derecho del acto que lo sufra.” Pues bien, si el propio Consejo de Estado admitió como supuesto de nulidad de pleno derecho los casos de ausencia de presupuestos esenciales para adquirir un derecho durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, siendo así que este texto legal no establecía esa causa de nulidad de pleno derecho, no hay razón alguna para no admitir esa causa de nulidad de pleno derecho antes de la vigencia de la LGT/2003, es decir, durante la vigencia de la LGT/1963 una vez que la LRJ-PAC sancionó como causa de nulidad de pleno derecho el caso de acto de reconocimiento o atribución de un derecho o facultad careciendo de las facultades esenciales para su adquisición. En efecto, admitida por el Consejo de Estado la causa de nulidad de pleno derecho de que aquí se trata durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, esa admisión tuvo por fundamento la grave entidad de la irregularidad jurídica que dicho supuesto entraña. Siendo ello así, no cabe diferenciar entre actos administrativos dictados en materia de Derecho Administrativo (para admitir respecto de estos actos dicha causa de nulidad de pleno derecho) y actos en

materia tributaria (para no admitir respecto de estos actos la repetida causa de nulidad de pleno derecho), cuando estos últimos son también actos administrativos. En definitiva, la causa de nulidad de pleno derecho que sanciona el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC constituye una regla de lo que cabe denominar, en el ámbito del Derecho público, “Derecho Común”, aplicable, por tanto, antes de la entrada en vigor de la LGT/2003; entender lo contrario conduciría a un quebranto de la necesaria coherencia general del sistema español de Derecho público.

Una vez razonada la aplicación de la causa de nulidad de pleno derecho que establece el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC (actualmente recogida en el artículo 217.1.f) de la LGT/2003) a los actos dictados antes del 1 de julio de 2004, procede analizar ya el alcance de ese supuesto de nulidad de pleno derecho.

Para resolver esta cuestión procede ya examinar si los referidos acuerdos incurren en la causa de nulidad de pleno derecho que establece el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC y que actualmente recoge el artículo 217.1.f) de la LGT/2003, preceptos que, como ya se ha dicho, declaran la nulidad de pleno derecho de “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Para ello ha de traerse a colación la doctrina sentada por el Consejo de Estado, entre otros, en los dictámenes nº 6/97, de 17 de abril de 1997; nº 1494/97, de 8 de mayo de 1997; y nº 3380/1998, de 8 de octubre de 1998, que se pronunciaron en los siguientes términos:

- a) “(...) la carencia de tales ‘requisitos esenciales’ debe entenderse concurrente sólo en casos extremos en los que sea patente la ausencia de un presupuesto esencial (por ejemplo, como se ha destacado en alguna ocasión anterior, cuando falta el título de médico para ser nombrado Médico Forense), pero no, en cambio, en aquellos otros casos en los que la controversia deriva de una mera interpretación (con eventuales soluciones razonablemente divergentes) de una norma jurídica” (dictamen 6/97, de 17 de abril de 1997).
- b) “(...) los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o en cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de interpretación estricta por su reconocido carácter excepcional. Podría decirse que dentro de la teoría de la invalidez de los actos de nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general. Esta afirmación es tanto más procedente en supuestos como el recogido en el artículo 62.1, apartado f), que al utilizar una formulación de perfiles poco claros, su interpretación expansiva provocará no sólo una desnaturalización sino también la de la propia configuración del vicio de nulidad radical como categoría jurídica, pues se convertiría en la regla general. De esta manera, no cabría interpretar el artículo 62.1, apartado f) en el sentido de que cualquier acto administrativo que reconozca ilegalmente derechos o facultades a un administrado tiene cabida en el referido precepto legal, pues dicho administrado carecerá en tal caso de los ‘requisitos esenciales’ para su adquisición con el argumento de que se carece de ‘tales requisitos esenciales’ para adquirir algo contrariamente a Derecho” (dictamen 1494/97, de 8 de mayo de 1997).
- c) “(...) Una aplicación en puridad de dicha categoría (la del artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC), de modo que permita darle significado y entidad propia por contraste con los supuestos de anulabilidad (del artículo 63 de la misma Ley 30/1992), postula evitar un entendimiento amplio de los ‘requisitos esenciales’ para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez. En particular, procede recordar –decía el dictamen 1393/98– el criterio riguroso que se viene aplicando para subsumir un caso en el supuesto del artículo 62.1.f), por cuanto una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por su concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendiendo por tal el legalmente exigido) arrancararía la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica, al permitir cuestionar en cualquier momento no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se

hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario” (dictamen 3380/98, de 8 de octubre de 1998).

Aplicando los criterios sentados por el Consejo de Estado en los dictámenes de que se ha hecho mención al supuesto a que se refiere el presente informe, cabe entender, a juicio de este Centro Directivo, que tanto el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 2003 (cuya eficacia quedó demorada hasta el mes de julio de 2003 por las razones expuestas), como los posteriores actos singulares de revisión de los cánones adoptados por la misma, tras la aprobación ministerial de los nuevos valores de los terrenos, a lo largo de los años 2003 y 2004, incurrir en el supuesto de nulidad de pleno derecho que establecen el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC y el artículo 217.1.f) de la LGT/2003, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

Como indica el Consejo de Estado en su dictamen nº 2146/94, de 19 de enero de 1995, la causa de nulidad del referido precepto legal recoge supuestos de actos administrativos que atribuyen derechos con vulneración manifiesta del ordenamiento jurídico, y no cabe duda de que todos esos acuerdos incurrir en una vulneración ostensible y palmaria del ordenamiento jurídico, ya que, a la vista de lo dispuesto en los artículos 69.2, en relación con el 71 de la LPEMM, en su primitiva redacción, 69 ter de la LPEMM, en la redacción de la Ley 62/1997 y 17.2 de la Ley 48/2003, los concesionarios afectados no ostentan derecho alguno a la adquisición, por tiempo indefinido y sin otra limitación temporal, por tanto, que la derivada del plazo de duración de la concesión, de la exención tributaria otorgada a los mismos al socaire de un incremento en los cánones a abonar en concepto de ocupación de terrenos cuando entrase en vigor la nueva valoración.

Como se ha expuesto, sólo la ley puede establecer la exención del canon de actividad y tanto el artículo 69.2 en relación con el 71 de la LPEMM en su primitiva redacción, como el artículo 69 ter de este texto legal en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997 fijaron de forma muy precisa los beneficiarios de la exención, entre los que no se encuentran los concesionarios a los que se refieren los acuerdos de revisión. Resulta indudable, por tanto, que los actos expresos de reconocimiento, a través de la vía de la compensación, de la exención del canon de actividad son contrarios al ordenamiento jurídico y, además, suponen, como siguen señalando los artículos 62.1.f) de la LRJ-PAC y 217.1.f) de la LGT/2003, la adquisición de facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Siendo, pues, la falta o carencia de requisitos esenciales para la adquisición de un derecho o facultad el elemento verdaderamente configurador del supuesto de nulidad radical que sancionan el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC y el artículo 217.1.f) de la LGT/2003, habrá de distinguirse, como hace la propia doctrina del Consejo de Estado (vid., por todos, el dictamen nº 2454/94 y el antes citado dictamen nº 1537/99, de 27 de mayo de 1999), entre “requisitos esenciales” y “requisitos necesarios”; dado que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de derecho o facultad merecen la calificación de esenciales.

Pues bien, no hay duda alguna de que el presupuesto o requisito esencial para la adquisición del derecho a la exención del canon de actividad es la existencia de una ley que reconozca ese derecho a los concesionarios sujetos al pago del canon y, en el presente caso, como se ha expuesto, no existe precepto legal alguno que ampare la exención a su favor, siendo indudablemente la existencia de un precepto legal que reconociese ese derecho un requisito esencial para la adquisición del mismo. En el presente caso, sólo los servicios y organismos mencionados en la ley son acreedores de la exención de ese canon, no pudiendo admitirse, por tanto, la adquisición de ese derecho por parte de personas que carecen de los requisitos esenciales establecidos en la ley para ello ni, por supuesto, la compensación del incremento de un canon (el de ocupación) con la cuantía de otro (el de actividad), cuyo resultado final, como reza el acuerdo, debe ser siempre mayor o igual a cero.

El artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC (artículo 217.1.f) de la LGT/2003) se refiere al caso de facultades o derechos que, siendo susceptibles de adquisición según las normas por que se rigen, son, sin embargo, adquiridos mediante ciertos actos administrativos por quienes no cumplen los requisitos, sean subjetivos u objetivos, establecidos como básicos o esenciales por aquellas normas. Pues bien, siendo éste el supuesto que contempla el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, en este precepto han de quedar comprendidos no sólo los casos de facultades o derechos adquiridos por quienes carecen de los requisitos esenciales para ello, sino también, y a fortiori, los casos de adquisición o atribución por acto administrativo de facultades o derechos que en modo alguno son susceptibles de adquisición, tal y como acontece, en el supuesto a que se refiere el presente informe y como consecuencia de la falta absoluta de previsión legal que permita atribuir o reconocer la exención del canon de actividad a supuestos distintos de los señalados en los preceptos de la LPEMM antes indicados. En efecto, si con arreglo a la doctrina del Consejo de Estado (vid. dictámenes 2047/1997, de 5 de junio de 1997; 5380/1997, de 11 de diciembre de 1997; 4786/98, de 21 de enero de 1999 y 1419/99, de 3 de junio de 1999, entre otros) es un principio básico del Derecho Administrativo español el que reserva la nulidad radical o de pleno derecho de los actos administrativos para las infracciones más graves del ordenamiento jurídico, cabe entender, como se ha dicho, que en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC tiene también encaje el caso de adquisición o atribución de derechos o facultades que en modo alguno son susceptibles de atribución o adquisición, ya que este supuesto entraña una violación o infracción del ordenamiento jurídico de igual o incluso mayor gravedad que la del supuesto a que se refiere el citado precepto, pues igual o mayor entidad tiene, desde el punto de vista de la infracción del ordenamiento jurídico, la (aparente) adquisición, mediante un acto administrativo de atribución o reconocimiento, de un derecho que, con arreglo a las previsiones legales, no es susceptible de adquisición. En realidad, la atribución por acto administrativo de un derecho que no es susceptible de adquisición constituye un supuesto de adquisición aparente del derecho careciendo de los requisitos esenciales para ello, pues el primer y fundamental requisito consiste en que el derecho sea susceptible de adquisición.

Una vez razonada la apreciación de causa de nulidad de pleno derecho en el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, en la parte del mismo que aquí interesa, y en los posteriores acuerdos de atribución singular de la exención del canon de actividad, y teniendo en cuenta que el acuerdo que sirve de base al reconocimiento en cada caso de la exención del canon de actividad es de 1 de octubre de 1999, es preciso hacer referencia a los límites de la revisión de oficio, lo que determina la necesidad de tener presente el contenido del artículo 106 de la LRJ-PAC, fiel trasunto del artículo 112 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y que indudablemente, a pesar de su falta de incorporación a una norma tributaria como es la LGT, resulta aplicable también en este ámbito.

Pues bien, el artículo 106 de la LRJ-PAC dispone que "las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Si bien la revisión de oficio puede acordarse, en los supuestos de nulidad de pleno derecho, en cualquier momento y afectar, por tanto, a actos firmes, al tratarse de la revisión a un acto dictado el 1 de octubre de 1999 pudiera pensarse que el largo tiempo transcurrido desde esa fecha podría suponer, en los términos de ese precepto, un límite temporal a la revisión de oficio de dicho acto haciendo inviable, por tanto, el ejercicio de la misma.

Esta Abogacía General del Estado no es de esa opinión. En los límites al ejercicio de las facultades de revisión está casi siempre presente la seguridad jurídica o, lo que es lo mismo, la improcedencia de dejar sin efecto actos que, dictados en un momento determinado, han surtido ya con plenitud todos sus efectos jurídicos y que no resulta ya admisible revisar.

En este sentido, se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000, en la que se interpreta el alcance del artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administra-

tivo de 1958 del que, como se ha indicado, el actual artículo 106 de la LRJ-PAC es fiel trasunto. En esa sentencia se declara, en lo que ahora importa, lo siguiente:

“La seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando don ello se vulneren las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares (...) como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración”

En el presente caso, como ya se ha expuesto, el acuerdo del Consejo de Administración adoptado el 1 de octubre de 1999 supuso la aprobación de un criterio para la revisión de los cánones respecto de aquellos concesionarios que viesan incrementados los cánones a abonar en concepto de ocupación de terrenos y que únicamente surtirá efecto “cuando entre en vigor la nueva valoración, respecto a los vigentes “:

Esa entrada en vigor no tuvo lugar hasta la aprobación de la nueva valoración de los terrenos por las Órdenes de 24 de abril y 18 de julio de 2003. La eficacia, por tanto, de ese acuerdo de 1 de octubre de 1999 estaba supeditada a la aprobación de los nuevos valores. La aprobación de los nuevos valores en esas fechas propició que, de acuerdo con la disposición transitoria segunda.2 de la Ley 62/1997, se iniciara el proceso de revisión de los cánones de ocupación respectivos y, en definitiva, que comenzara a surtir efectos en aquellas fechas el acuerdo de 1 de octubre de 1999 que, en el fondo, estaba reconociendo la exención del canon de actividad para aquellos concesionarios que vieran incrementados los cánones a abonar en el concepto de ocupación de terrenos como consecuencia de esa aprobación.

Por todo ello, de conformidad con el artículo 57.2 de la LRJ-PAC, el acuerdo en cuestión no surtió efecto hasta el año 2003 y, por consiguiente, no puede decirse que el ejercicio de las facultades revisoras respecto al mismo, por el tiempo transcurrido desde la fecha en que empezó a surtir efectos, en el mes de julio de 2003, resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares (hasta esa fecha los particulares afectados no podían invocar derecho alguno derivado de la existencia de un acuerdo que para su eficacia dependía de la aprobación de los nuevos valores ni, por supuesto, se puede decir que la exención prevista en el mismo surtiera efectos, lo cual, en su caso, no tuvo lugar hasta la revisión singular de sus cánones de ocupación y actividad) o a las leyes.

#### - IV -

Una vez que se ha dado una respuesta afirmativa a la primera de las cuestiones suscitadas por el Organismo consultante, referente a la necesidad de declarar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados por la Autoridad Portuaria de Las Palmas antes de llevar a cabo la adaptación del canon prevista en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, es preciso dar respuesta también a la segunda cuestión suscitada, relativa al procedimiento adecuado para la declaración de nulidad, así como sobre el órgano competente para la incoación, tramitación y resolución del correspondiente procedimiento.

Partiendo de la configuración de los actos de cuya revisión de oficio se trata como actos dictados en materia tributaria, ha de tenerse en cuenta lo establecido en la disposición adicional sexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (LOFAGE) que, bajo la rúbrica de “Revisión de oficio” establece en su apartado 2 que “la revisión de oficio de actos administrativos en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma”.



Puesto que el procedimiento de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho se iniciaría ahora, habrá de estarse a las previsiones del artículo 217 de la LGT/2003 y de los artículos 4, 5 y 6 del Reglamento de revisión en vía administrativa aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo

Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en esos preceptos, el procedimiento de revisión de oficio de esos actos nulos se puede iniciar por acuerdo del órgano que dictó el acto o de su superior jerárquico (artículo 217.2.a) de la LGT/2003). El órgano que ha dictado todos los actos que habrían de ser objeto de revisión es el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, ostentado él la competencia exclusiva para iniciar ese procedimiento, ya que las Autoridades Portuarias desarrollan sus funciones bajo el principio de autonomía funcional y de gestión, sin perjuicio de las facultades atribuidas al Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado, y de las que correspondan a las Comunidades Autónomas (artículo 35.3 de la LPEMM, redacción de la Ley 62/1997), lo que no convierte a los citados Ministerio y entidad pública en “superior jerárquico” de las citadas Autoridades, como lo confirma la circunstancia de que sus actos en materia de exacción y recaudación de tasas agotan la vía administrativa (artículo 35.8 de la LPEMM, añadido por la Ley 48/2003).

El órgano competente para tramitar ese procedimiento, a falta de previsión específica al respecto, debe ser el propio Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

En el procedimiento debe darse audiencia por un plazo de quince días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo, a todos y cada uno de las personas o entidades a las que los actos singulares de revisión del canon reconoció ese derecho a la exención tributaria del mismo, para que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes (artículo 217.4 de la LGT/2003 y 5.3 del Real Decreto 520/2005).

Concluido el trámite de audiencia, el Consejo de Administración formulará la propuesta de resolución dirigida al órgano competente para resolver (artículo 5.4 del Real Decreto 520/2005).

Recibida la propuesta (se entiende por el órgano competente para resolver), debe solicitarse el preceptivo dictamen del Consejo de Estado (artículo 217.4 LGT/2003 y 6.1 y 2 del Real Decreto 520/2005).

Por último, en cuanto al órgano competente para resolver, tanto el artículo 217.5 de la LGT/2003 como el 6.3 del Real Decreto 520/2005, señalan que, en el ámbito de competencias del Estado, la resolución de este procedimiento corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, que podrá delegarla.

Pues bien, aunque en una primera aproximación a esos preceptos pudiera pensarse que la referencia que se hace en los mismos al “ámbito de competencias del Estado” no englobaría a los organismos públicos adscritos o dependientes de alguna forma de él (el artículo 35.3 de la LPEMM, como se ha visto, establece la dependencia de las Autoridades Portuarias respecto al Ministerio de Fomento a través de “Puertos del Estado”), este Centro Directivo entiende que, en el campo tributario, la mención que se hace en el artículo 217.5 de la LGT/2003 y 6.3 del Real Decreto 520/2005 al “ámbito de competencias del Estado” engloba no sólo a la Administración del Estado sino también a los organismos públicos que, de una forma o de otra, están adscritos o dependen de la aludida Administración.

En este sentido, la referencia que se hace en los artículos citados al “Estado” tiene una gran amplitud, incluso es superior a la expresión “Administración General del Estado” contenida, por ejemplo, en el artículo 218.4 de la LGT/2003 para determinar también la competencia del Ministro de Economía y Hacienda para declarar la lesividad de los actos anulables.

Esa expresión –Administración General del Estado–, como se indicó en el informe de este Centro Directivo de 7 de febrero de 2006 (A.G. Entes Públicos 4/06), “.. tiene por finalidad básica diferenciarla, no de los Organismos Públicos adscritos o dependientes de la misma, sino de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, tal y como ocurre, en el ámbito

administrativo general, en el artículo 103 de la Ley 30/1992, relativo a la declaración de lesividad de los actos anulables, y que, en sus apartados 4 y 5, dispone textualmente que ‘si el acto proviniera de la Administración General del Estado del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia’ (...). En consecuencia –añade ese informe– se considera que la locución ‘ámbito de la Administración General del Estado’ empleada en los artículos 218.4 de la Ley General Tributaria y 9.2 del Real Decreto 520/2005 es comprensiva de la Administración del Estado y de los Organismos adscritos o dependientes de ella, entre los que se encuentran las Autoridades Portuarias, correspondiendo, por tanto, la competencia para resolver sobre la declaración de lesividad al Ministro de Economía y Hacienda.”

Pues bien, si, respecto a los supuestos en los que resulta procedente la declaración de lesividad de actos anulables, sobre la base de una expresión más precisa que la contenida en el artículo 217.5 (éste habla de “ámbito de competencias del Estado” frente a la locución “ámbito de la Administración General del Estado” del artículo 218.4), se ha llegado a la conclusión de que debe ser el Ministro de Economía y Hacienda el competente para resolver esa declaración de lesividad, no se ve razón para que, tratándose del grado máximo de invalidez de los actos administrativos y a la vista del tenor de la locución “ámbito de competencias del Estado,” se llegue a una conclusión distinta, por lo que la competencia para resolver sobre la revisión de esos actos nulos de pleno derecho corresponde al Ministro de Economía y Hacienda.

Ahora bien, una cosa es que el órgano competente para declarar nulos esos acuerdos sea el Ministro de Economía y Hacienda y otra muy distinta que necesariamente el titular de ese Departamento ministerial deba ejercer materialmente esa competencia, ya que el artículo 6.3 del Real Decreto 520/2005 admite, como antes se dijo, la delegación.

Ello obliga a analizar la normativa reguladora de la delegación de competencias, comenzando por el artículo 13 de la LRJ-PAC, al que dio nueva redacción la Ley 4/1999, de 13 de enero. Según el apartado 1 de ese artículo, los órganos de las diferentes Administraciones públicas, podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades públicas vinculadas o dependientes de aquéllas. En consecuencia, se admite posibilidad de delegar en órgano no sólo de la misma Administración (delegación orgánica), sino también en las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquélla (delegación intersubjetiva). El apartado 2 del artículo 13 de la LRJ-PAC detalla las competencias indelegables, entre las que no se encuentra la de declarar la nulidad de actos administrativos, exigiendo, en todo caso, el apartado 3 del repetido precepto la publicación de las delegaciones de competencias y su revocación en el Boletín Oficial del Estado.

Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante (apartado 4). Por último, merece destacarse que, según el apartado 5, no constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver un asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

Por su parte, la disposición adicional decimotercera.4 de la LOFAGE dispone lo siguiente:

“Los órganos de la Administración General del Estado podrán delegar el ejercicio de sus competencias propias en los Organismos públicos dependientes, cuando resulte conveniente para alcanzar los fines que tengan asignados y mejorar la eficacia de su gestión.

La delegación deberá ser previamente aprobada por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, o aceptada por este último cuando sea el órgano máximo de dirección del Organismo...”

A la vista del precepto que acaba de transcribirse en lo pertinente, podría admitirse la delegación por parte del Ministro de Economía y Hacienda en otro órgano de la Administración del Estado, siendo especialmente idóneo para ello, el Secretario General de Transportes del Ministerio de Fomento, al que están adscritas las Autoridades Portuarias (artículo 7 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio) que, en el ámbito administrativo general, no tributario, sería el competente para acordar la revisión de oficio de los actos nulos dictados por el máximo órgano rector (el Consejo de Administración) de esos Organismos, de acuerdo con lo prevenido en la disposición adicional decimosexta.1.c) de la LOFAGE.

Por último, es importante recordar que, si se opta por la delegación, es preciso que el acuerdo oportuno se adopte antes de remitir el expediente al Consejo de Estado para su preceptivo dictamen, dando así cumplimiento al artículo 13.5 de la LRJ-PAC que prohíbe la delegación de competencia para resolver un asunto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La adaptación del canon de prestación de servicios al público y desarrollo de actividades comerciales o industriales regulado en los artículos 69.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su primitiva redacción, y 69 bis, en la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, a la regulación contenida en el artículo 28 de la Ley 48/2003 para la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios requiere, en el caso sometido a informe de este Centro Directivo, la previa revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, más concretamente, del punto 2) del mismo, acuerdo que comenzó a surtir efectos definitivos el 18 de julio de 2003, y de los acuerdos posteriores singulares de los años 2003 y 2004 por los que se reconoció la exención del canon por el ejercicio de actividades industriales y comerciales, por ser contrarios a derecho.

**Segunda.-** Los citados acuerdos, en tanto en cuanto reconocen una exención en el canon antes indicado, no prevista en la ley, contraviniendo lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en la Ley General Presupuestaria, están incurso en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que resulta procedente su revisión de oficio en los términos contenidos en este informe.

**Tercera.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y concordantes del Reglamento de revisión en vía administrativa aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, el órgano competente para iniciar y tramitar el procedimiento de revisión de oficio es el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, debiendo tramitarse de conformidad con lo prevenido en los apartados 3 y siguientes del artículo 217 de la citada Ley 58/2003 y artículos 4 y siguientes del Real Decreto 520/2005.

De acuerdo con estos preceptos, la competencia para la resolución del procedimiento corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, si bien el Ministro de Hacienda puede delegar su competencia en otro órgano de la Administración del Estado, siendo el Secretario General de Transportes, del que dependen las Autoridades Portuarias, un órgano especialmente idóneo para esa delegación que, en todo caso, se rige por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 30/1992.

## **108.- Informe sobre el régimen de tramitación medioambiental de una concesión de dominio público portuario para la instalación de una terminal de graneles líquidos.**

### **Resumen**

Consulta sobre el régimen de tramitación ambiental de una concesión del dominio público portuario para la instalación de una terminal de graneles líquidos (betún asfáltico y emulsión). Naturaleza de la evaluación del impacto ambiental (jurisprudencia del Tribunal Constitucional). Inclusión de la referida instalación en el Texto Refundido de la Ley de Impacto Ambiental (R. Decreto Legislativo 1/2008) y en la Ley canaria 11/ 1990 de 13 de julio, de prevención del Impacto Ecológico. Necesidad de previa autorización administrativa de esa industria al amparo del art. 40 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y art. 6 de Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre. Competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias para la autorización sustantiva (industria) y para la declaración de impacto ambiental al estar ligada ésta a aquélla en cuanto a la Administración competente (art. 4 del Texto Refundido de la Ley de Impacto Ambiental). Interpretación de los art. 109,110,5 y 112 de la Ley 48/2003 con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la imposibilidad de considerar el dominio público como título competencial. Imprudencia de considerar competente a la Autoridad Portuaria para la declaración de impacto ambiental; sólo le corresponde comprobar que la instalación es compatible con los usos portuarios.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 5/08

**Fecha:** 11 de junio de 2008

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria respecto de la tramitación ambiental de concesiones en el dominio público portuario, más concretamente, sobre la determinación del órgano sustantivo y ambiental competente en relación con el proyecto básico para la ejecución de una "Terminal de Graneles Líquidos (betún asfáltico y emulsión) en el Puerto de Arinaga (Las Palmas)"; presentado por la entidad "X, S.A." , sobre el que ha solicitado informe a la misma la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) Con fecha 20 de julio de 2007, el Director en funciones de la Autoridad Portuaria de Las Palmas se dirigió a la Dirección de Planificación y Desarrollo Portuario del ente público Puertos del Estado señalando que la empresa "X, S.A." había presentado a la citada Autoridad una solicitud de concesión de ocupación de dominio público portuario en el Puerto de Arinaga, junto con el proyecto básico para la ejecución de una "Terminal de Graneles Líquidos (betún asfáltico y emulsión) en el Puerto de Arinaga (Las Palmas)".

El proyecto básico, según se indica en el antecedente primero de la consulta de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria, contempla como objeto de la obra la ejecución de una planta para la "recepción, almacenamiento y distribución de betún y emulsiones asfálticas".

El citado proyecto, según se indica en el oficio de remisión del Director del Puerto al ente público Puertos del Estado, se encuentra incluido dentro de Anexo I (“Industrias de cualquier tipo, cuando produzcan residuos químicos líquidos que no puedan ser evacuados a través de un alcantarillado”) de la Ley 11/1990, de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico, de la Comunidad Autónoma de Canarias, por lo que debe ser sometido a una evaluación detallada de impacto ecológico.

Al mismo tiempo, el proyecto se encuentra dentro de los establecidos en el Anexo II. Grupo 6 –“Industria química, petroquímica, textil y papelera”–, apartado c) –“Instalaciones para el almacenamiento de productos petroquímicos y químicos”– del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, lo que determina, a su vez, que el proyecto presentado tenga encaje en el Anexo I de dicho Real Decreto Legislativo, añadido mediante la modificación recogida en la disposición final primera de la Ley 9/2006, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, más concretamente, en el Grupo 9 –“Otros proyectos”–, apartado d) –“Todos los proyectos incluidos en el anexo II cuando sea exigida la evaluación de impacto ambiental por la normativa autonómica”–.

A la vista de todo ello, y siendo el órgano ambiental competente el entonces Ministerio de Medio Ambiente, el Director del Puerto, adjuntando una copia de la memoria-resumen del proyecto, se dirigió al ente público Puertos del Estado, con objeto de que diese traslado al citado Departamento ministerial y de que se iniciase el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

2º) El 6 de septiembre de 2007, el Director de Planificación y Dominio Portuario de Puertos del Estado contestó a esa solicitud señalando que “de conformidad con la normativa de evaluación de impacto ambiental, este Organismo considera que el órgano con competencia sustantiva en este aspecto es aquél que, por razón de la materia, ha de dictar la correspondiente resolución administrativa para la realización o autorización de la obra, actividad o instalación de que se trate” y que, si bien el artículo 112.2 de la Ley 48/2003 señala que la Autoridad Portuaria aprueba el proyecto constructivo, éste únicamente completará el proyecto básico que deberá ser aprobado por el órgano sustantivo correspondiente, en este caso la Comunidad Autónoma de Canarias, al estar transferidas las competencias en materia de industria, concluyendo que “en consecuencia, al ser aprobado el proyecto, por razón de la materia (industria), por el Gobierno de Canarias, la evaluación de impacto ambiental de las instalaciones deberá tramitarse ante el órgano ambiental designado por dicha Comunidad Autónoma, no procediendo su tramitación ante el Ministerio de Medio Ambiente.”

3º) La respuesta dada por el ente público Puertos del Estado propició que, el 21 de septiembre de 2007, el Director de la Autoridad Portuaria se dirigiera a la Consejería de Medio Ambiente del Gobierno de Canarias, adjuntando una copia de la memoria-resumen del proyecto con objeto de que se efectuaran las correspondientes tramitaciones y consultas previas y se iniciara, en su caso, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

4º) El 24 de octubre de 2007 se dictó resolución por parte del Viceconsejero de Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Canarias, acordando, por las razones contenidas en sus fundamentos jurídicos, devolver a la Autoridad Portuaria de Las Palmas la documentación presentada por resultar improcedente tramitar el procedimiento de decisión sobre sometimiento a evaluación de impacto ambiental a instancia de tal entidad perteneciente a la Administración General del Estado, debiendo sustanciarse la instrucción a petición del órgano sustantivo competente, que es la Consejería de Industria del Gobierno de Canarias.

5º) El 12 de noviembre de 2007, el Director de la Autoridad Portuaria se dirigió a la Abogacía del Estado en Las Palmas mediante un escrito en el que, después de relatar todos los antecedentes y ante las dudas jurídicas y de procedimiento que suscitó el escrito de

Puertos del Estado y que se han repetido para otras solicitudes de concesiones demaniales recientes (instalación de una planta de biodiesel), se solicitó de dicha Abogacía del Estado que informase acerca de las siguientes cuestiones:

- Determinación, para los distintos promotores que formalicen solicitudes de concesiones demaniales, de los órganos estatales o autonómicos a los que corresponden las competencias sustantivas y ambientales conforme al Real Decreto Legislativo 1302/1986 y a la Ley 48/2003.
- Caso de que la competencia sustantiva y ambiental de los proyectos y actividades a realizar por los peticionarios recayese en órganos de la Comunidad Autónoma, forma de coordinación con el procedimiento administrativo que realiza la Autoridad Portuaria de otorgamiento de concesiones que establecen los artículos 110 y siguientes de la Ley 48/2003.

6º) La Abogacía del Estado consultante evacuó, con fecha 21 de abril de 2008, el informe solicitado. En dicho informe, tras unas amplias consideraciones jurídicas a las que se irá haciendo mención a lo largo del presente informe, y en cuanto a la primera cuestión suscitada, se llega a la conclusión de que, en el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario, el órgano sustantivo es la Autoridad Portuaria y el órgano ambiental el Ministerio de Medio Ambiente, correspondiendo, por tanto, la competencia sustantiva y ambiental a la Administración del Estado, conclusión que hace innecesario entrar en el examen de la segunda cuestión consultada, pues el presupuesto de la misma es que la competencia sustantiva y ambiental recayese en órganos de la Comunidad Autónoma.

No obstante, al considerar de interés general y suscitar dudas las cuestiones planteadas, dado el parecer contrario del ente público Puertos del Estado, la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria formula consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, que aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Con carácter previo al análisis de las cuestiones sometidas a examen de este Centro Directivo, es necesario realizar una serie de consideraciones acerca de la evaluación de impacto ambiental y las diferentes competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre esa materia, eje básico sobre el que gira la determinación de los órganos a los que corresponden las competencias sustantivas y ambientales en relación con el proyecto presentado y otros similares que requieren, además, el otorgamiento de la oportuna concesión en el dominio público portuario regida por lo dispuesto en el Capítulo VI del Título IV de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general.

Pues bien, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, en especial, con su sentencia nº 13/1998, de 22 de enero (fundamento jurídico cuarto), reiterada en la más reciente sentencia nº 101/2006, de 30 de marzo, “la evaluación de impacto ambiental es un instrumento que sirve para preservar los recursos naturales y defender el medio ambiente en los países industrializados...” Añade dicha resolución judicial que “la legislación ofrece a los poderes públicos, de esta forma, un instrumento para cumplir con su deber de cohonestar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente (STC 64/1982, fundamento jurídico 2º). La evaluación del impacto ambiental aparece configurada como una técnica o instrumento de tutela ambiental preventiva –con relación a proyectos de obras y actividades – de ámbito objetivo global o integrador y de naturaleza participativa.”

En la citada sentencia, a la vista del contenido de los artículos 4.1, 20 y 25 del Real Decreto 1131/1988, que aprueba el Reglamento de desarrollo del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de evaluación de impacto ambiental, y del objeto del conflicto planteado ante el Tribunal Constitucional, se dice (fundamento jurídico 7º) que "...la evaluación de impacto ambiental es una técnica transversal, que condiciona (ahora o en el próximo futuro) la práctica totalidad de la actuación estatal que se materializa físicamente, produciendo las consiguientes repercusiones en el territorio y en el medio ambiente de una o varias Comunidades Autónomas;" para continuar declarando que "la evaluación de impacto ambiental no puede caracterizarse, por consiguiente, como ejecución o gestión en materia de medio ambiente. La finalidad, contenido y efecto de la norma básica estatal conduce a que todas las Administraciones públicas valoren el medio ambiente cuando ejercen sus competencias sobre cualquiera de las obras, instalaciones y actividades de su competencia. Muchas de esas obras, instalaciones y actividades forman parte de materias sometidas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía a reglas específicas de reparto de competencias, que son títulos que por su naturaleza y finalidad atraen a la de medio ambiente, cuyo carácter complejo y multidisciplinario afecta a los más variados sectores del ordenamiento (STC 64/1982, fundamento jurídico tercero)". Sobre esa base, el fundamento jurídico octavo considera que "... es conforme con el orden constitucional de competencias que la normativa impugnada confíe la evaluación del impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia, a tenor del bloque de constitucionalidad", así como que "... la Administración estatal ejerce sus propias competencias sustantivas sobre la obra, la instalación o la actividad proyectada, aun cuando preceptivamente deba considerar su impacto medioambiental".

En el fundamento jurídico noveno de ese fallo, el Tribunal Constitucional establece que "cuando la Administración General del Estado ejerce sus competencias sobre el territorio de una Comunidad Autónoma, debe ejercerlas siempre atendiendo a los puntos de vista de ésta (SSTC 56/1986, 103/1989, 149/1991) y cumpliendo el deber de colaboración ínsito a la estructura misma del Estado de las Autonomías", añadiendo que, "... la proyección sobre un mismo medio físico o recurso natural de títulos competenciales distintos a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas impone la colaboración entre ambas Administraciones; colaboración que "resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías, como ha señalado este Tribunal, por relación genérica a supuestos como el que ahora se plantea, en la STC 76/1983. Más aún, este entrecruzamiento de competencias obliga, como queda dicho, a la coordinación entre las Administraciones implicadas (STC 227/1988, fundamento jurídico 20, e)".

Por su parte, el fundamento jurídico décimo de la sentencia de referencia ofrece las claves para el entendimiento del alcance de la competencia medioambiental, al señalar que "este deber, que impide a la Administración estatal aprobar o autorizar ningún proyecto de obra o instalación situada, total o parcialmente, sobre el territorio de la Comunidad Autónoma sin ponderar sus puntos de vista y sin coordinarlo con la actuación llevada a cabo por su Administración pública en ejercicio de sus propias competencias (...) también es predicable de la evaluación de impacto ambiental. La normativa vigente no sólo no niega ese deber de colaboración, sino que ofrece cauce e instrumentos para cumplirlo" y concluye diciendo que "a tenor del orden constitucional de competencias, esa facultad del órgano administrativo de medio ambiente de las Administración autorizante de abrir consultas en la fase inicial de la evaluación medioambiental ofrece un medio adecuado para cumplir su deber de colaboración entre las Administraciones implicadas," agregando, por último, el fundamento jurídico undécimo que "...el orden constitucional de competencias obliga a entender que, entre los informes con los que debe contar la Administración antes de formular la declaración de impacto, se incluyen los que emita la Administración del País Vasco".

Todas estas consideraciones encuentran acomodo, pese a la parquedad de sus preceptos en este punto, en el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986 y que, por todo ello, es declarado por el Alto Tribunal conforme al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias.

## - II -

La primera e importante conclusión que puede extraerse de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional es la conformidad al orden constitucional de competencias de la norma que confía la evaluación de impacto ambiental a la propia Administración que realiza o autoriza el proyecto de una obra, instalación o actividad que se encuentra sujeta a su competencia o, dicho en otros términos, al órgano sustantivo con competencia específica sobre la actividad que haya de realizarse.

En el caso al que se refiere el presente informe, y se entra ya con ello en el examen de la cuestión que ha dado lugar a la consulta, el proyecto presentado se encuentra incluido dentro de Anexo I –“Industrias de cualquier tipo, cuando produzcan residuos químicos líquidos que no puedan ser evacuados a través de un alcantarillado”– de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 11/1990, de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico, por lo que debe ser sometido a evaluación detallada de impacto ecológico, y también, como se ha expuesto, en el Anexo II (posteriormente Anexo I) del Real Decreto Legislativo 1302/1986, tras la modificación introducida en el mismo por la Ley 9/2006 (Grupo 6 –“Industria Química, petroquímica, textil y papelera”–, apartado c) –“Instalaciones para el almacenamiento de productos petroquímicos y químicos”–).

Donde realmente surgen las dudas es en la determinación, a los efectos de la legislación medioambiental, del órgano sustantivo competente para autorizar el proyecto de ejecución de esa planta industrial que, además, pretende ocupar una parte del dominio público portuario mediante el otorgamiento de la oportuna concesión por la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

Pues bien, en esa tarea de determinación de los órganos a los que corresponde la competencia sustantiva y, unida íntimamente a ella, la competencia ambiental, divergen Puertos del Estado y la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria.

Para el ente público Puertos del Estado debe darse prevalencia a la competencia sustantiva sobre la actividad de otras Administraciones Públicas, quedando en segundo plano, por tanto, la cuestión relativa a la ocupación permanente de una parcela del dominio público portuario con el fin de permitir la realización de la obra, cuestión en la que la competencia o función de la Autoridad Portuaria se circunscribiría a la comprobación de que la obra a ejecutar es compatible con los usos de la parcela.

Este planteamiento no es compartido por la Abogacía del Estado consultante que, tomando por base, esencialmente, el tenor literal del artículo 112 de la Ley 48/2003, en relación con lo dispuesto en el reciente Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, y sin perjuicio de la necesidad de buscar fórmulas de colaboración entre las diversas Administraciones actuantes deducidas de la doctrina constitucional antes citada y de lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, entiende que, en el caso de otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario, el órgano sustantivo sería la Autoridad Portuaria, siendo el órgano ambiental competente el Ministerio de Medio Ambiente.

Para comprender el exacto alcance del planteamiento de la Abogacía del Estado consultante, hay que partir de la base de lo dispuesto en los artículos 109, 110.5 y, especialmente, en el artículo 112 de la Ley 48/2003, recogidos textualmente en su informe y de los que, en efecto, se deduce, en primer término, que en el proyecto básico que debe presentar el interesado con su solicitud de concesión deben describirse, entre otros extremos, los posibles efectos medioambientales y, en su caso, acompañarse el estudio de impacto ambiental –artículo 109.c)–, así como que, en aquellos proyectos que, de acuerdo con la legislación vigente, deban someterse a algún tipo de evaluación de impacto ambiental, el informe a emitir por el Director será posterior a la resolución del Ministerio de Medio Ambiente. Por último, el artículo 112.c) establece que, entre las condiciones de otorgamiento de la concesión, deberán figurar, al menos, las condiciones de protección del medio ambiente que, en su caso, procedan, incluyendo las necesarias medidas correctoras y, en caso de que fuera preceptiva, las condiciones o prescripciones establecidas en la correspondiente resolución del Ministerio de Medio Ambiente. El apartado 2 de dicho precepto añade que las obras



se ejecutarán conforme al proyecto de construcción que, en cada caso, se apruebe por la Autoridad Portuaria, que completará el proyecto básico, ajustándose los proyectos de construcción, en lo que respecta a sus exigencias técnicas, contenido, supervisión y replanteo, a las mismas condiciones que las exigidas para las obras de las Autoridades Portuarias.

Pues bien, aunque, como bien dice la Abogacía del Estado consultante, la Ley 48/2003, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional, parece atraer la competencia sustantiva a la ambiental, residenciándola en la misma Administración (Administración del Estado de la que depende la Autoridad Portuaria de Las Palmas a la que correspondería otorgar la concesión, con inclusión de las condiciones o prescripciones establecidas en la correspondiente resolución del Ministerio de Medio Ambiente, así como la aprobación del proyecto constructivo), esta Abogacía General del Estado entiende, por el contrario, en línea con el parecer del ente público Puertos del Estado que, en este caso, la competencia para otorgar la autorización sustantiva y, por extensión, la competencia para la declaración de impacto ambiental, con inclusión de las condiciones o prescripciones oportunas, corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, limitándose la competencia o función de la Autoridad Portuaria a comprobar si la obra que se va a ejecutar es compatible con los usos portuarios.

### - III -

Para justificar en Derecho la anterior conclusión, es preciso dejar claramente sentado que el proyecto para la realización de la obra que ha dado lugar a este informe, consistente en la ejecución de una "Terminal de Graneles Líquidos (betún asfáltico y emulsión)" y, para ser todavía más precisos y según el proyecto básico presentado, la ejecución de una planta para la "recepción, almacenamiento y distribución de betún y emulsiones asfálticas" es uno de los proyectos que deben someterse a la oportuna declaración de impacto ambiental en la forma prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, Texto Refundido de la Ley de Evaluación Ambiental, al consistir en la realización de una obra o instalación comprendida en su Anexo I (artículo 3), más concretamente, en el Grupo 5.c) de dicho Anexo ("Instalaciones para el almacenamiento de productos petroquímicos o químicos con una capacidad de, al menos, 200.000 toneladas"), como ya se apuntaba en el oficio inicial del Director del Puerto, con referencia a idéntica previsión del Real Decreto Legislativo 1302/1986 (Grupo 6.c) de su Anexo II), que se puede hacer extensiva también al supuesto recogido actualmente en el Anexo I, Grupo 9 d): "Todos los proyectos incluidos en el Anexo II cuando sea exigida la evaluación de impacto ambiental por la normativa autonómica," también mencionado, con referencia a la normativa anterior, por el Director de la Autoridad Portuaria en ese oficio inicial.

Por otra parte, como ya se expone en la documentación remitida y en el propio informe de la Abogacía del Estado consultante, la actividad realizada por la empresa se incluye también entre las actividades mencionadas en la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 11/1990, de 13 de julio, de Prevención de Impacto Ecológico, más concretamente, en su Anexo I.14 ("Industrias de cualquier tipo, cuando produzcan residuos químicos líquidos que no puedan ser evacuados a través de un alcantarillado"), estando sujeta, por tanto, a la elaboración de un detallado estudio de impacto ecológico y a la consiguiente declaración de impacto por parte del órgano competente, que deberá preceder, como se expone, a la autorización sustantiva del proyecto, si se considera necesaria.

A la vista de todo lo expuesto, es muy importante, dada la esencial vinculación de la declaración de impacto ambiental a la autorización sustantiva, tener presente lo dispuesto actualmente en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2008 (anteriormente, artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1302/1986) que establece que "a los efectos establecidos en esta ley y, en su caso, en la legislación de las Comunidades Autónomas, el Ministerio de Medio Ambiente será órgano ambiental en relación con los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración General del Estado. Cuando se trate de proyectos distintos a los señalados en el apartado 1, será órgano ambiental el que determine cada Comunidad Autónoma en su respectivo ámbito territorial," fijándose, por tanto, con precisión el órgano al que corresponde otorgar la autorización sustantiva, lo cual permite llegar de forma paulatina al núcleo esencial de la cuestión suscitada.

Pues bien, la actividad a la que se refiere el proyecto objeto de este informe es una actividad sometida a autorización administrativa previa (el artículo 4.2 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, así lo estatuye al exigir dicha autorización “cuando así lo establezca una Ley por razones de interés público”), ya que la instalación correspondiente se encuentra dentro de las establecidas en el artículo 40 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, precepto que exige dicha autorización previa. El artículo 6 del Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, en la redacción dada al mismo por el artículo 1 del Real Decreto 1523/1999, de 1 de octubre, viene, como no podía ser de otra forma, a ratificarlo y desarrollarlo, al disponer lo siguiente:

“Las instalaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de este Reglamento relacionadas con los artículos 39, 40 y 42 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, requerirán autorización administrativa, sin perjuicio, en su caso, de las concesiones administrativas contempladas en la legislación específica (...). Para ello, se presentará en el órgano competente de la correspondiente Comunidad Autónoma un proyecto de la instalación, firmado por técnico titulado competente, en el que se ponga de manifiesto el cumplimiento de las especificaciones exigidas por las instrucciones técnicas complementarias de este Reglamento, así como de las prescritas por las demás disposiciones legales que le afecten”

Es evidente, por tanto, que la instalación a la que se refiere este informe, se encuentra dentro de las establecidas en el artículo 40 de la Ley 34/1998, por lo que es necesaria la autorización sustantiva de la Comunidad Autónoma, más en concreto, de su Consejería de Industria, que actuaría, en este caso, por tanto, como órgano sustantivo, órgano que, previamente, deberá recabar del órgano medioambiental competente de la Comunidad Autónoma la oportuna declaración de impacto ambiental.

#### - IV -

Antes de pasar al estudio de la interrelación existente entre la normativa medioambiental y la normativa propiamente portuaria, reguladora de las concesiones en el dominio público portuario, aunque sea para descartar su aplicación o, por lo menos, resaltar las dificultades prácticas para encajar en su ámbito la concreta actividad que se pretende realizar y que, según el proyecto básico presentado, consiste en la ejecución de una planta para la “recepción, almacenamiento y distribución de betún y emulsiones asfálticas;” es conveniente hacer referencia a la posible aplicación al caso de que aquí se trata de las previsiones contenidas en la Ley 16/2002.

La Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación descansa fundamentalmente en la autorización ambiental integrada. La autorización ambiental integrada, como indica el apartado 5 de la Exposición de Motivos de dicho texto legal, es una nueva técnica (de competencia de la correspondiente Comunidad Autónoma) de intervención ambiental que se crea para la protección del medio ambiente en su conjunto y que sustituye a las autorizaciones ambientales existentes hasta el momento, circunstancia que le atribuye un valor añadido, en beneficio de los particulares, por su condición de mecanismo de simplificación administrativa. La parte dispositiva de la Ley es mucho más explícita todavía en la determinación de la finalidad perseguida por la autorización ambiental integrada, estableciendo su artículo 11.1.a) que la finalidad de la misma, entre otras, es “establecer todas aquellas condiciones que garanticen el cumplimiento del objeto de esta Ley por parte de las instalaciones sometidas a la misma, a través de un procedimiento que asegure la coordinación de las distintas Administraciones Públicas que deben intervenir en la concesión de dicha autorización para agilizar trámites y reducir las cargas administrativas de los particulares”

Ahora bien, para que se puedan aplicar las previsiones de la Ley 16/2002, cuya vigencia ha quedado ratificada tras la aprobación del vigente Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero (se puede ver en este sentido su disposición derogatoria única y el artículo 9.1, segundo párrafo, de la misma, relativo al trámite de información pública), es preciso que la actividad industrial que pretende desarrollarse

en la zona portuaria encaje en alguna de las actividades industriales incluidas en las categorías enumeradas en el Anejo I (al margen de la inclusión, antes dicha, de la misma en el Anexo I de la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 11/1990, de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico, por lo que debe ser sometido a una evaluación detallada de impacto ecológico, así como en el Anexo II, posteriormente I, del Real Decreto Legislativo 1302/1986, vigente cuando se presentó la solicitud).

Pues bien, la actividad en cuestión, consistente en la “recepción, almacenamiento y distribución de betún y emulsiones asfálticas” no tiene encaje en el Anejo I de la Ley 16/2002. En efecto, aunque genéricamente la actividad se encuadra en el apartado 4 “Industrias químicas” de dicho Anejo I, las concretas actividades que allí se enumeran se refieren a la fabricación de determinados productos, entre los que podría contarse el betún asfáltico. Se habla, en este sentido, de la fabricación a escala industrial, mediante transformación química de los productos o grupos de productos mencionados en los epígrafes 4.1 a 4.6, pudiendo encajar la fabricación de ese producto en el epígrafe 4.1.a), es decir, “Instalaciones químicas para la fabricación de productos químicos orgánicos de base, en particular: a) Hidrocarburos simples (lineales o cíclicos, saturados o insaturados, alifáticos o aromáticos)”.

Ahora bien, según el proyecto presentado, no se trata de fabricar ese producto, lo que determinaría su encaje en el Anejo I del repetido texto legal y, por tanto, en el ámbito de aplicación del mismo, sino simplemente de su recepción, almacenamiento y distribución, lo que es una actividad distinta. Ello determina que no pueda encuadrarse esa actividad en el ámbito de esa Ley ni, por tanto, que la Comunidad Autónoma, en principio, tenga obligación de seguir los trámites previstos en la misma hasta dictar la llamada autorización ambiental integrada, que precedería a la autorización sustantiva.

### - V -

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que, en el proyecto de referencia, el órgano sustantivo propiamente dicho no es otro que el órgano de la Comunidad Autónoma de Canarias al que corresponde autorizar la obra, instalación o actividad que pretende desarrollarse en la zona portuaria, correspondiendo igualmente la evaluación de impacto ambiental al órgano competente medioambiental de la propia Comunidad Autónoma, es preciso ya determinar el exacto juego de los preceptos que la Ley 48/2003 dedica al otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario, ya que, como se ha expuesto, la Abogacía del Estado consultante, a la vista de lo dispuesto en los artículos 109, 110.5 y, especialmente, en el artículo 112, apartados 1.c) y 2 –precepto en el que se contiene una referencia precisa al Ministerio de Medio Ambiente–, entiende que cuando se trate del otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario el órgano sustantivo es la Autoridad Portuaria y el órgano ambiental el Ministerio de Medio Ambiente.

En este sentido, el artículo 6 del antes citado Real Decreto 2085/1994, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1523/1999, desarrollando la Ley 34/1998, relativo a la autorización administrativa de carácter sustantivo es más explícito, si cabe, cuando, como se ha visto, señala que las instalaciones comprendidas en el artículo 40 de la Ley 34/1998 requerirán autorización administrativa, “sin perjuicio, en su caso, de las concesiones administrativas contempladas en la legislación específica (...)”, donde tienen acomodo las concesiones para la ocupación del dominio público portuario.

De lo expuesto queda claro que una cosa es la necesidad de una autorización sustantiva para la instalación de la industria (autorización sustantiva que viene precedida de la oportuna declaración de impacto ambiental, otorgadas ambas por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma) y otra distinta la necesidad del otorgamiento de la oportuna concesión de dominio público portuario donde se pretende ubicar la instalación de referencia y que, en un orden lógico, debe recabarse de la respectiva Autoridad Portuaria, encargada de la gestión de dicho dominio

público, de titularidad del Estado, una vez que se disponga de la autorización sustantiva y de la declaración de impacto ambiental.

El problema surge al intentar cohesionar las referencias precisas que se hacen en los artículos 109, 110 y 112 de la Ley 48/2003, al Ministerio de Medio Ambiente (hoy Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino), como órgano al que corresponde realizar la declaración de impacto ambiental, estableciendo las condiciones o prescripciones necesarias que se incluirán entre las condiciones de otorgamiento de la concesión y que precede al informe del Director de la Autoridad Portuaria, así como la atribución de la competencia para la aprobación del proyecto constructivo a la misma Autoridad Portuaria, con las previsiones antes expuestas contenidas en la normativa general en materia medioambiental.

Pues bien, en opinión de este Centro Directivo, las referencias que se hacen en los preceptos citados al Ministerio de Medio Ambiente, como órgano al que corresponde adoptar la resolución medioambiental en el seno del procedimiento seguido para el otorgamiento de la oportuna concesión de ocupación del dominio público portuario, no pueden determinar la atribución a la Autoridad Portuaria, a quien corresponde otorgar esa concesión, del carácter de órgano sustantivo, ya que, en primer término, el dominio público portuario, titularidad del Estado y sobre el que la Autoridad Portuaria ejerce sus facultades gestoras, no es un título competencial específico que pueda entrar en colisión con otros que constitucionalmente sí lo son, como es el caso de la industria y de la protección del medio ambiente.

En efecto, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (en este sentido las sentencias nos 77/1984, 227/1988, 103/1989, 149/1991 y 36/1994, entre otras) que “la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio como ya ha declarado este Tribunal (STC 113/1983). Esa concurrencia es posible cuando recayendo sobre el mismo espacio físico las competencias concurrentes tienen distinto objeto jurídico (...). La competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto (...). A la posible concurrencia de competencias en el recinto portuario no obsta el hecho de que la zona de servicio del puerto sea un bien de dominio público estatal, pues (...) aparte de que la condición de dominio público no es criterio utilizado en nuestra Constitución ni en el Estatuto de Autonomía del País Vasco (por citar el único que aquí interesa) para delimitar competencias, lo cierto es que el concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos entes públicos que las ostenten. Por último, se indica que, “la inclusión de los puertos en los términos municipales (incluyendo la zona marítimo terrestre) supone ... que en su ámbito pueden ejercer sus competencias tanto los Ayuntamientos como la Administración del Estado, consecuencia que hay que aplicar asimismo a las Comunidades Autónomas” (fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia nº 77/1984, de 3 de julio).

Por tanto, una interpretación literal de los artículos 109, 110 y 112 de la Ley 48/2003 entraría en contradicción con la clara atribución a las Comunidades Autónomas, en los términos expuestos, de la competencia primigenia para otorgar tanto la autorización sustantiva como para formular la declaración de impacto ambiental en materia de industria, lo que no es posible desconocer.

La referencia que se hace en esos preceptos al Ministerio de Medio Ambiente únicamente tendría sentido para aquellos casos en los que el proyecto correspondiente deba ser autorizado por la Administración General del Estado (así ha quedado plasmado en el artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2008), y ello sin perjuicio de que, entre los informes que precedan a esa declaración de impacto ambiental de la Administración del Estado se encuentre el emitido por la Comunidad Autónoma. Por el contrario, cuando, como aquí ocurre, el proyecto de instalación de la industria debe ser autorizado previamente por la Comunidad Autónoma, el órgano ambiental competente no puede ser otro que el de la propia Comunidad Autónoma, de acuerdo con el artículo 4.2, debiendo, por ende, entenderse sustituida la referencia exclusiva

que se hace en esos preceptos de la Ley 48/2003 al Ministerio de Medio Ambiente por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Siendo ello así, la función que correspondería a la Autoridad Portuaria en todo este proceso no puede ser, como se ha expuesto, la de órgano sustantivo en los términos previstos en la legislación medioambiental, función que viene atribuida a la Comunidad Autónoma (que tendrá presente en la autorización sustantiva que otorgue, en su caso, la declaración de impacto ambiental acordada también por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, de acuerdo, esencialmente, con su Ley específica –en este caso el artículo 30 de la Ley canaria 11/1990, de 13 de julio, de Prevención de Impacto Ecológico–), sino la función de comprobar si la instalación que se va a erigir en el dominio público portuario y para la que se pide la correspondiente concesión de ocupación es compatible o no con los usos del dominio público portuario, pudiendo, por supuesto, incluir entre las condiciones de esa concesión, las establecidas en la oportuna declaración de impacto ambiental otorgada por la Comunidad Autónoma y que habrá precedido a la autorización sustantiva para la realización del proyecto que corresponde también otorgar a la propia Comunidad Autónoma.

La incorporación de esas condiciones a la resolución concesional, respondiendo de esta forma a la segunda cuestión planteada en la solicitud de informe por el Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, aparte de una hipotética solicitud de informe por parte de la Comunidad Autónoma a esa Autoridad Portuaria, en razón de la ubicación de industria en la zona de dominio público portuario, dentro del procedimiento seguido para otorgar la declaración de impacto ambiental, debe ser la forma de coordinar el procedimiento seguido ante los órganos de esa Comunidad y el que realiza la Autoridad Portuaria para el otorgamiento de la concesión de acuerdo con los artículos 110 y siguientes de la Ley 48/2003.

La anterior conclusión no queda desvirtuada, por último, por la atribución que se hace en el artículo 112.2 de la Ley 48/2003 a la Autoridad Portuaria de la competencia para la aprobación del proyecto constructivo previsto en la parcela, que tampoco es decisiva por sí sola para la atribución del carácter de órgano sustantivo, en los términos expuestos, a la citada Autoridad, ya que esta entidad debe moverse, en la decisión que adopte al respecto, dentro de los usos permitidos en la parcela por el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La competencia para el otorgamiento de la autorización sustantiva, previa y necesaria para la puesta en funcionamiento de la instalación objeto de este informe, de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en relación con el artículo 6 del Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 1523/1999, de 1 de octubre y, por extensión, la competencia para la declaración de impacto ambiental, con inclusión de las condiciones o prescripciones oportunas, corresponde a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de Canarias, sin que a ello obste que la instalación industrial indicada requiera el otorgamiento de una concesión sobre el dominio público portuario, de acuerdo con la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general.

**Segunda.-** La Autoridad Portuaria de Las Palmas, competente para el otorgamiento de la concesión demanial de acuerdo con la Ley 48/2003, al margen de la posible emisión, si se solicitase por la Comunidad Autónoma, de un informe en el procedimiento seguido por dicha Comunidad para la formulación de la declaración de impacto ambiental, deberá comprobar si la obra que se va a ejecutar es compatible con los usos portuarios, incorporando, en todo caso, en el condicionado de la resolución concesional que dicte, las condiciones o prescripciones establecidas en la correspondiente resolución medioambiental de la Comunidad Autónoma.

## **109.- Informe sobre la solución que debe darse al supuesto de una concesión portuaria por 30 años en la que, por causa no imputable al mismo, el concesionario no ha podido ejercer su derecho concesional durante los 10 primeros años.**

### **Resumen**

Consulta sobre la solución que deba darse al supuesto de una concesión sobre el dominio público portuario para la construcción de un puerto deportivo otorgada por plazo de 30 años y en la que por causa no imputable al concesionario (remodelación de toda la zona de servicio del puerto) éste no ha podido ejercer su derecho concesional durante los 10 primeros años de duración de la concesión. Análisis del artículo 107 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre: dificultades de la aplicación de este precepto al caso planteado; soluciones que se proponen: 1) excepcionar los límites temporales de dicho precepto legal; y 2) otorgar una nueva concesión por 30 años contados desde la fecha en que se notifique al concesionario el otorgamiento de esta nueva concesión.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 9/08

**Fecha:** 14 de julio de 2008

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, al amparo del artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Santa Cruz de Tenerife acerca del escrito presentado el 6 de febrero de 2006, ampliado por otro presentado el 8 de junio siguiente, por el representante de la compañía "X, S.A.", titular de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un puerto deportivo en la Dársena de los Llanos del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, instando la revisión de la concesión.

La consulta viene acompañada del preceptivo proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado consultante en contestación a la solicitud cursada al efecto por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife que toma por base los escritos anteriores de la empresa, así como los Pliegos de Bases y Cláusulas Particulares para la adjudicación por concurso de la concesión y Pliego de Cláusulas de Explotación para la concesión de la construcción y explotación de un puerto deportivo en la Dársena de los Llanos.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) Tal y como se detalla en el proyecto de informe dirigido al Presidente de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, la consulta realizada por el mismo a la Abogacía del Estado en dicha provincia y que tuvo entrada en ella el 3 de junio de 2008, se refiere a dos concretos extremos. En primer lugar, a la viabilidad de la pretensión formulada por la empresa en el apartado segundo del suplico de su escrito de fecha 6 de febrero de 2006, relativa al cómputo del plazo concesional que, a su entender, debe comenzar en la fecha en que se autorice formal y expresamente a la concesionaria la ejecución de las obras correspondientes a los proyectos de edificación, y, en segundo lugar y contenida en el apartado segundo letra a) del suplico del escrito de 8 de junio de 2006, la relativa a la viabilidad de la pretensión de ampliación de la concesión, en el aspecto concerniente

al incremento de los usos edificatorios, sin necesidad de convocar un concurso para el otorgamiento de una nueva concesión administrativa, habida cuenta de que los derechos edificatorios recogidos en el título de la concesión administrativa otorgada suponen una superficie de 625 m<sup>2</sup> y que de la ordenación contemplada en el Plan Especial del Muelle de Enlace del Puerto de Santa Cruz de Tenerife aprobado el 20 de enero de 2006, resulta una superficie edificable de 15.871 m<sup>2</sup>.

- 2º) En el proyecto de informe remitido se indica que ambas cuestiones deben analizarse en el marco de la revisión de la concesión, regulada en el artículo 114 de la Ley 48/2003. Sobre esa base, la Abogacía del Estado consultante entiende que el aumento de los usos edificatorios aprobado con posterioridad al otorgamiento de la concesión y su viabilidad, sin necesidad de un nuevo concurso, se encuentra amparado en el artículo 113 de la Ley 48/2003, y en cuanto al cómputo del plazo de la concesión, entiende que no existe ningún impedimento a que en la resolución sobre la revisión se fije un nuevo plazo concesional de acuerdo con el artículo 107 de esa misma Ley, que permite, incluso, en determinados casos, su prórroga más allá del plazo máximo legal. En cuanto al procedimiento, a la vista de que se trata de una modificación sustancial de la concesión originaria, habrá de estarse a lo dispuesto en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de acuerdo con lo establecido en el artículo 114.2 de la misma.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

De la documentación que acompaña a la consulta formulada se deduce que, en efecto, la compañía "X, S.A." es titular de una concesión administrativa para la construcción y explotación de un puerto deportivo en la dársena de Los Llanos del puerto de Santa Cruz de Tenerife, en virtud de adjudicación, previo concurso público, conferida por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 16 de mayo de 1997.

Según el Pliego de Bases y Cláusulas Administrativas Particulares para la adjudicación de la misma, "la concesión se otorga por un plazo máximo de treinta años. Al finalizar este plazo la concesión quedará extinguida de pleno derecho" (cláusula tercera), añadiendo la cláusula 2ª del Pliego de Cláusulas de Explotación que, el cómputo de ese plazo se iniciará al día siguiente de la fecha de notificación al concesionario del otorgamiento de la concesión.

Pues bien, tal y como ya adelantaba la Abogacía del Estado consultante en el correo previo a la remisión del proyecto de informe y se refleja igualmente en los escritos presentados por el concesionario, tras el otorgamiento de la concesión en la aludida fecha e incluso antes del acta de replanteo (febrero de 1998), la propia Autoridad Portuaria decidió remodelar toda la zona, convocándose un concurso internacional de ideas para la ordenación del muelle; además, el planeamiento en vigor impedía una edificabilidad superior a 1,65 metros. A principios de 2006, se aprobó finalmente el Plan Especial del Puerto, debiendo aprobarse los proyectos de desarrollo.

Por todas esas razones, y como reconoce la propia Autoridad Portuaria, durante todos estos años no se ha podido desarrollar efectivamente la concesión, si bien el concesionario, que ha pagado puntualmente los cánones de ocupación desde el otorgamiento de aquélla, a lo largo de ese dilatado periodo de tiempo ha presentado numerosos escritos intentando avanzar en la solución del problema planteado, a los que, en muchos casos, no se ha dado respuesta alguna. Dos de ellos, quizá los más significativos, son los de 6 de febrero y 8 de junio de 2006, que se encuentran entre la documentación remitida y que han dado pie a la petición de informe de la Autoridad Portuaria sobre los extremos antes indicados en los antecedentes de este informe.

Pues bien, llegados a este punto, se adelanta ya que esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado comparte en general el parecer de la Abogacía del Estado consultante, plasmado en su proyecto de informe, en el sentido de considerar que la problemática suscitada debe encauzarse a través de la revisión de la concesión, tal y como seguidamente se expone.

- II -

En efecto, el artículo 114 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, dentro de la Sección relativa a las “Disposiciones aplicables a las concesiones”, regula la revisión de las concesiones disponiendo textualmente lo que sigue:

“1. La Autoridad Portuaria revisará las condiciones de una concesión, modificándolas de oficio o a instancia de parte, cuando se den las siguientes circunstancias:

- a) Cuando se hayan alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento, de tal forma que las circunstancias objetivas que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión hayan variado de modo que no sea posible alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión.
- b) En caso de fuerza mayor.
- c) Cuando lo exija su adecuación al plan de utilización de los espacios portuarios o al plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto.
- d) Cuando lo exija su adecuación a las obras o a la ordenación de terminales previstas en el Plan Director.

En los dos últimos supuestos, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, que se calculará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124.6 de esta Ley. En el supuesto de que la revisión suponga una modificación de la ubicación de la concesión, deberán abonarse, además, los gastos que origine el traslado.

Cuando la revisión de la concesión determine la reducción de la superficie otorgada, se tramitará como un rescate parcial de la concesión. Asimismo, cuando la revisión de la concesión determine que la continuidad de la explotación de la misma resulte antieconómica, el titular podrá solicitar el rescate total de la concesión.

2.- El procedimiento será el que corresponda, según que la modificación sea o no sustancial “

De los antecedentes expuestos con anterioridad se deduce fácilmente la concurrencia en el supuesto a que se refiere el presente informe de las circunstancias reseñadas en los apartados a) y c) del artículo 114. El propio concesionario, en el antes citado escrito de 8 de junio de 2006, solicitó, en primer término, la revisión de la concesión otorgada por la necesidad de adaptar la misma a la nueva planificación portuaria y al cambio de ubicación que se ha de operar por la aplicación de la ordenación urbanística, según el Plan Especial Portuario aprobado. Como consecuencia de esos cambios, solicitó, al mismo tiempo, la ampliación de la concesión y la prórroga del plazo de la misma en quince años adicionales, así como que ese plazo se computase a partir de que la peticionaria obtenga la plena disposición de los espacios concesionales y los proyectos estén en condiciones de ser física y administrativamente ejecutados.

Siendo ello así, lo que hay que hacer es iniciar, a la mayor brevedad posible, el procedimiento de revisión de la concesión, para modificar la misma, procedimiento que, como reza el apartado 1 del artículo 114, puede iniciarse de oficio o a instancia de parte. En dicho procedimiento deberá valorarse igualmente el aumento de los usos edificatorios previstos en la concesión inicial a consecuencia del nuevo planeamiento y que, como bien se indica de nuevo en el proyecto de informe, constituye una modificación sustancial de la concesión.



En efecto, el artículo 113.2 de la Ley 48/2003 considera, en su apartado c), modificación sustancial la “ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 por 100”, sin establecer límite máximo alguno, lo cual tiene especial importancia en este caso en el que se supera con mucho el volumen de edificación permitido en la concesión inicial. En consecuencia, resulta obvio que la modificación relativa al aumento de usos edificatorios, cuando supere el 10 por 100, sin límite máximo, tiene la consideración de modificación sustancial, a los efectos de determinar el procedimiento que deba seguirse, a lo que se hará referencia más adelante.

Aunque no se consulte expresamente, debería darse respuesta expresa, apreciando o no, en su caso, la existencia de una modificación sustancial de la concesión, a la segunda de las pretensiones contenidas en el escrito de la concesionaria de 8 de junio de 2006, relativa a la posible ampliación de la superficie o al cambio de ubicación de la aquélla, teniendo en cuenta lo dispuesto sobre el particular en el artículo 113.2, apartados b) y e), de la Ley 48/2003.

- III -

Por lo que se refiere al cómputo del plazo de la concesión, la solución a esta cuestión por vía de la revisión de la concesión tropieza con las dificultades que derivan de que el régimen dispuesto por el artículo 107 de la Ley 48/2003 no se acomoda a las especiales circunstancias concurrentes del caso a que se refiere el presente informe, cuales son que el concesionario, por causa no imputable al mismo y sí a la Autoridad Portuaria, se ha visto impedido de ejercer su derecho de concesión durante los diez primeros años de los treinta por los que se le otorgó el derecho.

Tras establecer el artículo 107.1 de la Ley 48/2003 que el plazo de las concesiones no puede ser superior a 35 años, el apartado 2 de dicho precepto distingue los siguientes supuestos en punto a la prórroga del plazo concesional:

- 1) Que en el título concesional se haya previsto la posibilidad de prórroga. En este primer caso existe el límite de que la suma del plazo inicial y la del plazo de prórroga no puede exceder de 35 años.
- 2) Que en el título concesional no se haya previsto la posibilidad de prórroga. En este segundo caso es necesario que el concesionario lleve a cabo una inversión relevante no prevista en la concesión y que sea de interés para la explotación portuaria (superior al 20% del valor actualizado de la inversión prevista en el título concesional); partiendo de esta exigencia, la suma del plazo inicial mas el plazo de la prórroga no puede ser superior a 35 años.
- 3) Con carácter excepcional se admite la posibilidad de prórroga en la que sumando el plazo inicial y el plazo de la prórroga se supere el límite de 35 años cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que la concesión sea de interés estratégico o relevante para el puerto; b) informe vinculante de Puertos del Estado; y c) que el concesionario efectúe una inversión adicional en los términos indicados en el supuesto anterior.

Expuesto el régimen de prórrogas de las concesiones portuarias, este régimen no se acomoda, atendidos sus presupuestos fácticos de que se ha hecho mención, al caso al que se refiere el presente informe, tal y como seguidamente se indica.

Puesto que la concesión, una vez otorgada, confiere al concesionario un derecho administrativo de carácter real, oponible frente a terceros y frente a la propia Administración que lo otorgó, incorporándose a su patrimonio, el concesionario tiene derecho a que se le respete y mantenga la concesión en los mismos términos en los que le fue otorgada y, por tanto, durante el plazo por el que se le confirió la concesión, salvo que se proceda a su rescate, lo que exige la concurrencia de una razón de interés público y la oportuna indemnización al concesionario (artículo 124 de la Ley 48/2003). Así las cosas, y puesto que en el caso a que se refiere el presente informe el concesionario se vio impedido, por causa no

imputable al mismo y sí a la Autoridad Portuaria, de ejercer su derecho concesional durante un plazo de 10 años de los 30 por los que se le otorgó la concesión, lógico y justo es que se le reponga en la misma situación jurídica que resulta del derecho que se le concedió, esto es, que se le reconozca el ejercicio efectivo de su derecho por 30 años, lo que exige que la concesión se prorrogue hasta 40 años: el plazo inicial de 30 años tendría que ampliarse en 10 años más, dado que, como se ha dicho, de ese plazo inicial de 30 años no pudo ejercer su derecho durante 10 y, además, por causa no imputable al mismo. Pues bien, es justamente aquí donde surge la dificultad, puesto que en los supuestos recogidos en las letras a) y b) del apartado 2 del artículo 107 de la Ley 48/2003 la suma del plazo inicial y del plazo de prórroga no puede superar 35 años. Por otra parte, y por lo que respecta al supuesto del apartado 2.c) de dicho precepto legal, si bien este supuesto admite un plazo superior a 35 años (sumado el plazo inicial y el plazo de la prórroga), es lo cierto que ello se supedita al cumplimiento de los requisitos indicados, requisitos que no tienen por qué exigirse en el caso de que se trata al concesionario, pues, se insiste, no fue por causa imputable a él, sino a la Autoridad Portuaria, a lo que se debió que aquél no pudiera ejercer su derecho durante diez años.

Ante esta situación, considera este Centro Directivo que la singularidad del supuesto examinado justifica que se prescinda de las reglas del artículo 107, apartados 2.a), b) y c), y ello en razón de que estas normas están pensadas y establecidas para el supuesto que puede calificarse de normal u ordinario, en el sentido de que el concesionario haya podido ejercer plena y perfectamente su derecho durante el período establecido en el título concesional y, partiendo de ello, pueda ser necesaria o conveniente la prórroga de la concesión, pero no para el supuesto verdaderamente singular o anómalo en el que el concesionario se ve impedido de ejercitar su derecho por causa no imputable al mismo, sino por causa imputable a la Autoridad Portuaria, desplazándose la responsabilidad de aquél a esta última.

En suma, y a modo de conclusión de lo dicho, entiende este Centro Directivo que la compensación al concesionario por la imposibilidad de ejercer su derecho durante los 10 primeros años de los 30 por los que se le otorgó la concesión puede instrumentarse de las dos siguientes formas:

- 1ª) Excepcionando, en cuanto a sus límites temporales, las reglas del artículo 107 de la Ley 48/2003 que, se insiste, no han podido tener en cuenta un supuesto como el que aquí se examina y permitiendo que se prorrogue la concesión en términos tales que a los 30 años previstos en el título se le añadan 10 más (compensando así los 10 años en que el concesionario estuvo impedido de ejercer su derecho).
- 2ª) Otorgando una nueva concesión por 30 años contados desde la fecha en que se notifique al concesionario el otorgamiento de esta nueva concesión.

#### - IV -

Por último, en cuanto al procedimiento a seguir para la revisión de la concesión, de nuevo es preciso volver al artículo 114.2 de la Ley 48/2003, según el cual “el procedimiento será el que corresponda, según que la modificación sea o no sustancial”

Siendo obvio que la modificación introducida en la concesión tiene carácter sustancial, bastando de nuevo con tener presente lo dispuesto en el artículo 113.2 de la Ley 48/2003, en especial su apartado c), por ser objeto especial de la consulta, es preciso tener presente el apartado 1 de ese mismo artículo que, después de señalar que la Autoridad Portuaria podrá autorizar a solicitud del interesado modificaciones de las condiciones de una concesión, añade literalmente, por lo que en este momento importa, que “cuando una modificación sea sustancial, la solicitud deberá tramitarse de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de esta Ley”.

Los apartados 2 y siguientes del artículo 110 establecen un procedimiento detallado que habrá de seguirse, siendo de destacar que el citado artículo 113.2 de la Ley, al remitirse a los apartados 2 y siguientes del precepto primeramente citado, intencionadamente ha excluido del régimen jurídico de esa modificación al apartado 1 del artículo 110, donde se establece, con carácter general, el trámite de competencia de proyectos, aplicable sólo, por tanto, para el otorgamiento ab initio de una concesión, pero no para las modificaciones sustanciales de la misma que tengan encaje, como ocurre con ésta, en alguno de los supuestos del artículo 113.2, especialmente, la relativa a la ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 por 100 (apartado c)), sin límite superior.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Las dos cuestiones objeto de consulta por parte de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife a la Abogacía del Estado en esa provincia, relacionadas con la concesión administrativa para la construcción y explotación de un puerto deportivo en la dársena de Los Llanos del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, otorgada a la empresa “X, S.A.” y referentes a la modificación del cómputo del plazo de la concesión administrativa y a su ampliación en el aspecto concerniente al incremento de los usos edificatorios, tienen su adecuado cauce en la revisión de la concesión regulada en el artículo 114 de la Ley 48/2003.

**Segunda.-** La ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 por 100, constituye un supuesto de modificación sustancial de la concesión de acuerdo con lo dispuesto artículo 113.2. c) de la Ley 48/2003, lo cual debe tenerse presente en el procedimiento de revisión de la misma.

**Tercera.-** En cuanto al plazo de la concesión, deberían tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico III del presente informe.

**Cuarta.-** De acuerdo con el artículo 114.2 en relación con el 113.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, el procedimiento de revisión de la concesión, dado que la modificación introducida en la misma tiene carácter sustancial, será el previsto en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de dicho texto legal, sin necesidad, por tanto, de someter la misma al trámite de competencia de proyectos, previsto sólo para el otorgamiento ab initio de una concesión.

## **110.- Informe sobre la procedencia de declarar la caducidad de una concesión de dominio público portuario otorgada a favor de una sociedad participada al 50% por un Ayuntamiento y una Autoridad Portuaria**

### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de declarar la caducidad de una concesión de dominio público portuario otorgada a favor de una sociedad (participada al 50% por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife) que cedió en arrendamiento la misma sin obtener autorización expresa de la Autoridad Portuaria. Posibilidad de entender concedida la autorización por acto tácito de la Autoridad Portuaria que durante mucho tiempo tuvo conocimiento de esa circunstancia sin haber incoado procedimiento alguno (el Presidente y Director de la Autoridad Portuaria eran miembros del Consejo de Administración de la sociedad concesionaria que aprobó el contrato de arrendamiento); doctrina del Consejo de Estado sobre este extremo. Procedencia de admitir, en caso de entenderse que no hubo autorización tácita, la rehabilitación de la concesión.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 22/08

**Fecha:** 5 de diciembre de 2008

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, al amparo del artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio la consulta de la Abogacía del Estado de Santa Cruz de Tenerife sobre la concurrencia de causa de caducidad y procedencia de la declaración de la misma en la concesión otorgada por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, el 5 de abril de 1995, a la entidad "X,S.A" para la "Instalación y Explotación del Parque Marítimo, en la zona de servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife".

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, en especial el extenso proyecto de informe elaborado por esa Abogacía, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Con carácter general, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ya adelanta su conformidad, en lo esencial, con las conclusiones finales del proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Santa Cruz de Tenerife, en las que, reconociendo la concurrencia de una causa de caducidad de la concesión por la cesión parcial a un tercero del uso o de los derechos de explotación de la concesión sin haber recabado la autorización previa de la Autoridad Portuaria, considera que existe fundamento bastante, por razones de interés público, para la rehabilitación de la misma previo requerimiento para subsanar las irregularidades denunciadas.

No obstante, y únicamente con el fin de reforzar y matizar alguna de las afirmaciones contenidas en el mismo, se estima oportuno hacer una serie de consideraciones jurídicas tomando por base los antecedentes recogidos en dicho proyecto de informe y los demás documentos que sirven de base al mismo.

## - II -

Para ello nada mejor que efectuar un repaso, haciendo los razonamientos jurídicos pertinentes, al proyecto de informe remitido, comenzando por los antecedentes de hecho que, por supuesto, este Centro Directivo hace suyos.

De ese conjunto de la documentación remitida, resulta que el 5 de abril de 1995, la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife otorgó una concesión para la “Instalación y Explotación del Parque Marítimo en la zona de servicio del Puerto en Cabo Llanos” a la entidad “X, S.A.”

Dicha sociedad se había constituido unos meses antes, concretamente el 21 de diciembre de 1994, siendo una sociedad anónima cuyo capital pertenece en un 50% al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y en el 50% restante a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, teniendo por objeto, de acuerdo con sus estatutos, “la realización, ordenación, planificación, gestión y explotación directa o indirectamente del Parque Marítimo de Santa Cruz de Tenerife.”

De acuerdo con el pliego de condiciones a que debía sujetarse la concesión, “el titular de la concesión podrá, de conformidad con lo establecido en el artículo 137.3 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, que aprueba el Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, previa autorización de la Autoridad Portuaria, celebrar contratos que impliquen la participación de terceros en la explotación de la concesión administrativa” (cláusula octava). Por su parte, la cláusula decimoséptima añade que “el incumplimiento por el concesionario de cualquiera de las condiciones anteriores, será causa de caducidad de la concesión, que se tramitará con arreglo a lo preceptuado en las disposiciones legales sobre la materia.”

Es evidente, por otro lado, como ponen de relieve los antecedentes del proyecto de informe remitido y en ningún caso se ha negado por los interesados, que la explotación del Parque Marítimo fue arrendada por la sociedad concesionaria, primero a Y, S.L., y posteriormente a Z, S.L., con el voto favorable de los representantes del Ayuntamiento y de la Autoridad Portuaria en el Consejo de Administración de “Parque Marítimo Santa Cruz, S.A.,” sin que por el órgano competente de la Autoridad Portuaria se otorgara la autorización previa prevista en la cláusula octava del Pliego de Condiciones de la concesión.

La propia sociedad era consciente de la necesidad de la autorización, como ponen de manifiesto el documento en que se materializa la cesión y uno de los acuerdos del Consejo de Administración de la sociedad concesionaria, obrantes en la documentación remitida, en los que, de forma expresa, se condiciona la cesión a la autorización de la Autoridad Portuaria. A su vez, como se afirma igualmente en el proyecto de informe, durante la vigencia de esos contratos de arrendamiento, las entidades arrendatarias han procedido a subarrendar distintos servicios y zonas englobadas en la concesión a terceros con presunta autorización de la sociedad “X, S.A.,” pero sin que, nuevamente, se haya solicitado ninguna autorización al órgano competente de la Autoridad Portuaria.

A la vista de lo expuesto, no hay duda alguna de que, al no existir dicha autorización expresa, se ha producido un incumplimiento del pliego de condiciones de la concesión que, como se ha visto, exige la previa autorización de la Autoridad Portuaria para celebrar contratos que impliquen la participación de terceros en la explotación de la concesión, sancionándose ese incumplimiento con la caducidad de la concesión.

## - III -

Llegados a este punto, y entrando ya en los aspectos jurídicos del proyecto de informe, este Centro Directivo ratifica plenamente, en primer término, las consideraciones realizadas en el mismo (páginas 9 a 13) y relativas a las cuestiones formales puestas de manifiesto por

la concesionaria y los demás interesados en el expediente, cuales son: 1) La concurrencia de una posible causa de abstención en la figura del Director de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife para la incoación del procedimiento de declaración de caducidad; 2) la falta de constatación de la causa de caducidad de la concesión según exige el artículo 123 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general; y 3) La ilegalidad del acto de incoación del procedimiento de declaración de caducidad, dado que, a juicio de la entidad concesionaria, la citada Ley 48/2003 en la que se fundamenta el referido procedimiento no es aplicable a la concesión de que se trata.

Dicho lo anterior, es preciso entrar en el examen de la concurrencia de causa de caducidad de la concesión, a la vista, fundamentalmente, de las alegaciones realizadas por la concesionaria y demás interesados, a lo que el proyecto de informe dedica sus páginas 13 y siguientes.

Pues bien, ya se ha indicado que, de acuerdo con las cláusulas octava y decimoséptima del pliego de condiciones de la concesión, la celebración de contratos que impliquen la participación de terceros en la explotación de la concesión administrativa requiere, como condición inexcusable, la previa autorización de la Autoridad Portuaria, constituyendo causa de caducidad de la concesión el incumplimiento, por el concesionario, del requisito de la previa autorización de la Autoridad Portuaria.

Sobre esta base, en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado consultante, se analiza detalladamente la oposición de la concesionaria a la concurrencia de causa de caducidad, oposición que comienza por negar la necesidad de esa autorización previa de la Autoridad Portuaria.

Dicha oposición se centra, en síntesis, en la especial naturaleza de la sociedad concesionaria en cuyo capital participa al 50% la propia Autoridad Portuaria concedente junto con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, pudiendo hablarse, en efecto, de la existencia de una sociedad instrumental integrada por ambos entes públicos para el cumplimiento de unos fines determinados.

Pues bien, este Centro Directivo coincide con la Abogacía del Estado consultante en que ello no desvirtúa el hecho cierto de la existencia de una concesión de dominio público regida por un pliego de condiciones establecido por la Autoridad Portuaria y aceptado sin condicionamientos por la sociedad concesionaria, a fin de que aquélla, en el ejercicio de sus competencias demaniales, pueda realizar el debido control de la concesión en el caso de que se decidiera por la sociedad concesionaria celebrar contratos con terceros para la explotación de la concesión.

El tenor de la cláusula octava determina que todos los contratos que impliquen la “participación” de terceros en la explotación (participar quiere decir “hacer participe a otro”, lo que no supone en absoluto la desaparición del concesionario, sino, por el contrario, su continuidad y permanencia) deben ser autorizados previamente por la Autoridad Portuaria, por lo que no puede admitirse que la función de esa cláusula, a la vista de las peculiaridades que concurren en la sociedad concesionaria, sea una garantía sólo en el caso de una “independización” de la concesión con gestión autónoma de la misma, como se dice un dictamen jurídico elaborado a instancias del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y obrante en el expediente, pues ello supondría una transmisión de la concesión, distinta de la participación de un tercero en su explotación, y la aparición en exclusiva de dicho tercero en lugar del concesionario, lo cual es posible, pero requiere también la autorización expresa de la Autoridad Portuaria (cláusula 12).

No puede, por tanto, prescindirse de la autorización previa de la Autoridad Portuaria si la sociedad concesionaria quiere celebrar contratos que impliquen la participación de terceros en la explotación concesional ni puede sustituirse en absoluto la exigencia de autorización previa por la decisión de explotación de la concesión en la forma que tenga por más conveniente la sociedad concesionaria. Como se ha dicho, aunque el concesionario sea una sociedad participada por dos entidades públicas, una de ellas la propia entidad concedente,

ello no significa que pueda obviarse la existencia de un título concesional con la fijación de una serie de condiciones de explotación que deben ser cumplidas formal y materialmente por la sociedad concesionaria.

En consecuencia, en contra de lo que sostiene el concesionario, y como muy bien dice la Abogacía del Estado consultante, la autorización previa de la Autoridad Portuaria es preceptiva en todo caso.

#### - IV -

La siguiente cuestión suscitada por la concesionaria en su escrito de oposición a la caducidad de la concesión se refiere a una supuesta autorización tácita de esos contratos de arrendamiento sobre la parcela objeto de la concesión, dado que esos contratos fueron aprobados por unanimidad en el seno del Consejo de Administración de la sociedad concesionaria, con presencia, como vocales del mismo, de miembros de la Autoridad Portuaria, aunque, según parece, la propia sociedad concesionaria era consciente de la necesidad de la autorización, como ponen de manifiesto el documento en que se materializa la cesión y uno de los acuerdos del Consejo de Administración de la sociedad, en los que de forma expresa se condicionan dichos acuerdos a la autorización de la Autoridad Portuaria. Esta es la cuestión más discutible, aunque, como se va a exponer, no debe alterar en absoluto la conclusión final del informe.

La concesionaria entiende que, si la condición 8ª se considerara exigible, es posible afirmar que todos los contratos cuentan con autorización previa de la Autoridad Portuaria, expresada a través de la voluntad inequívoca de sus máximos representantes. Esa conclusión es errónea, pues una cosa es que los contratos de arrendamiento fueran conocidos y aprobados con el voto favorable de los representantes de la Autoridad Portuaria en el seno del Consejo de Administración de la sociedad concesionaria, lo que no implica en absoluto que al mismo tiempo se estuviesen autorizando previamente los citados contratos por la Autoridad Portuaria (ya que, como se ha dicho, el propio acuerdo se condicionaba a la previa autorización de la Autoridad Portuaria, lo que pone de manifiesto claramente la total independencia de ambas decisiones, por lo que, como bien se dice en el proyecto de informe, hay que dotar a esa condición 8ª de plena virtualidad), y otra muy distinta, que esa necesaria autorización previa, subsiguiente al acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad concesionaria por el que se aprobaron los contratos de arrendamiento, pueda entenderse concedida tácitamente.

Sobre este concreto tema, la Abogacía del Estado consultante hace una serie de razonamientos, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado, acerca de la distinción entre actos administrativos tácitos y presuntos, para llegar a la conclusión de que no pueden entenderse autorizados tácitamente los contratos de arrendamiento de los que resulta la intervención de terceros en la explotación del Parque Marítimo.

En relación con esta cuestión, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado comparte el parecer de la Abogacía del Estado en Santa Cruz de Tenerife acerca de la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del acto administrativo tácito, como ha tenido oportunidad de reconocer la doctrina administrativa y jurisprudencial.

En el plano doctrinal se han considerado actos tácitos a aquéllos en los que la declaración administrativa no se exterioriza formalmente, sino que se presume a partir de determinados hechos concluyentes, es decir, de una actitud o de un comportamiento determinado de la Administración de sentido inequívoco. En la doctrina jurisprudencial se encuentra un buen ejemplo de su admisión en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1988 en la que, a propósito de la función revisora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de la necesidad de la existencia previa de un acto administrativo para poder interponer un recurso de esta clase, se declara en lo que aquí importa lo siguiente:

“.. en el campo doctrinal se admite la posibilidad de que dicho acto administrativo pueda ser, además de expreso, que es la regla general, el tácito que se produce cuando del modo de actuar de la Administración quepa presumir racionalmente la existencia de una voluntad productora de efectos jurídicos, por deducirse de una conducta expresiva al efecto.”

El mismo Tribunal, con anterioridad a esta resolución, tuvo oportunidad de pronunciarse también sobre el tema en la sentencia de 18 de octubre de 1986, declarando que:

“.. en el preámbulo de la Ley de la Jurisdicción se habla de acto y no de acuerdo, resolución o providencia o cualquier otro concepto semejante, por ser aquél más extenso y comprender todas las manifestaciones de la actividad administrativa por lo que el acceso a jurisdicción no ha de ser posible, únicamente, cuando la Administración produce actos expresos y escritos, sino también cuando revisten cualquier otra manifestación regulada por el derecho, y son tácitos o presuntos de acción o de omisión.”

Por su parte, la sentencia de 27 de marzo de 1987 añade que “la teoría de la interpretación del acto administrativo parte de la base de que lo que ha de buscarse es la voluntad real de la Administración.”

El Consejo de Estado, centrándose en la posible existencia de actos administrativos tácitos obstativos a una posible declaración de caducidad de una concesión demanial, ha tenido oportunidad de sentar un criterio sobre el particular, aunque no con la suficiente claridad.

Así, en los dictámenes de ese Organismo Consultivo nos 2680/98, de 15 de octubre; 2162/94, de 1 de diciembre; y 2578/98, de 8 de octubre, cuyos párrafos más significativos sobre el particular se reproducen en el proyecto de informe remitido, se da a entender que la tolerancia o conocimiento de la Administración tiene que materializarse en hechos positivos concluyentes y plasmarse en un título concreto, ya que, de lo contrario, carecería de toda virtualidad impeditiva de la caducidad concesional.

Por el contrario, en otros dictámenes, anteriores y posteriores a los citados, el Consejo de Estado se ha mostrado más flexible en cuanto al valor de esos actos tácitos, teniendo presente, por ejemplo, el argumento de la equidad.

En este sentido, el dictamen nº 53203, de 23 de mayo de 1989, citado a su vez en el dictamen 776/91, de 20 de junio, acude a este argumento para rechazar la procedencia de la declaración de caducidad de una concesión sobre el demanio marítimo-terrestre cuando la causa de caducidad invocada por la Administración es la muy antigua y conocida alteración del fin a que se destinaba el edificio concesional. En el último de esos dictámenes se indica que los procedimientos administrativos dirigidos a extinguir actos que crean derechos a los particulares han de tener en cuenta que “por el tiempo transcurrido” pueden resultar contrarios a la equidad, sobre todo cuando los vicios de que adolecen tales actos no son graves violaciones de preceptos fundamentales. No se trata, pues, de una genérica invocación a la equidad como fundamento exclusivo de la solución propuesta, sino de la aplicación de un límite al ejercicio de las potestades administrativas (reflejado, por ejemplo, en el artículo 112 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, vigente en la fecha de emisión de los dictámenes), para añadir, acto seguido que:

“A la vista de los antecedentes puede apreciarse que la Administración no sólo conoció, sino que llegó a consentir la variación del objeto de la concesión (...). Por consiguiente, la Administración, a través de una aquiescencia al uso de las construcciones prolongada durante, al menos, cuarenta años, manifestó tácitamente una voluntad modificatoria de una de las condiciones del clausulado, o bien mantuvo una interpretación de sus términos que le impiden en el momento actual invocar otras distintas –aunque sean las originarias– para imponer la extinción de la relación concesional...”

En el dictamen nº 192/1994, de 28 de julio, con cita de otro anterior de 3 de marzo de 1988 (nº 50.183) sólo se admite la extinción parcial de la concesión a través de la declaración



de caducidad, al haberse mantenido en parte de las parcelas durante muchos años, a vista, ciencia y paciencia de la Administración, la situación obstativa de la declaración de caducidad.

Por último, en el dictamen nº 1408/2002, de 4 de julio, en el que se examinaba un supuesto de caducidad de la concesión por cambio de destino, se valora, para no declarar aquélla, el dato de que la Administración concedente tuviera conocimiento desde largo tiempo atrás de la situación determinante de la caducidad, añadiendo que "... si bien la potestad de declarar la caducidad de una concesión no se extingue por prescripción y que la tolerancia fáctica no se ha plasmado en un título jurídico, lo cierto es que el ejercicio de esta segunda actividad en la concesión ha sido conocida y consentida por la Administración con anterioridad a la incoación del presente expediente".

Como se observa, si bien el Consejo de Estado viene exigiendo con carácter general que la tolerancia de la Administración, como hecho obstativo a una posible declaración de caducidad de la concesión por incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas, debe concretarse en hechos positivos concluyentes, existen casos también en que, sin la existencia de estos hechos positivos y por razón de la simple conducta pasiva de la Administración, que ha conocido y consentido la situación que podía servir de base a la caducidad del título concesional, se ha considerado improcedente la declaración de caducidad.

En el caso de que aquí se trata, el proyecto de informe reconoce (página 24) que los dos primeros arrendamientos, adjudicados el 22 de marzo de 1996 a la entidad Y, S.L., fueron autorizados tácitamente por la Autoridad Portuaria, pues, como refleja en el antecedente segundo de dicho proyecto, la citada Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife (cuyo Presidente había inadmitido previamente el recurso administrativo interpuesto por la sociedad A,S.A.) se personó, el 17 de marzo de 1997, en el recurso contencioso-administrativo nº 302/1997 interpuesto por la esa sociedad contra la resolución que adjudicó el concurso a la primera. La propia Autoridad Portuaria emplazó, el 30 de noviembre de 1998, a Y,S.L. para personarse en dicho recurso contencioso-administrativo.

Cabe, por tanto, apreciar la existencia de diversos hechos positivos concluyentes a favor de una autorización tácita del arrendamiento a favor de Y, S.L., ya que, con la formulación de ese recurso administrativo, primero, y contencioso-administrativo, después, por parte de otro posible arrendatario, se puso de manifiesto con claridad la existencia de una situación fáctica y jurídica —el otorgamiento de un contrato de arrendamiento a favor de la sociedad Y, S.L.—, y que en ningún momento se había solicitado la necesaria autorización previa de la Autoridad Portuaria.

Mayores problemas, como se indica también en el informe, plantea el resto de contratos, subrogaciones y cesiones producidas a lo largo de estos años, a partir fundamentalmente del año 2000, y adjudicados o aprobados únicamente por el Consejo de Administración de la sociedad concesionaria y que han supuesto la aparición sucesiva de terceros en la explotación de las instalaciones del Parque Marítimo. A pesar de que, a diferencia del arrendamiento antes citado, en el que, como se ha expuesto, puede hablarse con claridad de diversos hechos positivos concluyentes favorables al reconocimiento de una autorización tácita por parte de la Autoridad Portuaria, y aun reconociendo que es un tema opinable, este Centro Directivo entiende que ha existido, en primer término, un conocimiento real de su existencia por parte de los representantes de la Autoridad Portuaria en el Consejo de Administración de la sociedad concesionaria —entre los que se encuentra el propio Director de aquella entidad pública—, Consejo de Administración que aprobó los contratos de arrendamiento, aunque condicionara su aprobación a la autorización previa de la Autoridad Portuaria.

Una vez adoptada esa decisión, los terceros adjudicatarios, subrogados y cesionarios, sin haber solicitado esa autorización, comenzaron a ocupar los bienes arrendados y a prestar los servicios objeto de los mismos a la vista, ciencia y paciencia de la Autoridad Portuaria. Como se indica en el último de los dictámenes del Consejo de Estado a que se ha hecho referencia, si bien la tolerancia fáctica no se ha plasmado en un título jurídico, lo cierto es que el ejercicio

de esa actividad sin recabarse por la entidad concesionaria la oportuna autorización previa de la Autoridad Portuaria, como exige el pliego de condiciones, ha sido conocida y consentida por la Administración con bastante anterioridad a la incoación del expediente.

En este sentido, es significativo, según se indica en el proyecto de informe, que el 11 de septiembre de 2003, la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife recabó del Director de la Autoridad Portuaria informe sobre determinadas incidencias relativas a la concesión administrativa en cuya virtud se explota el Parque Marítimo. Aunque se desconoce si el citado Director emitió el informe solicitado, resulta evidente que en ese momento tuvo oportunidad, si lo desconocía, de conocer la situación fáctica y jurídica derivada de la existencia de toda una serie de contratos otorgados por la concesionaria desde el mes de septiembre de 2000 al mes de agosto de 2003 y de incoar, en su caso, el oportuno expediente de caducidad de la concesión por falta de la previa autorización.

Otro tanto, englobando ya incluso el último contrato de cesión autorizado por el Consejo de Administración de la sociedad concesionaria el 21 de junio de 2006 (contrato de cesión de todos los derechos arrendaticios de Y, S.L. a Z, S.L.), puede decirse de la comunicación realizada el 29 de marzo de 2007 por la referida Gerencia Municipal de Urbanismo a la Autoridad Portuaria, otorgándola trámite de audiencia en el “Expediente relativo al Estudio de Detalle de las Zonas B y C del Plan Especial Parque Marítimo;” que fue promovido por la cesionaria Z, S.L. Se desconoce, de nuevo, si la Autoridad Portuaria evacuó o no ese trámite, pero, en cualquier caso, tuvo posibilidad de comprobar la situación fáctica y jurídica en la que se encontraba la concesión y que, aunque se había aprobado la cesión de los derechos arrendaticios del primitivo arrendatario a favor de un tercero en el Consejo de Administración de la entidad concesionaria, no se había solicitado de nuevo la previa autorización de esa cesión a la Autoridad Portuaria, como exige el pliego de condiciones, lo que hubiera permitido, de nuevo, en ese momento, al Director de la misma, de acuerdo con el artículo 123.2.a) de la Ley 48/2003 y tras la constatación de la existencia de causa para ello, incoar el oportuno expediente de caducidad.

En definitiva, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, a la vista de todo lo expuesto, es de la opinión de que, estando establecida de forma clara la necesidad de recabar esa autorización previa de la Autoridad Portuaria en el pliego, de lo que era consciente, como se ha dicho, la propia sociedad y que no la solicitó, puede entenderse con fundamento que ha existido una autorización tácita de esos contratos por parte de la Autoridad Portuaria que, conocedora de la existencia de los mismos (que habían sido aprobados y prorrogados con el voto de sus representantes en las oportunas reuniones del Consejo de Administración de la sociedad concesionaria) y sabiendo que era precisa esa autorización, a lo largo de todos estos años ha consentido el arrendamiento de esas instalaciones sin realizar ninguna actuación, por lo que puede hablarse de una autorización tácita de los contratos de arrendamiento.

No es posible, en este sentido, negar que los representantes de la Autoridad Portuaria en el Consejo de Administración de la sociedad concesionaria desconocían la existencia de esos contratos de arrendamiento, porque precisamente en el seno del Consejo de Administración de dicha sociedad estaban actuando como miembros del órgano de administración de la sociedad concesionaria en asuntos propios de su actividad y en representación de la entidad pública –Autoridad Portuaria– que, junto con el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, constituyó la sociedad concesionaria. Ello no quiere decir que los representantes de la Autoridad Portuaria en el Consejo de Administración de la repetida sociedad estuvieran autorizando la celebración del contrato, autorización que correspondía en todo caso a la Autoridad Portuaria (más concretamente a su Consejo de Administración), sino que, simplemente, tuvieron conocimiento y aprobaron unos contratos de arrendamiento que requerían la previa autorización de la Autoridad Portuaria.

Ahora bien, el conocimiento, por parte de los miembros de la Autoridad Portuaria, que intervinieron como representantes de ella en el Consejo de Administración de la sociedad

concesionaria, y, a su través, de la propia Autoridad Portuaria de la existencia de esos contratos y de la real explotación por terceros de las instalaciones, unido al paso del tiempo, determina que pueda entenderse concedida de forma tácita la autorización y que, en consecuencia, 12, 8, 7, 4 y 2 años después, respectivamente, de aprobarse los contratos respectivos y sus prórrogas, así como la cesión íntegra de los derechos arrendaticios y de comenzar efectivamente la explotación de las instalaciones por terceros, no se pueda entender incumplido el condicionado de la concesión y que exista, por tanto, una causa de caducidad de la misma.

- V -

Para la hipótesis de que no se admitiera el criterio expuesto y, contrariamente a lo indicado, se considerase que era necesaria en todo caso una autorización expresa y que la falta de esa autorización expresa supone un incumplimiento de las condiciones de la concesión, resulta indudable que dicho incumplimiento no tiene entidad suficiente para determinar realmente la caducidad de la concesión, ya que no se trata de un incumplimiento de carácter esencial que perjudique al interés público inmanente en las concesiones demaniales. El interés público que era la instalación y explotación de las instalaciones sitas en el parque marítimo se mantiene, haciéndose efectivo por el concesionario, que sigue siendo el único titular, a través de terceros, con los que tiene suscrito el oportuno contrato de arrendamiento.

La mera constatación del incumplimiento no basta para declarar la caducidad de la concesión, como se señala en los numerosos dictámenes del Consejo de Estado, cuyos párrafos más significativos se reproducen en el proyecto de informe.

De todos ellos se deduce, como bien indica de nuevo el proyecto de informe, que el incumplimiento ha de ser, pues, “grave e imputable al concesionario”, y ha de ir referido a “obligaciones esenciales vinculadas a la finalidad pública de los otorgamientos”, consideración ésta última del interés público que prima sobre las demás, de modo que el incumplimiento de la prohibición de transmitir las concesiones de dominio público marítimo-terrestre no ha impedido al Consejo de Estado dictaminar a favor de la legalización de situaciones en las que, pese a constatar la transmisión ilegal de la concesión, el cesionario ha mantenido la finalidad pública del otorgamiento, frente a aquellas otras concesiones que habían sido abandonadas o en las que a la situación ilícita del ocupante –por transmisión prohibida o no autorizada– se unía el cambio de destino de la concesión. Buen ejemplo de ello son, de nuevo, los dictámenes recogidos en ese proyecto.

En el presente caso puede aplicarse esta doctrina pues, si bien se han celebrado varios contratos de arrendamiento de las instalaciones para la gestión por terceros de diversos servicios propios de la concesión, sin recabarse la autorización previa de la Autoridad Portuaria, lo cierto es que, con presencia de la sociedad concesionaria, se sigue cumpliendo la finalidad pública perseguida por la concesión, habiéndose desarrollado, además, durante muchos años el arriendo de esas instalaciones a la vista, ciencia y paciencia de la Autoridad Portuaria que, concedora, a través de sus representantes en el Consejo de Administración de la sociedad concesionaria de la existencia de esos contratos y de que no se había solicitado por la entidad la autorización previa oportuna, teniendo oportunidad de incoar el oportuno expediente de caducidad a lo largo de todos estos años, consintió tácitamente la realización de esa actividad.

Lo expuesto hace factible, como se indica en el proyecto de informe remitido, que pueda entrar en juego la figura de la rehabilitación de la concesión, que opera siempre sobre concesiones administrativas incursas en causa de caducidad y que permitiría el mantenimiento de la misma dada la posibilidad de satisfacer todavía, pese al incumplimiento de una de las obligaciones del concesionario, la finalidad pública ínsita en la concesión administrativa. La muy importante inversión de fondos municipales en la instalación y explotación del Parque y las consecuencias que llevaría aparejado en este momento la caducidad de la concesión, con la subsiguiente paralización y deterioro de las instalaciones hasta la aparición de un nuevo

concesionario y la privación, durante la tramitación del expediente, de la zona de ocio más importante de la ciudad, junto al carácter público de la sociedad concesionaria y el objeto de la concesión, son indudablemente, como se apunta en el proyecto de informe, aspectos muy a valorar en la decisión que se adopte sobre el particular.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** De acuerdo con las cláusulas octava y decimoséptima del pliego de condiciones por el que se rige la concesión para la “Instalación y Explotación del Parque Marítimo, en la zona de servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife”, otorgada a la sociedad anónima “X, S.A.”, la celebración por la misma de contratos que impliquen la participación de terceros en la explotación de la concesión administrativa exige, so pena de posible caducidad, la previa autorización de la Autoridad Portuaria.

**Segunda.-** Dicha autorización, a la vista de las circunstancias producidas con posterioridad a la aprobación de los contratos de arrendamiento, subrogaciones y cesiones a favor de terceros por parte del Consejo de Administración de la sociedad concesionaria, del que forman parte representantes de la Autoridad Portuaria, puede entenderse concedida tácitamente, como se ha razonado en este informe, por lo que, con base en ello, no resultaría procedente la declaración de caducidad de la concesión.

**Tercera.-** Si no se entendiera así y se considerase que era necesaria en todo caso una autorización expresa y que la falta de esa autorización expresa supone un incumplimiento de las condiciones de la concesión, resulta indudable que ello no tiene entidad suficiente para determinar realmente la caducidad de la concesión, ya que no se trata de un incumplimiento de carácter esencial que perjudique al interés público inmanente en las concesiones demaniales, por lo que no procedería declarar la caducidad de la concesión, sino su rehabilitación, previo requerimiento para subsanar las irregularidades denunciadas.

## **111.- Informe sobre la posibilidad de ejecución de las obras de un Centro de Promoción de Actividades y sobre la procedencia del otorgamiento de una concesión**

### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de construir un “Centro de Promoción de Actividades” en el Puerto de Melilla no existiendo Plan de Utilización de Espacios Portuarios ni Plan Especial. Funciones del Plan de Utilización de Espacios Portuarios (artículo 15 de la Ley 27/1992 y artículo 96 de la Ley 48/2003) y del Plan Especial (artículo 18 de la Ley 27/1992). Improcedencia de que se realicen usos en la zona de servicio del puerto sin que estén aprobados uno y otro plan: argumentos para ello. Imposibilidad de realizar la construcción pretendida al amparo del artículo 94 de la Ley 48/2003 al exigir este precepto -de darse las condiciones establecidas en el mismo- que los usos se ajusten a las previsiones del planeamiento urbanístico. Necesidad de que la obra que se pretende construir obtenga la oportuna licencia municipal urbanística, que no podría otorgarse al no existir Plan Especial y no ser suficientes las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana de Melilla que se remite al Plan de Utilización de Espacios Portuarios y al Plan Especial.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 156/08

**Fecha:** 18 de septiembre de 2008

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su solicitud de informe sobre la posibilidad de ejecución de las obras del denominado “Centro de Promoción de Actividades” en la dársena deportiva del puerto de Melilla así como sobre la procedencia del otorgamiento de concesión demanial al efecto por parte de la Autoridad Portuaria de Melilla.

### **ANTECEDENTES**

1º) Tal y como reflejan la solicitud de informe y los documentos que acompañan a la misma, con fecha 29 de julio de 2005 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la resolución de la Autoridad Portuaria de Melilla por la que se inicia el trámite de competencia de proyectos para la construcción y explotación de un Centro de Promoción de Actividades en el espacio denominado “Marina Seca” de la dársena deportiva del puerto de Melilla, dándose así cumplimiento a lo prevenido en el artículo 110 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general.

Con posterioridad, en el BOE de 30 de agosto de 2005 se publicó un anuncio de aclaración de la anterior resolución de dicha Autoridad Portuaria, en el sentido de que el objeto de las solicitudes alternativas que pudieran presentarse en el trámite de competencia de proyectos abierto, podría ser distinto del de la solicitud inicial y que, en ausencia de Plan Director, Plan de Utilización de los Espacios Portuarios y Plan Especial aprobados, en relación con lo prevenido en el artículo 109.2 de la Ley 48/2003, podrían ser cualesquiera de los permitidos por el artículo 94 de la misma Ley, compatibles con la naturaleza, realidad y características del Puerto Deportivo, siendo los parámetros urbanísticos posibles los que autorizase la Administración urbanística: la Ciudad Autónoma de Melilla.

2º) La solicitud de concesión fue formulada por la representación de dos sociedades (X, S.A. e Y, S.A.) para ocupar una parcela demanial portuaria de 7.025 metros cuadrados en la zona deportiva del puerto de Melilla, por un plazo de 35 años, a fin de construir, gestionar

y explotar un centro de promoción de actividades, orientadas a la náutica, el deporte, el ocio, etc. Las intenciones del promotor de ese Centro quedan descritas con detalle en el estudio que acompaña a la petición de informe y que se resume en ese escrito.

- 3º) Es importante resaltar que el puerto de Melilla carece en la actualidad tanto de Plan de Utilización de Espacios Portuarios (PUEP), cuanto de Plan Especial, existiendo como único planeamiento urbanístico del puerto el derivado del Plan General de Urbanismo de Melilla de 1995, que se limita a establecer sobre la zona de servicios del puerto su calificación como “sistema general”, apareciendo grafiado en los planos de ordenación como un equipamiento primario con atribución de uso para “Transportes y comunicaciones”.
- 4º) El asunto del otorgamiento de la concesión de referencia apareció en un punto del Orden del Día de la reunión del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla del pasado día 19 de diciembre de 2007, siendo, no obstante, retirado del mismo, tras la remisión a la citada Autoridad Portuaria, por parte de Puertos del Estado, de sendos informes emitidos por la Dirección General de Costas del entonces Ministerio de Medio Ambiente, de fecha 18 de diciembre de 2007, y de la Dirección General de Urbanismo y Política del Suelo del Ministerio de la Vivienda de fecha 17 de diciembre de 2007.
- 5º) En relación con la situación descrita, y como termina diciendo el escrito de consulta, se solicita informe sobre la posibilidad de ejecutar las obras del denominado “Centro de Promoción de Actividades” en la parcela “Marina Seca” de la dársena deportiva del puerto de Melilla, habida cuenta de la inexistencia de PUEP y de Plan Especial urbanístico definitivamente aprobados para el recinto portuario. Igualmente se extiende la petición de informe a la posibilidad de que la Autoridad Portuaria pueda otorgar concesión demanial sobre el suelo portuario a ocupar por el citado Centro en el marco de la situación descrita y a la necesidad o no de que, en su caso, dicha obra requiera licencia urbanística municipal, teniendo en cuenta el planeamiento existente.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para dar una respuesta fundada en Derecho a la primera de las cuestiones planteadas en su escrito de consulta, cual es la referente a la posibilidad de ejecución de las obras del llamado “Centro de Promoción de Actividades” en la parcela “Marina Seca” de la dársena deportiva del puerto de Melilla, habida cuenta de la inexistencia de PUEP y de Plan Especial urbanístico definitivamente aprobados para el recinto portuario, es necesario tener en cuenta la consideración urbanística de los puertos en nuestra legislación.

En este sentido, el artículo 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) comienza diciendo, precisamente con ese epígrafe, que “para articular la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario, los planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales como sistema general portuario y no podrán incluir determinaciones que supongan una interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria.” Añade seguidamente el precepto que dicho sistema general portuario se desarrollará a través de un plan especial o instrumento equivalente, instrumentándose, a su vez, de la forma prevista en ese precepto. La formulación del plan especial corresponde a la Autoridad Portuaria y su tramitación y aprobación, con carácter general, a la Administración competente en materia de urbanismo. (artículo 18.2). El artículo en cuestión concluye diciendo que “el plan especial deberá incluir entre sus determinaciones las medidas y previsiones necesarias para garan-

tizar una eficiente explotación del espacio portuario, su desarrollo y su conexión, con los sistemas generales de transporte terrestre” (artículo 18. 3).

Ahora bien, la aprobación definitiva de ese plan especial, con la consiguiente calificación de la zona de servicio del puerto como sistema general portuario requiere, como seguidamente se expone, la aprobación previa del PUEP.

En efecto, el artículo 96 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (en lo sucesivo, Ley 48/2003), que tiene su antecedente más próximo en el artículo 15 de la LPEMM (precepto esta último derogado por la Ley 48/2003) dispone que “el Ministerio de Fomento delimitará en los puertos de titularidad estatal una zona de servicio que incluirá los espacios de tierra y agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios a que se refiere el artículo 94.1 de esta Ley, los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria y aquellos que puedan destinarse a usos no portuarios mencionados en dicho artículo. Esta delimitación se efectuará a través del plan de utilización de los espacios portuarios.” La aprobación de dicho Plan, cuya elaboración corresponde a la Autoridad Portuaria y para lo que es preciso cumplir previamente con los trámites previstos en el apartado 3 de ese artículo 96, corresponde al Ministro de Fomento, publicándose su texto íntegro en el BOE (artículo 96.6). Es importante recordar, por último, que, según el artículo 98 de la propia Ley 48/2003, las concesiones que resulten incompatibles con las determinaciones del PUEP deberán adaptarse al mismo, debiendo procederse a la revisión o en su caso al rescate de la concesión.

Pues bien, aunque no se diga de forma expresa en la Ley, siendo la función del plan especial la debida coordinación entre el espacio portuario y la ordenación urbanística, se puede afirmar que la formulación por la Autoridad Portuaria del Plan Especial a que se refiere el artículo 18 de la LPEMM está supeditada a la aprobación del PUEP o, al menos, no puede ir contra las determinaciones del PUEP. Las razones que llevan a esta conclusión son dos. Por una parte, el propio concepto y función del Plan Especial, que no son otros que la ordenación urbanística, sin que pueda incluir determinaciones que supongan una interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria, y por otra parte, la expresa previsión contenida en el artículo 96.7 de la Ley 48/2003 que, en su párrafo primero, establece textualmente que “con carácter previo a la formulación por la Autoridad Portuaria del plan especial o instrumento equivalente que ordene su zona de servicio, deberá encontrarse aprobado el plan de utilización de utilización de los espacios portuarios del puerto”.

La existencia, en primer término, de un PUEP aprobado, como paso previo a la formulación y posterior aprobación del Plan Especial, es, por tanto, una exigencia incondicional derivada de la LPEMM y de la Ley 48/2003, sin que en las disposiciones adicionales y transitorias de las mismas, se contemple el supuesto de falta de aprobación de esos instrumentos y las consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de ello o, si se quiere, la posibilidad de que se permitan determinados usos en una situación de carencia de esos instrumentos, que es la que aquí existe.

Por el contrario, puede decirse con fundamento que la LPEMM y la Ley 48/2003 han impuesto obligatoriamente esta figura de planeamiento por lo que su falta de aprobación lleva aparejado como consecuencia la congelación de los usos de puerto existentes a la entrada en vigor de la LPEMM. Es ésta una consecuencia querida por la Ley, ya que en otro caso no tendría sentido la obligación de elaborar y aprobar el PUEP. La disposición adicional primera de la LPEMM es la única norma que prevé, de forma transitoria, la falta de delimitación de la zona de servicio del puerto por el PUEP, pero ello sólo tiene el efecto que establece la propia disposición adicional que no es otro que la consideración como zona de servicio de los puertos de competencia estatal del conjunto de los espacios de tierra incluidos en la zona de servicio existente a la entrada en vigor de la citada Ley y de las superficies de agua comprendidas en las zonas I y II delimitadas para cada puerto a efectos tarifarios, de acuerdo con la normativa vigente.

## - II -

Sin embargo, del anuncio de aclaración de la resolución de la Autoridad Portuaria de Melilla de 18 de agosto de 2005 (aclaración publicada en el BOE de 30 de agosto siguiente), y de la mención que en dicha aclaración se hace al artículo 94 de la Ley 48/2003, así como al artículo 109.2 de este texto legal, podría pensarse en una posible autorización del uso de la parcela para la instalación del Centro comercial, ya que, según dicho anuncio, en ausencia de Plan Director, PUEP y Plan Especial aprobados, podría autorizarse cualquiera de los usos permitidos por el artículo 94 de la Ley 48/2003, compatibles con la naturaleza, realidad y características del Puerto Deportivo, siendo los parámetros urbanísticos posibles los que autorice la Administración urbanística, la Ciudad Autónoma de Melilla.

Pues bien, por lo que seguidamente se indica, no es posible llegar a esa conclusión. En efecto, el artículo 94.1 de la Ley 48/2003, después de comenzar diciendo que en el dominio público portuario sólo podrán llevarse a cabo actividades, instalaciones y construcciones acordes con los usos portuarios, de conformidad con lo establecido en esta Ley, señalando acto seguido los usos portuarios que tienen esa consideración, establece, a continuación, lo siguiente:

“En aquellos terrenos que no reúnan las características naturales de bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en el artículo 3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y que, por causa de la evolución de las necesidades operativas de los tráficos portuarios, hayan quedado en desuso o hayan perdido su funcionalidad o idoneidad técnica para la actividad portuaria, podrán admitirse en el dominio público espacios destinados a usos no portuarios tales como equipamientos culturales, recreativos, certámenes feriales, exposiciones y otras actividades comerciales no portuarias, siempre que no se perjudique el desarrollo futuro del puerto y las operaciones de tráfico portuario y se ajusten a lo establecido en el planeamiento urbanístico.”

Como se observa, el párrafo en cuestión se refiere, en primer término, a los terrenos que no reúnan las características naturales de bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en el artículo 3 de la Ley 22/1988, de Costas, lo cual es preciso acreditar de forma fehaciente. Pues bien, en el informe de la Dirección General de Costas del entonces Ministerio de Medio Ambiente de 18 de diciembre de 2007 se indica que el área de actuación donde pretende instalarse el Centro de Promoción de Actividades se sitúa sobre una zona de dominio público marítimo-terrestre incluida en la zona de servicios del Puerto que actualmente está desnaturalizada, pero es susceptible de ser destinada al uso común del dominio público marítimo-terrestre. Sobre esta base, y teniendo en cuenta que no se trata de un uso portuario ni relacionado con la actividad del Puerto, procede, a juicio de ese Centro Directivo, la reintegración de este espacio a los usos comunes del dominio público marítimo-terrestre, debiendo desafectarse la parcela para su incorporación al régimen general del dominio público marítimo-terrestre.

No obstante, aunque se acreditase que el terreno no reúne las características de bien de dominio público marítimo-terrestre y que, como añade ese artículo, ha quedado en desuso o ha perdido su funcionalidad o idoneidad técnica para la actividad portuaria, la admisión en el mismo de usos no portuarios, concretamente de una actividad comercial privada, está condicionada, por un lado, a que no se perjudique el desarrollo futuro del puerto y de las operaciones de tráfico portuario, y por otro, lo cual es esencial en este caso, a que esas actividades “se ajusten a lo establecido en el planeamiento urbanístico”, lo que determina en este caso la imposibilidad de admitir el uso que se pretende, ya que no existe el planeamiento urbanístico exigible, al no existir un Plan Especial, que determine los usos admisibles en esa zona y sin que el Plan General de Ordenación Urbana (PGOU) de Melilla pueda servir a estos fines, ya que no contiene ninguna previsión al respecto con el suficiente grado de detalle.



En efecto, el citado PGOU se limita a calificar la zona de servicio del puerto como “sistema general portuario” (en consonancia con lo establecido en el artículo 18.1 de la LPEMM, citado), añadiendo que “dicho sistema se desarrollará a través de un Plan Especial o instrumento equivalente. Los terrenos afectos a dicha Zona de Servicio del puerto tienen la consideración de bienes de dominio público portuario estatal, de conformidad con lo previsto en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de PEMM. En dichos terrenos sólo se podrán llevar a cabo las actividades, instalaciones o construcciones permitidas por la Ley 27/1992, Plan Especial o, en su defecto, Plan de Utilización del Espacio Portuario”.

Por otra parte, y según el plano aportado, el terreno donde pretende instalarse, previa la oportuna concesión, el Centro de Promoción, aparece grafiado como “Equipamiento primario”, con atribución de uso para “Transportes y comunicaciones”, atribución, que según el PGOU, se corresponde al uso del suelo y la edificación utilizados para desarrollar actividades relacionadas con el Transporte de personas y mercancías, cualquiera que sea el medio de locomoción a que atienda.

Como se observa, las previsiones contenidas en el PGOU sobre el uso de la parcela, dependen, por tanto, de la aprobación del Plan Especial o instrumento equivalente, pudiéndose únicamente llevar a cabo instalaciones, construcciones y actividades permitidas por la Ley 27/1992, Plan Especial o PUEP, los cuales no existen, siendo el uso previsto en el PGOU (“transporte y comunicaciones”) contrario al que se pretende realizar.

- III -

Por último, el otorgamiento de la concesión para construcción y explotación del Centro de Promoción, en ausencia de Plan Director, PUEP y Plan Especial, no puede encontrar amparo, como parece dar a entender, de nuevo, el anuncio aclaratorio de la Autoridad Portuaria de Melilla de 18 de agosto de 2005, en el artículo 109.2 de la Ley 48/2003, que se pone, a su vez, en relación con el artículo 94 de la misma Ley, cuyo real alcance se ha expuesto en el párrafo anterior, pues el precepto y apartado en cuestión, únicamente se encargan de recordar que no se admitirán aquellas solicitudes que se opongan de manera notoria a lo dispuesto en el Plan Director, Plan de Utilización, Plan Especial, en su caso, o en la normativa vigente, y qué mayor oposición que la inexistencia del Plan de Utilización y del Plan Especial, que impediría, de entrada, como se ha razonado, el otorgamiento de la concesión para el uso no portuario pretendido.

Sin la aprobación del PUEP y del Plan Especial, no es posible otorgar la concesión que se pretende, desprendiéndose de los preceptos legales a los que se ha hecho mención hasta ahora y teniendo en cuenta la significación y función de ese PUEP y del Plan Especial, que no es posible efectuar usos y ocupaciones, que habrían de instrumentarse a través de la oportuna concesión, sin la previa existencia del PUEP y del Plan Especial, máxime si se tiene en cuenta que las concesiones han de supeditarse a las determinaciones del PUEP, tal y como se deduce del artículo 98.1 de la Ley 48/2003. La inexistencia de esos instrumentos no puede, por último, ser salvada por una autorización singular de la Administración urbanística, en este caso, la Ciudad Autónoma de Melilla fijando los parámetros urbanísticos posibles, que no encuentra apoyo legal o reglamentario alguno.

En consecuencia, y dando respuesta concreta a la primera de las cuestiones planteadas en el escrito de consulta, no es posible ejecutar las obras del denominado “Centro de promoción de actividades” en la parcela “Marina Seca”, de la dársena deportiva del puerto de Melilla, habida cuenta de la inexistencia del PUEP y de Plan Especial urbanístico definitivamente aprobados para el recinto portuario, sin que, por tanto, resulte procedente el otorgamiento de concesión demanial alguna sobre el suelo portuario a ocupar por el citado Centro.

**- IV -**

La segunda y última cuestión suscitada en su solicitud de informe consiste en determinar si la obra del “Centro de promoción de actividades” requiere licencia urbanística municipal, teniendo en cuenta el planeamiento existente.

La respuesta que se dé a esta cuestión está muy mediatizada por la conclusión a la que acaba de llegarse en relación a la posibilidad de ejecución de la obra proyectada y del otorgamiento de la oportuna concesión demanial que, como se ha expuesto, es negativa.

En todo caso, no está de más hacer una serie de consideraciones generales sobre la licencia urbanística municipal. Conceptuada la licencia urbanística como un acto de control preventivo, de carácter no constitutivo, sino meramente declarativo, de un derecho preexistente del administrado ya atribuido por el ordenamiento urbanístico, que no transfiere facultades, sino que remueve límites, por lo que su otorgamiento es reglado, y que tiene por objeto controlar que el acto que se pretende realizar es conforme con la ordenación urbanística aplicable –control de licitud del acto por referencia a dicha ordenación urbanística–, según tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1972, 24 de marzo de 1975, 24 de enero de 1978, 17 de febrero de 1981, 26 de mayo de 1989, entre otras muchas), la determinación de los actos sometidos a previa licencia (municipal) urbanística es objeto de la propia legislación urbanística.

Si bien las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de urbanismo, han ido aprobando diversas leyes de ordenación urbanística donde se precisan los diferentes actos de construcción o edificación y de uso del suelo, incluido el subsuelo y el vuelo, sujetos a previa licencia urbanística municipal, es posible todavía encontrar una norma estatal que de forma unitaria disciplina este extremo, no obstante las diversas modificaciones y adaptaciones producidas a lo largo de todos estos años en la normativa urbanística.

Dicha normativa, tras la reciente aprobación del actual Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y que deroga la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo y el antiguo Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (disposición derogatoria única), no es otra, en estos momentos, que el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, según el cual, las Corporaciones Locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos, entre otros medios, con el “sometimiento a licencia y otros actos de control preventivo” (apartado 1.b) y el artículo 8 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, según el cual “las Corporaciones Locales podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener, previa licencia en los casos previstos por la Ley, el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general”, existiendo una referencia concreta a las licencias de obra en general en el artículo 9.5º de ese Reglamento.

Por su parte, el Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio (norma que puede considerarse vigente tras la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, y actualmente, del Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), en su artículo 1 detalla los diversos actos sujetos a previa licencia municipal, sin perjuicio de las autorizaciones que fueren procedentes con arreglo a la legislación específica. Dichos actos son:

- “1. Las obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de nueva planta.
2. Las obras de ampliación de edificios e instalaciones de todas clases existentes.
3. Las de modificación o reforma que afecten a la estructura de los edificios e instalaciones de todas clases existentes.

4. Las de modificación del aspecto exterior de los edificios e instalaciones de todas clases existentes.
5. Las obras que modifiquen la disposición interior de los edificios, cualquiera que sea su uso.
6. Las obras que hayan de realizarse con carácter provisional a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 del texto refundido de la Ley del Suelo, en adelante Ley del Suelo.
7. Las obras de instalación de servicios públicos.
8. Las parcelaciones urbanísticas.
9. Los movimientos de tierra, tales como desmontes, explanación, excavación y terraplenado, salvo que tales actos estén detallados y programados como obras a ejecutar en un Proyecto de Urbanización o de Edificación aprobado o autorizado.
10. La primera utilización u ocupación de los edificios e instalaciones en general.
11. Los usos de carácter provisional a que se refiere el apartado 2 del artículo 58 de la Ley del Suelo.
12. El uso del vuelo sobre las edificaciones e instalaciones de todas clases existentes.
13. La modificación del uso de los edificios e instalaciones en general.
14. La demolición de las construcciones, salvo en los casos declarados de ruina inminente.
15. Las instalaciones subterráneas dedicadas a aparcamientos, actividades industriales, mercantiles o profesionales, servicios públicos o cualquier otro uso a que se destine el subsuelo.
16. La corta de árboles integrados en masa arbórea que esté enclavada en terrenos para los que exista un Plan de Ordenación aprobado.
17. La colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública.
18. Y, en general, los demás actos que señalen los Planes, Normas u Ordenanzas“

A la vista de los preceptos de que se ha hecho mención, ha de entenderse, sin perjuicio de lo que luego se dirá, que las obras de construcción y explotación de un Centro de Promoción de Actividades en el espacio denominado “Marina Seca” de la dársena deportiva del puerto de Melilla, están sujetas a licencia urbanística, y ello en razón de una doble consideración:

- 1) La regla general de la sumisión o sujeción a la previa licencia urbanística que resulta de la prolija enumeración de los actos sometidos a la misma que se efectúa en el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística y de la propia amplitud con que dicho precepto concreta los actos sujetos a licencia (“obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de nueva planta“; obras de ampliación de edificios e instalaciones de todas clases existentes“; y “obras de modificación o reforma que afecten a la estructura de los edificios e instalaciones de todas clases existentes“, entre otros supuestos), determinación en la que quedan comprendidas las obras de que aquí se trata.
- 2) La circunstancia de que sea indiferente, a efectos de determinar si un acto de los relacionados en el artículo 1 del Reglamento de Disciplina Urbanística está o no sujeto a licencia municipal, la clasificación urbanística del suelo en el que se pretende realizar la obra de que se trate (suelo urbano, suelo urbanizable y suelo no urbanizable en las distintas categorías de cada uno de ellos, cfr. artículo 7 de la antigua Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, o de suelo rural y urbanizado del artículo 12 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, hoy artículo 12 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008), toda vez que el precepto reglamentario primeramente citado no condiciona la exigencia de previa licencia urbanística a que los actos de construcción, edificación y uso del suelo se realicen en una determinada clase de suelo, lo que, por otra parte, resulta coherente con el propio concepto de licencia urbanística, puesto que si ésta

tiene por objeto, según se ha dicho, controlar que los aludidos actos sean conformes con la ordenación urbanística, no puede desconocerse que aun en el suelo no urbanizable o rural son posibles tales actos, como expresamente establecen los artículos 20 de la Ley 6/1998, 13 de la Ley 8 /2007 y 13 también de su Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008. A idéntica conclusión debe llegarse, con mayor motivo si cabe, si se trata de suelo urbano o urbanizado.

- V -

En el presente caso se da, además, una circunstancia singular que no es otra que la construcción de ese Centro comercial se va a realizar por unos particulares en terrenos de dominio público y para estos casos, el artículo 2.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, citado, establece, con claridad que “cuando los actos de edificación y uso del suelo y aquellos otros previstos en este Reglamento, se realizaren por particulares en terrenos de dominio público, se exigirá también licencia, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte del ente titular del dominio público”. Por su parte, el artículo 84.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, añadido por la Ley 11/1999, de 21 de abril, estatuye que “las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades Locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales”. Por último, el artículo 95.4 de la Ley 48/2003 dispone que “las autorizaciones y concesiones otorgadas según esta ley no eximen a sus titulares de obtener los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidos por otras disposiciones legales. No obstante, cuando éstos se obtengan con anterioridad al título administrativo exigible conforme a esta Ley, su eficacia quedará demorada hasta que se otorgue el mismo”.

Queda absolutamente claro, por tanto, que, con carácter general, la construcción de un edificio de nueva planta, ubicado en terrenos de dominio público portuario, como el que se pretende edificar, requiere en todo caso el otorgamiento de la oportuna licencia municipal urbanística.

- VI -

Pasando ya al caso concreto suscitado, resulta indudable, como antes se ha expuesto, que la imposibilidad de ejecutar la construcción prevista debido a la inexistencia de PUEP y de Plan Especial, lo que determina que no sea posible el otorgamiento de la oportuna concesión de dominio público, supone un obstáculo insuperable para la pretensión de las entidades promotoras del Centro que se proyecta construir de obtener la correspondiente licencia municipal.

En este sentido, el artículo 2.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística, deja claro que “la falta de autorización o concesión (se está refiriendo a la autorización o concesión que sea pertinente otorgar por parte del ente titular del dominio público) o su denegación impedirá al particular obtener la licencia y al órgano competente otorgarla”, lo que, de entrada, ante la previsible denegación de la concesión por parte de la Autoridad Portuaria de Melilla, si tiene en cuenta las conclusiones de este informe, impediría a las entidades promotoras la obtención de la licencia municipal.

Por otro lado, y desde la perspectiva de la Administración competente para otorgar esa licencia, no se puede perder de vista que, según el artículo 3.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, “las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones y determinaciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación Urbana y Programas de Actuación Urbanística y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento o de las Normas y Ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación”.

En el presente caso, la inexistencia, como se ha expuesto, del necesario Plan Especial que desarrolle adecuadamente la calificación de la zona de servicio del puerto como sistema general portuario, para cuya formulación incluso, es necesario que se encuentre aprobado el PUEP (artículo 96.7 de la Ley 48/2003), así como la falta de previsión alguna al respecto con el suficiente grado de detalle, como se ha expuesto, en el PGOU de Melilla, acerca de la posibilidad de construir un edificio como el proyectado en la zona de servicio del puerto, hacen de todo punto inviable el otorgamiento de la licencia, que debería denegarse, en forma motivada, en todo caso (artículo 3.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística).

La obligada exigencia de que las obras a realizar en el dominio público portuario sean conformes a las previsiones contenidas al respecto en el Plan Especial y en el PUEP, se pone igualmente manifiesto en el artículo 19 de la LPEMM, dedicado a las obras a realizar en el dominio público portuario por las propias Autoridades Portuarias que, como comienza diciendo su apartado 1, “deberán adaptarse al plan especial de ordenación del espacio portuario”, para lo cual deberán someterse a informe de la Administración urbanística competente, que se entenderá emitido en sentido favorable si transcurre un mes desde la recepción de la documentación sin que se hubiera evacuado de forma expresa. En el caso de que no se haya aprobado el plan especial –añade el apartado 2– las obras de superestructura e instalaciones que realicen las Autoridades Portuarias en el dominio público de su competencia deberán ser compatibles con los planes de utilización de los espacios portuarios.

Si la propia Autoridad Portuaria tiene que adaptar en todo momento su actuación en el espacio portuario a las determinaciones del plan especial y del PUEP, con mayor razón tendrán que hacerlo unas entidades privadas que pretendan actuar en ese espacio, para lo cual es esencial que estén aprobados previamente esos instrumentos de planeamiento. La falta de dichos instrumentos impide que las obras a realizar –como dice el artículo 94.1, tercer párrafo de la Ley 48/2003– se puedan ajustar “a lo establecido en el planeamiento urbanístico” no existiendo tampoco el PUEP.

Como termina diciendo el informe del Ministerio de Vivienda obrante en la documentación remitida, con el que se muestra plena coincidencia, cualquier actuación como la pretendida debería esperar a la aprobación de dicho PUEP, delimitador de una zona de servicio con inclusión de los espacios de tierra y de agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios, los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria y aquellos que, como el terreno donde se pretende construir el Centro, puedan destinarse a los usos no portuarios mencionados en el artículo 94 de la Ley 48/2003, así como a la aprobación de un Plan Especial, que pormenorice y asigne los usos específicos admisibles en esa zona, dado que, como se ha expuesto y queda acreditado en la documentación que acompaña a su escrito, éstos no aparecen predeterminados ni siquiera en magnitudes máximas en el vigente PGOU del municipio de Melilla.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** No es posible ejecutar las obras del denominado “Centro de Promoción de Actividades” en la parcela “Marina Seca” de la dársena deportiva del puerto de Melilla, habida cuenta de la inexistencia de Plan de Utilización de los Espacios Portuarios y de Plan Especial urbanístico definitivamente aprobados para el recinto portuario, sin que, por tanto, resulte procedente el otorgamiento de concesión demanial alguna sobre el suelo portuario a ocupar por el citado Centro.

**Segunda.-** La construcción del Centro reseñado en la anterior conclusión quedaría inexcusablemente sometida a la preceptiva licencia municipal urbanística.

La inexistencia de Plan Especial que desarrolle adecuadamente la calificación de la zona de servicio del puerto como sistema general portuario, para cuya formulación es necesario que se encuentre aprobado el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, así como la falta de previsión alguna al respecto con el suficiente grado de detalle en el Plan General de Ordenación Urbana de Melilla acerca de la posibilidad de construir un edificio como el proyectado en la zona de servicio del puerto hacen de todo punto inviable el otorgamiento de la preceptiva licencia municipal, siendo procedente su denegación. Igualmente, la falta de otorgamiento previo de la concesión demanial impediría al particular obtener la preceptiva licencia municipal y al órgano competente otorgarla.

**Tercera.-** Cualquier actuación como la que ha dado pie a este informe debería esperar a la aprobación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, delimitador de una zona de servicio con inclusión de los espacios de tierra y de agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios, los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria y aquellos que, como el terreno donde se pretende construir el Centro, puedan destinarse a los usos no portuarios mencionados en el artículo 94 de la Ley 48/2003, así como a la aprobación de un Plan Especial, que pormenore y asigne los usos específicos admisibles en esa zona, dado que, como se ha expuesto y queda acreditado en la documentación que acompaña a su escrito, éstos no aparecen predeterminados ni siquiera en magnitudes máximas en el vigente Plan General de Ordenación Urbana de la Ciudad Autónoma de Melilla.

## **112.- Informe sobre posible revisión de un acuerdo de la Autoridad Portuaria por el que se modifica una concesión demanial sin exigirse declaración de impacto ambiental**

### **Resumen**

Consulta sobre la posible revisión del acuerdo de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife por el que se modificó una concesión demanial sin exigirse declaración de impacto ambiental. Improcedencia de apreciar la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC; apreciación de la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC; argumentos para ello. Posible responsabilidad patrimonial de la Autoridad Portuaria por razón: 1) mayores gastos en que incurra el concesionario como consecuencia de la evaluación de impacto ambiental; y 2) retraso en la ejecución de la obra (imposibilidad de ejecutar las obras hasta que se haga la declaración de impacto ambiental); concurrencia de causas en la producción del resultado lesivo; aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre concurrencia de causas en la producción del daño: moderación o atenuación de la responsabilidad.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS

**Fecha:** 31 de julio de 2009

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la revisión de oficio del acuerdo de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2004, por el que se modifica la concesión otorgada el 26 de febrero de 2002 a la entidad "X, S.A." para la construcción y explotación de un puerto deportivo y club de mar en la zona de servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1) Con fecha 26 de febrero de 2002 y tras la realización de los trámites oportunos previstos en la normativa aplicable, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife otorgó a la entidad "X, S.A." una concesión administrativa para la construcción y explotación de un puerto deportivo y club de mar (folio 480 del expediente). La oportuna solicitud por parte de esa entidad había sido presentada el 13 de noviembre de 1997 (folio 1), habiéndose formulado la correspondiente declaración de impacto ambiental con fecha de 11 de enero de 2001 (BOE de 9 de febrero).
- 2) El 8 de octubre de 2004, antes de que se realizase el replanteo de la concesión, la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, cumpliendo con las previsiones legales, más concretamente, con lo dispuesto en el artículo 114.1.c) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General (Ley 48/2003) acordó la revisión de la concesión otorgada como consecuencia de la necesidad de su adaptación a las nuevas previsiones de los instrumentos de ordenación de la zona de servicio del puerto, a raíz de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Santa Cruz de Tenerife (folio 673).

Es importante resaltar, por lo que aquí interesa, que en la tramitación oportuna de esa revisión concesional se aportó por la concesionaria un informe del Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, D. .... (folio 625) en el que se considera que la nueva actuación propuesta cumple

con los condicionantes impuestos por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de Evaluación de Impacto Ambiental, que modificó el Real Decreto Legislativo 1302/1986, sobre Impacto Ambiental, y por la Ley 48/2003, sometiéndola a las consideraciones de la Autoridad Portuaria, no entendiéndose, por tanto, preciso un nuevo estudio ambiental.

El 15 de junio de 2004 (folio 637), se emitió informe por el Abogado del Estado- Jefe de Santa Cruz de Tenerife sobre la necesidad de someter al procedimiento de evaluación de impacto ambiental la modificación del proyecto del “Puerto Deportivo de San Andrés”, objeto de la concesión conferida en fecha 26 de febrero de 2002 a la entidad mercantil “X, S.A.” respondiendo que el contraste, adveración o confirmación, en su caso, del criterio contenido en el citado informe debía hacerse por el Director de la Autoridad Portuaria, que es a quien corresponde determinar si el cambio propuesto puede o no tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente.

En fecha no determinada, el Director de la Autoridad Portuaria emitió informe relativo a la ausencia de efectos adversos significativos sobre el medio ambiente de la revisión de la concesión, concluyendo que la revisión propuesta no tenía encaje ni en el Anexo I ni en el Anexo II del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986 (Grupo 9, apartado K), tras el examen particularizado del último de ellos, negando la concurrencia de todas las incidencias previstas en el mismo que podrían determinar la necesidad de esa evaluación ambiental (folio 644).

La Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, aceptando el informe emitido por su Director, acordó la revisión indicada sin exigir evaluación de impacto ambiental.

- 3) El 22 de abril de 2005 (folio 724), el Presidente de la Autoridad Portuaria se dirigió al Presidente de Puertos del Estado adjuntando Memoria Resumen del Proyecto del Parque Marítimo, modificado con posterioridad a la declaración de impacto ambiental, para que el Ministerio de Medio Ambiente pudiese resolver, si fuera el caso, la Innecesariedad de realizar una nueva tramitación de impacto ambiental.
- 4) El 20 de septiembre de 2005 (folio 725), el representante de la entidad concesionaria comunicó a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife que, aunque se había procedido a otorgar el acta de replanteo de la concesión el día 23 de diciembre de 2004 (folio 695), no habían podido concluirse por su extensión y complejidad los estudios ambientales previos a los que se refería la concesión originaria, por lo que solicitaba una prórroga del plazo de inicio de las obras previsto en la condición 8ª en dos meses más hasta el día correlativo de 2006, a lo que el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria accedió en acuerdo de 26 de septiembre de 2005 (folio 731), autorizando una prórroga de dos meses contados desde el 4 de noviembre de 2005. El 30 de diciembre de 2005, la entidad concesionaria, adjuntando el acta de replanteo e iniciación de obras (folios 734 y 735), comunicó el inicio de las obras.
- 5) El 31 de enero de 2006 la Autoridad Portuaria se dirigió a la concesionaria comunicándole que, como consecuencia de la experiencia de la misma en relación con la modificación de proyectos en entornos sensibles y siguiendo las recomendaciones que, al respecto, fueron transmitidas a esa Entidad por “Puertos del Estado”, se había decidido elevar a consulta al Ministerio de Medio Ambiente, a efectos de que, en su caso, se pronunciase expresamente sobre la Innecesariedad de realizar una nueva tramitación de impacto ambiental, para lo cual se solicitaba que aportase una determinada documentación, comprometiéndose a agilizar las tramitaciones correspondientes y a promover las reuniones necesarias con la finalidad de obtener el pronunciamiento favorable del citado Ministerio respecto de la Innecesariedad de una nueva tramitación ambiental del proyecto modificado. (folio 736). El 16 de mayo de 2006 se remitió por la Autoridad Portuaria la información complementaria solicitada (folio 795).
- 6) A partir del mes de marzo de 2006 (folios 738 y siguientes), la entidad concesionaria, a través de la unión temporal de empresas adjudicataria de las obras (formada por “A, B y C”) intentó iniciar las obras por accesos no previstos en el proyecto, dentro de la zona de servicio, pero la Autoridad Portuaria no lo permitió, estimando que tales accesos resultaban incompatibles con otras obras en ejecución (folios 748 y 751). Por otro lado, ni el Ayuntamiento de Santa



Cruz de Tenerife, que llegó a incoar un expediente sancionador, con suspensión inmediata de las obras de limpieza de los terrenos realizadas sin autorización (folio 778), ni el Cabildo Insular de Tenerife autorizaron el acceso por los lugares previstos en el proyecto.

- 7) El 10 de julio de 2007 (folio 936) Puertos del Estado dio traslado a la Autoridad Portuaria de copia del escrito de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental comunicando la decisión de la misma de someter a procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto modificado promovido por "X, S.A.," notificándose a esta sociedad el 22 de agosto siguiente. Consta la emisión de diversos informes del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y del Gobierno Canario en el seno del expediente incoado por dicha Dirección General (folios 941 y siguientes). El 6 de noviembre de 2007 (folio 997) la Autoridad Portuaria notificó a la concesionaria que, a la vista de la resolución de la citada Dirección General, consideraba improcedente la ejecución de los trabajos de vigilancia ambiental que había contratado.
- 8) El 11 de enero de 2008 (folio 998), la entidad concesionaria presentó un escrito ante la Autoridad Portuaria exponiendo que, ante la situación jurídica en la que se encontraba la entidad como consecuencia, primero, de la actuación de hecho y, después, de la inactividad de la Autoridad Portuaria, que le estaba impidiendo el legítimo disfrute de los derechos derivados de su concesión y le estaba ocasionando unos gravísimos daños y perjuicios, reclamaba de dicha entidad pública el ejercicio, en la forma y por el procedimiento establecido en la ley, de las actuaciones administrativas que procediesen en Derecho para permitir a la reclamante el ejercicio y disfrute de los derechos derivados de la concesión y el cese de las actuaciones administrativas que estaban impidiendo el ejercicio de dichos derechos o, en su caso, el rescate de la concesión, todo ello, con las consecuencias indemnizatorias procedentes.

Es importante destacar que, aunque de una forma un tanto confusa, la concesionaria solicitó en dicho escrito bien que se le permitiese y facilitase por la Autoridad Portuaria el ejercicio y disfrute de sus legítimos derechos concesionales derivados del acuerdo de 8 de octubre de 2004, con las indemnizaciones procedentes para el adecuado restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión, bien, si se considerase necesaria una previa y nueva declaración de impacto ambiental, que se acordase formalmente la suspensión o paralización de las obras y simultáneamente se incoase y resolviese por la Autoridad el procedimiento legalmente previsto para revisar de oficio, por razones de legalidad, del acuerdo de 8 de octubre de 2004, también con las consiguientes indemnizaciones y, por último, que se procediese al rescate de la concesión con el abono de todos los daños y perjuicios causados. La Entidad concesionaria añadía que " para el caso de que la Administración no acordase de oficio la incoación, el presente escrito debe considerarse, de conformidad con lo previsto en los citados artículos de la Ley 30/1992, como "instancia del interesado" a efectos de la incoación del correspondiente expediente de revisión de ese acuerdo (...)"

9) La Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife remitió a Puertos del Estado, el 5 de mayo de 2008, el mencionado escrito, instando ella misma la revisión de oficio del acuerdo de 8 de octubre de 2004 (folio 1037). El 21 de noviembre de 2008, la concesionaria dirigió un escrito a la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento reiterando la petición de revisión de oficio de la resolución de 8 de octubre de 2004 ante la falta de respuesta a su petición de 11 de enero. Un día antes, se había presentado un escrito y documentos idénticos en Puertos del Estado (folios 1355 y siguientes). El 12 de diciembre de 2008, el Presidente de Puertos del Estado se dirigió al Presidente de la Autoridad Portuaria solicitándole un informe explicativo de los antecedentes de hecho del acuerdo de 8 de octubre de 2004, en el que se contenga el criterio de esa Autoridad sobre las distintas peticiones del concesionario, incluyendo las de indemnización de daños y perjuicios (folio 1669).

El 13 de febrero de 2009 se emitió el citado informe por el Director del Puerto, manifestando, en síntesis, en lo relativo a la ejecución de las obras, que no resultaba posible a la Autoridad Portuaria su autorización, sin que, previamente, se tramitase el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y se dictase declaración favorable, trámites que no habían sido cumplimentados por "X, S.A.", habiéndose optado por proponer la revisión de oficio del acuerdo al haberse

omitido un requisito absolutamente necesario, lo que conduce irremediabilmente al supuesto de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992. En cuanto a los efectos indemnizatorios, distinguía entre los gastos en que hubiese incurrido efectivamente el concesionario como consecuencia del acuerdo de revisión y aquellos otros que derivaban de la ejecución y que traen causa de circunstancias ajenas a la Autoridad Portuaria (folios 1673 y siguientes).

Según se indica en la solicitud de informe, el 30 de junio de 2009, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria acordó la suspensión de la eficacia de la concesión otorgada a "X, S.A.":

- 10) Por último, no se puede olvidar que la sociedad concesionaria interpuso en el año 2008 dos recursos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Por un lado, el recurso nº 206/2008, por inactividad de la Autoridad Portuaria, consistente en no dar cumplimiento a la obligación de facilitar al recurrente el ejercicio de su concesión y no dictar, en su caso, los acuerdos de paralización de las obras o suspensión de la concesión, recurso ya contestado por el Abogado del Estado en representación de la Autoridad Portuaria, y, por otro lado, el recurso nº 43/2008, contra la desestimación presunta de la petición de revisión de oficio del acuerdo de la Autoridad Portuaria de 8 de octubre de 2004.
- 11) El 7 de julio de 2009, el Presidente de Puertos del Estado, previa relación sucinta de los hechos más relevantes del expediente, formula a la Abogacía General del Estado consulta sobre la procedencia de incoar el expediente de revisión de oficio de la resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2004, por la que se acordó la revisión de la concesión otorgada a "X, S.A.," solicitando asimismo el criterio de este Centro Directivo sobre la petición de la sociedad concesionaria de indemnización de daños y perjuicios y de los criterios para su determinación, en el supuesto de que se declarase la nulidad de la referida resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

- I -

La primera cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo consiste en determinar la procedencia de incoar expediente de revisión de oficio de la resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2004 por la que se acordó la revisión de la concesión otorgada a "X, S.A.":

Como quiera que el escrito de consulta alude a la revisión de oficio de dicha resolución y dado que en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) se regula, bajo la rúbrica de "revisión de oficio" tanto la revisión de actos (y disposiciones) nulos como la declaración de lesividad de actos anulables, debe precisarse, ante todo, que en el caso a que se refiere el presente informe debe quedar descartada la modalidad de revisión de oficio en que consiste la declaración de lesividad de la mencionada resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, y ello en razón de haber transcurrido el plazo de cuatro años que establece, como límite temporal para la declaración de lesividad de los actos administrativos, el artículo 103.2 del citado texto legal.

Hecha la anterior precisión, y quedando únicamente como vía de revisión de oficio la que corresponde a los actos nulos de pleno derecho, ha de examinarse tanto el supuesto de nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC –que sanciona con nulidad de pleno derecho el caso de "los (actos) dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido–, como el supuesto de nulidad de pleno derecho a que se refiere el artículo 62.1.f) de dicho texto legal –que sanciona con nulidad de pleno derecho "los

actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición “–, y ello en razón de que, si bien en el escrito de consulta se alude a que según “la doctrina del Consejo de Estado y la Jurisprudencia la declaración de impacto ambiental (declaración que se omitió en la revisión de la concesión) de un proyecto es un requisito necesario “ –lo que da a entender que se contempla la causa de nulidad que establece el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC–, dicho escrito alude luego al supuesto de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de dicho texto legal.

#### Causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC

Consistiendo la causa de nulidad que establece en inciso inicial del artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC en haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ha de señalarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ha interpretado en el sentido de que para que un acto administrativo incurra en nulidad de pleno derecho por tal causa no es suficiente con que se prescinda de un trámite, sino que es necesario que se haya omitido de forma total y absoluta el procedimiento legalmente establecido.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1976 (ar. 715), citando la doctrina contenida en las sentencias de 10 de noviembre de 1964, 10 de diciembre de 1965, 31 de marzo y 15 de noviembre de 1966 y 2 de enero de 1968, entre otras, declara que “para que se dé la nulidad de pleno derecho es imprescindible no la infracción de alguno o algunos de los trámites por esenciales que sean, sino la falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para ello”.

Por su parte, la sentencia de 7 de marzo de 1963 (ar.1141) declara que “el matiz tal rotundo y reiterado de la expresión <total y absolutamente> que contiene el artículo 47 número 1 apartado c) de la Ley Procedimental denota claramente la finalidad de resaltar al máximo la mens legislatoris de que en atención al procedimiento sólo podrá estimarse el acto administrativo nulo de pleno derecho si se ha prescindido total y absolutamente de las normas establecidas para su confección y emisión; pero no se puede llegar a esta declaración, existiendo procedimiento, si sólo de ha producido omisión parcial de trámites, lo que sin duda implica una de las muchas formas de concreción de las anulabilidades relativas que recoge la amplia redacción del artículo 48 en sus nº 1º y 2º de igual disposición legal, no todo vicio de procedimiento determina la invalidez de los actos, sino solo los esenciales o que produzcan indefensión a los interesados”.

En parecidos términos se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1980 (ar.3925), al señalar que “una reiterada jurisprudencia viene proclamando la necesidad de administrar con prudencia y moderación la teoría de las nulidades, en el sentido de valorar adicionalmente todos los aspectos positivos y negativos de su aplicación, destacándose en este sentido que la salvaguardia de las formalidades es garantía tanto de la Administración como de los administrados, constituyendo un elemento decisivo para ello, al asegurar una actuación vinculada siempre a los trámites y al procedimiento preestablecido, de lo que se infiere que, para una recta aplicación de la nulidad establecida en el ap c) del artículo 47 antes aludido, el empleo de los dos adverbios allí reflejados -totalmente y absolutamente- recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esa nulidad de pleno derecho es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino de la falta total del procedimiento para dictar el acto”.

Esta misma doctrina se mantiene en las más recientes sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1991, 31 de enero de 1992, 22 de marzo de 1994, 28 de abril de 2000 y 18 de marzo de 2002, entre otras.

Siendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la causa de nulidad de pleno derecho que establece el artículo 62.1.e), inciso inicial, de la LRJ-PAC la indicada, la apreciación de esta causa de nulidad de pleno derecho en el supuesto a que se refiere el presente informe –omisión de la declaración de impacto ambiental en la revisión de la concesión dema-

nial otorgada a “Parque Marítimo Anaga S.A”– exige precisar la configuración de la declaración de impacto ambiental.

A la vista del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, vigente en la fecha en que se acordó la revisión de la concesión demanial otorgada a la referida sociedad (“El estudio de impacto ambiental será sometido dentro del procedimiento aplicable para la autorización o realización del proyecto al que corresponda, y conjuntamente con éste, al trámite de información pública y demás informes que en el mismo se establezcan. Si no estuviesen previstos estos trámites en el citado procedimiento, el órgano ambiental procederá directamente a someter el estudio de impacto a un período de información pública y a recabar los informes que en cada caso considere oportunos”) y del artículo 4 de dicho texto legal (“Con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, autorización de la obra, instalación o actividad de que se trate, el órgano competente remitirá el expediente al órgano ambiental, acompañado, en su caso, de las observaciones que estime oportunas, al objeto de que éste formule una declaración de impacto, en la que determine las condiciones que deban establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales”), así como de las consideraciones que se recogen en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 13/1998, de 22 de enero, la declaración de impacto ambiental no es por sí misma un procedimiento dotado de sustantividad y autonomía propias, distinto del procedimiento aplicable a la autorización o realización del proyecto, sino que se integra en este último procedimiento, respecto del cual constituye un trámite.

Pues bien, si la declaración de impacto ambiental es un trámite del procedimiento “sustantivo”, esto es, del procedimiento tendente a la autorización del proyecto, instalación o actividad que se pretenda realizar y si la revisión de una concesión de dominio público portuario ha de seguir el procedimiento establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 110 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, en el caso de que la modificación que entrañe la revisión sea esencial o, en otro caso, el procedimiento que establece el inciso final del artículo 13 de dicho texto legal (informe previo del Director de la Autoridad Portuaria que ha de ser elevado por el Presidente al Consejo de Administración para la resolución que proceda), la omisión de declaración de impacto ambiental en el procedimiento “sustantivo” de revisión de una concesión de dominio público no equivale, una vez que se ha observado este último procedimiento, a una omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, constitutiva de causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1e) de la LRJ-PAC en el sentido que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para poder apreciar esa causa de nulidad.

Debe, pues, concluirse la improcedencia de apreciar la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1 e) de la LRJ-PAC.

Causa de nulidad del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC

Descartada la aplicación de la causa de nulidad del artículo 62.1.e) de la LRJ-PAC, procede examinar si existe la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de dicho texto legal, precepto este último que declara la nulidad de pleno derecho de “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”

Para resolver esta cuestión ha de traerse a colación la doctrina sentada por el

Consejo de Estado, entre otros, en los dictámenes nº 6/97, de 17 de abril de 1997; nº 1494/97, de 8 de mayo de 1997; y nº 3380/1998, de 8 de octubre de 1998, que se pronunciaron en los siguientes términos:

- a) “(...) la carencia de tales ‘requisitos esenciales’ debe entenderse concurrente sólo en casos extremos en los que sea patente la ausencia de un presupuesto esencial (por ejemplo, como se ha destacado en alguna ocasión anterior, cuando falta el título de médico para ser nombrado Médico Forense), pero no, en cambio, en aquellos otros casos –como el presente– en los que la controversia deriva de una mera interpretación (con eventuales

soluciones razonablemente divergentes) de una norma jurídica” (dictamen 6/97, de 17 de abril de 1997).

- b) “(...) los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o en cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de interpretación estricta por su reconocido carácter excepcional. Podría decirse que dentro de la teoría de la invalidez de los actos la nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general. Esta afirmación es tanto más procedente en supuestos como el recogido en el artículo 62.1, apartado f), que al utilizar una formulación de perfiles poco claros, su interpretación expansiva provocará no sólo una desnaturalización sino también la de la propia configuración del vicio de nulidad radical como categoría jurídica, pues se convertiría en la regla general. De esta manera, no cabría interpretar el artículo 62.1, apartado f) en el sentido de que cualquier acto administrativo que reconozca ilegalmente derechos o facultades a un administrado tiene cabida en el referido precepto legal, pues dicho administrado carecerá en tal caso de los ‘requisitos esenciales’ para su adquisición con el argumento de que se carece de ‘tales requisitos esenciales’ para adquirir algo contrariamente a Derecho” (dictamen 1494/97, de 8 de mayo de 1997).
- c) “(...) Una aplicación en puridad de dicha categoría (la del artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC), de modo que permita darle significado y entidad propia por contraste con los supuestos de anulabilidad (del artículo 63 de la misma Ley 30/1992), postula evitar un entendimiento amplio de los ‘requisitos esenciales’ para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez. En particular, procede recordar –decía el dictamen 1393/98– el criterio riguroso que se viene aplicando para subsumir un caso en el supuesto del artículo 62.1.f), por cuanto una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por su concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendiendo por tal el legalmente exigido) arrancaría la distinción entre grados de invalidez y atentaría gravemente contra la seguridad jurídica, al permitir cuestionar en cualquier momento no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario” (dictamen 3380/98, de 8 de octubre de 1998).

Aplicando los criterios sentados por el Consejo de Estado en los dictámenes de que se ha hecho mención al supuesto a que se refiere el presente informe, cabe entender, a juicio de este Centro Directivo, que la resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife por la que se acordó la revisión de la concesión otorgada a “Parque Marítimo Anaga S.A” incurre en la causa de nulidad de pleno derecho de que se trata, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

No puede desconocerse que el supuesto de nulidad de pleno derecho que establece el artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC gira en torno, y éste es su elemento nuclear, a la falta de requisitos esenciales para la adquisición de un derecho o facultad. Como se indica en el dictamen del Consejo de Estado nº 1974, de diciembre de 1994 y se reitera en el dictamen 1537/1994, de 27 de mayo de 1994, “a diferencia de la Ley 30/1992, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no contemplaba esta causa de nulidad que refiere el artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC. El origen de la introducción de esta causa de nulidad radical puede encontrarse en la doctrina de este Consejo de Estado, que durante la vigencia de la Ley de 1958 entendió en diversos expedientes que la ausencia de presupuestos esenciales para adquirir un derecho es un vicio que determina la nulidad de pleno derecho del acto que lo sufra”

Siendo, pues, la falta o carencia de requisitos esenciales para la adquisición de un derecho o facultad el elemento verdaderamente configurador del supuesto de nulidad radical que sanciona

el artículo 63.1 f) de la LRJ-PAC, habrá de distinguirse, como hace la propia doctrina del Consejo de Estado (vid, por todos, el dictamen nº 2554/94 y el antes citado dictamen nº 1437/94, de 27 de mayo de 1994), entre “requisitos esenciales” y “requisitos necesarios”, dado que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de un derecho o facultad merecen la calificación de esenciales.

Partiendo de la anterior premisa, entiende este Centro Directivo que, regulada en la fecha en que se dictó la mencionada resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, por el Real Decreto-Legislativo 1.302/1980, de 28 de junio, modificado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, la evaluación de impacto ambiental debe conceptuarse, en el caso de obras, instalaciones o actividades comprendidas en el Anexo I de dicho Real Decreto Legislativo, no ya como un requisito necesario, sino como esencial, si tiene en cuenta la ponderación conjunta de las siguiente consideraciones:

- 1) Que ordenada la evaluación de impacto ambiental a la preservación de los recursos naturales y del medio ambiente, no puede desconocerse la máxima importancia que tiene esta función, como lo prueba su recomendación de forma especial por los Organismos internacionales y, singularmente, por el PNUMA, la OCDE y la CEE (según declara la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1.302/1.986, de 28 de junio) y, sobre todo, su reconocimiento o sanción constitucional; así, el artículo 45 de la Norma Fundamental dispone en su apartado 1 que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”, añadiendo el apartado 2 que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente...”
- 2) El carácter imperativo con que se pronuncia, para exigir la evaluación del impacto ambiental, el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1.302/1986, de 28 de junio, conforme al cual “los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de obras, instalaciones o de cualquier otra actividad comprendida en el anexo del presente Real Decreto Legislativo, deberán someterse a una evaluación de impacto ambiental, en la forma prevista en esta disposición, cuyos preceptos tienen el carácter de legislación básica...”

Pues bien, si la preservación de recursos naturales y del medio ambiente es, como se ha dicho, una función fundamental que, con base en el artículo 45 de la Constitución y en la normativa de la CEE, ha dado lugar a un completo y, a la vez, complejo conjunto de normas legales y si, a su vez, y en consonancia con la importancia que esta función tiene la conciencia social, el requisito de la evaluación de impacto ambiental es exigido de forma imperativa para la realización de obras e instalaciones y para el ejercicio de actividades, lo razonable, en coherencia con todo ello, es entender que la evaluación de impacto ambiental se sitúa no ya en el plano de los requisitos necesarios, sino en el plano de los requisitos esenciales para la realización de las obras, instalaciones y actividades respecto de las cuales se predica su exigencia, criterio que viene a confirmar el dictamen del Consejo de Estado nº 63/2001, de 15 de febrero de 2001.

Debe, pues, concluirse apreciando fundamento jurídico suficiente para entender que la resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2004 incurre, al haberse omitido el requisito esencial de la evaluación de impacto ambiental, en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC.

- II -

En segundo lugar, se solicita el parecer de este Centro Directivo sobre la petición del concesionario de indemnización de daños y perjuicios que se le han causado y de los criterios para su determinación, en el supuesto de que se declarase la nulidad del acto controvertido.

La responsabilidad patrimonial de la Administración viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

La regulación legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El artículo 139 de dicha Ley dispone, en sus apartados 1 y 2, lo que sigue:

“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, ya con referencia al régimen jurídico que sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado establecían los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, ya con referencia al régimen dispuesto por la LRJ-PAC, ha precisado en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, constituyendo así un cuerpo de doctrina legal, que sistematiza la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998 y que se completa con otras muchas.

De acuerdo con dichas sentencias, los requisitos en cuestión son:

- 1) Que el particular sufra una lesión en sus bienes y derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica. (sentencias de 19 de abril y 21 de julio de 2005 y 17 de enero de 2006).
- 2) Que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla. La antijuridicidad del daño o lesión es definida en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1981, al decir que la calificación de este concepto viene dada tanto por ser contraria a Derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto. En iguales términos se pronuncian las sentencias de 10 de octubre de 1997, 31 de octubre de 2000, 30 de octubre de 2003 y 17 de enero de 2006, entre otras muchas.
- 3) Que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, requisito especialmente contemplado en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1981 y 10 de diciembre de 1982 que, al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece. En similares términos se pronuncian las de 29 de octubre y 12 de noviembre de 1996, 15 de junio y 29 de junio de 2002.
- 4) Que exista un nexo causal entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, y éste no sea consecuencia de un caso de fuerza mayor. Si bien, en un principio, se exigía rigurosamente por la jurisprudencia que la relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso fuese directa y exclusiva (sentencias de 20 y 17 de octubre de 1980), la jurisprudencia más moderna admite la concurrencia de causas de tercero y del propio perjudicado, bien que moderando en estos casos la responsabilidad de la Administración.

En este sentido, si bien la doctrina jurisprudencial exigía en un primer momento que el daño fuese consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público «en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto» (sentencias de 15 de febrero de 1968, 14 de octubre de 1969 y 22 de julio de 1988, entre otras), la nota de exclusividad es entendida en la jurisprudencia más moderna y actual en sentido relativo, no absoluto, pues si esta nota puede y debe exigirse con rigor en supuestos dañosos acaecidos por funcionamiento normal del servicio público, en los supuestos de funcionamiento anormal del mismo el hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación o de atemperar la indemnización a las características concretas del caso examinado -sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 10 de febrero de 1989, entre otras muchas-.

A mayor abundamiento y por lo que se refiere a la imputación de los daños a la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, lo primero que debe señalarse es el criterio amplio de este concepto, que se refiere, como señala la sentencia de 16 de febrero de 2005, 5 de junio, que cita las de 5 de junio de 1989 y 22 de marzo de 1995, a toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

Por otra parte, la atribución de responsabilidad en los hechos a los propios perjudicados no supone excluir la responsabilidad de la Administración, salvo que aquélla resulte absolutamente determinante. En este sentido, la sentencia de 14 de octubre de 2004 (ar. 7414) declara lo siguiente:

“La jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, mas no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en sentencia de 18 de julio de 2002 pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, sentencia de 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras), y que, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (sentencia de 25 de enero de 1997, por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Sentencia de 5 de junio de 1997).

Y es que en la actualidad, y como pone de relieve la Sentencia de 25 de mayo de 2000, no cabe sostener de manera absoluta el principio de exclusividad, puesto que la interferencia de terceros no es bastante “per se” para eliminar en todo caso la influencia que en la producción del resultado final haya podido tener el actuar de la Administración; otra cosa es que tal interferencia pueda generar una serie de concausas con relevancia a la hora de fijar el “quantum” indemnizatorio, si bien la cuestión habrá de dilucidarse en cada caso concreto en función de las circunstancias concurrentes.

Por último, es también necesario que la reclamación se presente dentro del año siguiente al hecho que motive la indemnización o de manifestarse el efecto lesivo. En este sentido, el artículo 142.5, primer inciso, de la Ley 30/1992 establece textualmente que “en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”.



## - III -

Llegados a este punto, y a los efectos de precisar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, es fundamental tener presente las circunstancias del caso concreto.

De los datos obrantes en el voluminoso expediente remitido se deduce con bastante claridad que, si bien en un primer momento no se consideró necesaria, para acordar la revisión concesional el 8 de octubre de 2004, la evaluación de impacto ambiental, unos meses después, concretamente el 22 de abril de 2005 (folio 724), parece reconsiderarse esa decisión cuando el Presidente de la Autoridad Portuaria remitió al Presidente de Puertos del Estado Memoria Resumen del Proyecto modificado "... para que el Ministerio de Medio Ambiente pueda resolver, si es el caso, la no necesidad de realizar una nueva tramitación reglada de impacto ambiental".

En esa fecha la entidad concesionaria no estaba en condiciones de iniciar las obras del proyecto modificado. Es más, solicitó expresamente (folio 725) una prórroga del plazo de inicio previsto en la condición 8ª del Pliego de condiciones de la concesión, en dos meses más, hasta el mes de enero de 2006, siéndole otorgada esa prórroga el 26 de septiembre de 2005 (folio 731), hasta que el 30 de diciembre de 2005 comunicó que se había formalizado el acta del replanteo el 27 de diciembre anterior y que habían comenzado las obras (folios 734 y 735).

El 31 de enero de 2006 (folio 736), la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife puso en conocimiento del concesionario que se había procedido a formular la oportuna consulta al Ministerio de Medio Ambiente para que se pronuncie expresamente sobre la Innecesariedad de realizar una nueva tramitación de impacto ambiental.

A partir de ese momento y con independencia del trámite que siguió esa consulta que, de momento, ha determinado la existencia de una resolución del Ministerio de Medio Ambiente de 12 de junio de 2007, notificada a la concesionaria el 22 de agosto siguiente, concluyendo la necesidad de una nueva evaluación de impacto ambiental del proyecto modificado, y de que ello pudiera determinar una revisión de oficio del acuerdo de 8 de octubre de 2004, por falta de ese requisito esencial, lo cierto es que, desde la perspectiva de una posible responsabilidad patrimonial de la Autoridad Portuaria, no cabe imputar a esta entidad pública en exclusiva los posibles daños derivados de la no ejecución de las obras.

Si bien la Autoridad Portuaria, como afirma el Director de la misma en su informe de 13 de febrero de 2009, no pudo autorizar las obras en que consiste el proyecto, sin que previamente se tramitase el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y se dictase declaración favorable, lo que no ha ocurrido todavía, habiendo originado esa conducta un daño a la concesionaria, lo cierto es que, como pone de manifiesto el expediente, han concurrido dos circunstancias que hubieran impedido, cada una de ellas por sí mismas, el inicio real y efectivo de las obras, a partir de enero de 2006, aunque se hubiese obtenido previamente la declaración de impacto ambiental favorable o aunque, al final, se hubiera considerado no necesaria la misma, sin que ninguna de ellas sea imputable a la Autoridad Portuaria. En definitiva, para imputar únicamente a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife la responsabilidad exigida por la entidad concesionaria faltaría uno de los requisitos básicos para la exigencia de la misma, cual es la existencia de una lesión o daño imputable en exclusiva a dicha Autoridad Portuaria que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público que presta la misma.

En efecto, como resulta del acuerdo concesional y ratifica el informe último del Director del Puerto, de 13 de febrero de 2009, el desarrollo de las obras debía hacerse, de acuerdo con el proyecto aprobado, por los accesos previstos en el proyecto de construcción, cuya utilización exigía obtener las autorizaciones administrativas previas de otros entes públicos, como, por otro lado, se encarga de resaltar la condición 3ª del Pliego de Condiciones (folio 677).

Pues bien, como pone de manifiesto el citado informe, dichas autorizaciones no se obtuvieron por causas ajenas a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife. Los accesos

alternativos que ofreció el concesionario y que hubieran determinado una modificación del proyecto no pudieron admitirse, por cuanto que resultaban incompatibles con otras obras que estaba realizando la Autoridad Portuaria. Si bien no hay constancia expresa en el expediente de las decisiones obstativas de esos entes públicos (Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y Cabildo de Tenerife), pueden haberse producido dos situaciones. O bien que se haya solicitado la autorización por el acceso previsto en el proyecto, denegándose indebidamente el mismo, o bien que se haya solicitado el acceso por un lugar improcedente, denegándose por esta razón la autorización. Pues bien, en cualquier caso, la responsabilidad derivada de la adopción de esas decisiones por parte de los citados entes es ajena a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife que no puede hacerse, por tanto, responsable, de las mismas, sirviendo todo ello para modular su responsabilidad por la no ejecución del proyecto.

Aunque la concesionaria insiste reiteradamente en su escrito de reclamación de 11 de enero de 2008 en que, la negativa por parte de la Autoridad Portuaria citada, en los meses de abril y mayo de 2006, a otorgar otras autorizaciones (de ocupación de terrenos para oficinas y para acceso de camiones o traslado de maquinaria – folios 746 a 796–) ha supuesto una conducta obstativa de la misma que ha impedido de facto el ejercicio de sus derechos concesionales, todas esas decisiones están fundadas convenientemente, por lo que la aseveración de la entidad concesionaria no deja de ser subjetiva y no debe servir de base para el reconocimiento de una responsabilidad patrimonial exclusiva de la Autoridad Portuaria que, como es lógico, debe velar por el correcto ejercicio de esos derechos de acuerdo con los términos y condiciones contenidas en el acuerdo concesional y aceptados por la concesionaria.

La única manifestación expresa realmente obstativa de la Autoridad Portuaria a la ejecución de la concesión en los términos del acuerdo de 8 de octubre de 2004 se contiene en el folio 997 del expediente del que resulta que el 6 de noviembre de 2007, a la vista del “Plan de Vigilancia Ambiental de la obra civil de la concesión administrativa otorgada a la entidad Parque Marítimo ANAGA S.A. Informe de seguimiento Ambiental”, presentado por cuenta de la sociedad concesionaria por la entidad Aemon 07 Oceanográfico S.L, el Director en funciones de la Autoridad Portuaria, considerando que por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente se había adoptado la decisión de someter a procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto modificado, entendió improcedente la ejecución de los trabajos objeto de los informes de referencia.

Por otro lado, el contrato que se celebró entre la sociedad concesionaria y la unión temporal de empresas adjudicataria de las obras (folios 1191 y siguientes estaba condicionado a que por la contrata (es decir, la unión temporal de empresas) se obtuvieran “.. más de las 2/3 partes de los materiales a emplear en la obra objeto del presente contrato de las obras de restauración de la cantera de Jagua” (cláusula decimoséptima - folio 1204). Dicha cláusula continúa diciendo que:

“Igualmente la CONTRATA se obliga a disponer y ubicar en la misma cantera de Jagua, las instalaciones necesarias para el acopio de escolleras, plantas de machaqueo, plantas de hormigón, parque de prefabricados, etc, necesarias para las obras del presente contrato.

El incumplimiento de estas obligaciones serán causa específica de resolución del presente contrato por causa imputable a la CONTRATA’

Por otra parte, la propia cláusula decimoséptima del contrato comienza diciendo que “habida cuenta lo señalado en los expositivos de este contrato sobre la relevancia, con verdadera categoría de causa de este contrato, de la manifestación realizada por la CONTRATA de poder disponer de los materiales necesarios para la obra, como consecuencia de la restauración de la Cantera de Jagua.... (...)”

Pues bien, la obligación que asumió la unión temporal de empresas no se ha cumplido ni está en condiciones de cumplirse, por lo que, aunque se hubiera obtenido declaración de impacto ambiental o ésta no hubiera sido necesaria, tampoco se hubiera dado cumplimiento al contrato y ello por causa no imputable a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife.

En este sentido, debe manifestarse que la cantera en cuestión, conocida como cantera “Los Pasitos”, no ha podido ser restaurada en los términos expuestos en el contrato, como así se desprende de la contestación a la demanda del Abogado del Estado en el recurso contencioso-administrativo 206/2008, evacuada el 29 de enero de 2009, en la que textualmente se dice (pág. 25):

“A mediados de 2006 (Boletín Oficial de Canarias nº 191, de 24 de septiembre), la empresa SATO S.A., que forma parte de la UTE ANAGA, presentó, el 22 de junio, en la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio del Gobierno de Canarias, solicitud de evaluación ambiental para el proyecto “Remodelación geomorfológica y paisajística de la cantera Los Pasitos”. La resolución de dicha evaluación resultó desfavorable.

Los materiales que en su caso se hubieran extraído de la cantera como consecuencia de aquel proyecto de remodelación son los que el concesionario se obligó a aportar para la ejecución de la concesión revisada el 8 de octubre de 2004.

Actualmente, tras la resolución ambiental desfavorable, se está tramitando un nuevo procedimiento ambiental sobre la modificación que se ha propuesto de aquel proyecto inicial y superar así los inconvenientes puestos de manifiesto por el Gobierno Canario. A día de hoy no ha recaído resolución ambiental con lo que la remodelación no se ha iniciado y, por tanto, el concesionario no se encuentra en condiciones de cumplir una de las obligaciones del contrato que firmó, ni las obras del puerto en condiciones de iniciarse.

En conclusión, no existe relación directa entre la pretendida inactividad de la Autoridad Portuaria y el no desarrollo normal de la concesión.”

Por otro lado, y como señala acertadamente el Director de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz en su informe, debido a estas incidencias se ha superado ampliamente el plazo de ejecución de las obras que, conforme al contrato suscrito el 26 de diciembre de 2005 (el acta de replanteo es de 27 de diciembre, comunicándose el inicio de las obras el 30 de diciembre siguiente) entre “X S.A.” y “Unión temporal de empresas”, se establecía en 28 meses más 2 meses de prórroga, contados a partir de ese día. Ha transcurrido con creces ese plazo ya y no se está en disposición de explotar la cantera que iba a proporcionar los materiales de la obra y, por tanto, de ejecutar la obra en el plazo previsto.

Al no haberse iniciado las obras no, había necesidad alguna de acordar la suspensión o paralización de las obras previstas en el acuerdo de 8 de octubre de 2004, reiteradamente solicitada por la concesionaria, ni tampoco de la propia concesión, pues ello exigiría que el proyecto, sometido a nueva declaración de impacto, hubiera comenzado a ejecutarse sin el cumplimiento de ese requisito (artículo 9.1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986), lo que no es el caso.

Asimismo - sigue informando el Director - , se hace necesario tener en consideración que el proyecto de construcción presentado por el concesionario el 15 de mayo de 2003 adolece, aún a día de hoy, de falta de tramitación ambiental preceptiva, toda vez que se desarrolla en un ámbito mayor que el evaluado, con mayor superficie de aguas abrigadas, de manera que el morro del Dique de Abrigo alcanza el LIC Sebadales de San Andrés y, además, incluye la construcción de un Contradique no contemplado en la evaluación de impacto ambiental que arranca del extremo Sur del dique de protección de la Playa de Las Teresitas y que se desarrolla en su totalidad dentro del LIC Sebadales San Andrés. También en relación a los usos y aprovechamientos incluidos en el mencionado proyecto de construcción, procedería, en su momento, analizar la viabilidad de su admisibilidad de acuerdo con la legislación de aplicación.

En definitiva, y como antes se ha dicho, aunque se ha iniciado un procedimiento de declaración de impacto ambiental respecto al acuerdo de 8 de octubre de 2004, que revisó la concesión originaria a raíz de la iniciación de los trámites para la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Santa Cruz de Tenerife, lo cierto es que los posibles perjuicios sufridos por la concesionaria no son únicamente consecuencia de una paralización del proyecto derivada de la necesidad de una nueva declaración de impacto ambiental del mismo, sino que derivan

también, por un lado, de la conducta de terceros, ajenos a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, en concreto, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife y el Cabildo Insular de Tenerife, que no han otorgado a la concesionaria los permisos y autorizaciones necesarios para el acceso a la zona de obras, y, por otro lado, de un hecho que se sitúa en la esfera jurídica de la sociedad concesionaria, cual es el no haberse podido conseguir los materiales precisos de la cantera “Los Pasitos” para la ejecución de las obras.

El posible perjuicio sufrido por la sociedad concesionaria no es imputable, por tanto, con carácter exclusivo a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, sin que pueda hablarse, por tanto, de un nexo causal directo, inmediato y exclusivo entre la actuación de dicha entidad pública y el perjuicio. La existencia, en los términos antes indicados, de otras causas, ajenas a la referida Autoridad Portuaria, en la producción de los perjuicios cuya indemnización se reclama sirve para modular la responsabilidad patrimonial de esa entidad pública, de acuerdo con el criterio mantenido por la doctrina jurisprudencial, a la que se ha hecho mención anteriormente, sobre los requisitos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La citada Autoridad Portuaria, como termina diciendo el Director de la misma en su informe, únicamente sería responsable de los posibles gastos en que haya incurrido el concesionario como consecuencia del acuerdo de revisión de 8 de octubre de 2004 y que se puede ver alterado por razón de la tramitación de una nueva evaluación de impacto ambiental a que se ha visto sometido el proyecto revisado tras la decisión adoptada el 12 de junio de 2007 por el Ministerio de Medio Ambiente, notificada a la concesionaria el 22 de agosto siguiente.

En todo caso, será en el expediente de responsabilidad patrimonial que se incoe donde, bajo los parámetros expuestos, deberá precisarse, al máximo, el alcance de la posible responsabilidad de la Autoridad Portuaria por la inejecución de las obras derivadas de la concesión a consecuencia del sometimiento de la revisión concesional a una nueva declaración de impacto ambiental.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado –Dirección del Servicio Jurídico del Estado- somete a su consideración la siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La resolución de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de 8 de octubre de 2004, por la que se acordó la revisión de la concesión demanial otorgada a “X, S.A.”, incurre en la causa de nulidad de pleno derecho que establece el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haberse omitido la evaluación de impacto ambiental, apreciándose, en consecuencia, fundamento suficiente para proceder a la revisión de oficio de la mencionada resolución.

**Segunda.-** Respecto de la responsabilidad patrimonial de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife por los perjuicios que la entidad concesionaria alega haber sufrido por falta de ejecución de las obras, debe apreciarse, en los términos expuestos en el fundamento jurídico III del presente informe, la concurrencia de diversas causas, imputables a la propia Autoridad Portuaria y a terceros, por lo que, en aplicación del criterio mantenido por la jurisprudencia más moderna del Tribunal Supremo, debe modularse o atemperarse la responsabilidad patrimonial de dicha entidad pública.

A la repetida entidad pública alcanza exclusivamente la responsabilidad por los posibles gastos en que incurra el concesionario por razón de las modificaciones o variaciones que deban efectuarse en el proyecto objeto del acuerdo de revisión de 8 de octubre de 2004 como consecuencia de la evaluación de impacto ambiental.

### **113.- Informe sobre la consideración o no de la concesión otorgada a un club náutico para la construcción de obras de atraque y plataforma para servicios náutico-deportivos como una concesión de interés relevante o estratégico a efectos de la prórroga del artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003.**

#### **Resumen**

Consideración o no de la concesión otorgada al Club X para la construcción de obras de atraque y plataforma para servicios náutico deportivos como una concesión de interés relevante o estratégico para el puerto a los efectos de la prórroga de la misma prevista en el artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003, de Régimen Económico y Prestación de Servicios en los Puertos de interés general. Examen detenido del alcance del precepto en cuestión, en especial del vocablo “excepcionalmente” y del concepto jurídico indeterminado “interés relevante o estratégico”. Falta de concurrencia de los requisitos exigidos en ese precepto para acceder a la prórroga interesada.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 23/09

**Fecha:** 5 de noviembre de 2009

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

#### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, al amparo del artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, la consulta formulada por la Abogacía del Estado en las Islas Baleares acerca de la consideración o no de la concesión otorgada al Club X para la construcción de obras de atraque y plataforma para servicios náutico-deportivos como una concesión de interés relevante o estratégico para el puerto a los efectos de la prórroga de la misma prevista en el artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003, de Régimen Económico y Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General.

La consulta viene acompañada del preceptivo proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en las Islas Baleares en contestación a la solicitud de informe formulada al efecto por la Autoridad Portuaria.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- | -

Esta Abogacía General del Estado ya adelanta, a la vista de las consideraciones vertidas en el proyecto de informe remitido y de la documentación que ha servido de base al mismo –especialmente el título concesional, diversos informes jurídicos sobre la posible prórroga de la concesión así como determinada documentación aportada por el Club X acerca de sus actividades socio-deportivas y del número de socios y cuotas sociales satisfechas por los mismos–, que comparte el parecer de la Abogacía del Estado en las Islas Baleares, plasmado de forma precisa en sus conclusiones, en el sentido de que, en la concesión conferida al Club Náutico de Ibiza no concurren los requisitos de interés relevante o estratégico que, de acuerdo con el artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003, podrían propiciar, previo cumplimiento de las formalidades exigidas por este precepto, la prórroga de la concesión que expira el próximo año 2010.

No obstante, en un afán simplemente clarificador y para reforzar más, si cabe, la argumentación jurídica del proyecto de informe remitido, este Centro Directivo entiende que resulta conveniente hacer una serie de consideraciones jurídicas adicionales al mismo, partiendo, en

primer término, de un dato fáctico esencial que no es otro que el otorgamiento de la concesión de referencia al Club X por Orden Ministerial de 10 de octubre de 1970 por un periodo de 40 años. Como resalta el proyecto de informe, la concesión citada, que refunde una anterior otorgada mediante Real Orden de 23 de junio de 1927, con carácter indefinido, no ha supuesto en ningún caso la construcción de un nuevo puerto, sino la construcción de una dársena dentro de la zona de servicio de un puerto del Estado, lo que hacía inviable la aplicación de la Ley de Puertos Deportivos de 26 de abril de 1969 (resultando tercero de la Orden de 10 de octubre de 1970).

Es obvio, por otro lado, que la concesión otorgada con ese objeto nada tiene que ver con un posible contrato de concesión de obra pública portuaria del artículo 126 de la Ley 48/2003, que se menciona en alguno de los pasajes de uno de los informes jurídicos aportados y que, por principio, tiene por objeto la construcción y explotación o solamente esta última de alguna de las infraestructuras a las que se refiere el apartado 2 de dicho precepto legal, siempre que, como reza el mismo, se encuentren abiertas al público o al aprovechamiento general, lo cual nada tiene que ver con la ocupación de una zona de servicio de un puerto de interés general, mediante concesión, con destino a la construcción de atraque y plataforma al servicio del Club, o, si se quiere, con la construcción de una dársena dentro de esa zona de servicio.

Es importante resaltar, como una prueba evidente de la temporalidad del otorgamiento concesional, cuyo título no establece tampoco la posibilidad de conceder prórrogas, que en la propia Orden de 10 de octubre de 1970, y así lo recoge el antecedente segundo del proyecto de informe, se indica expresamente que, dentro del referido plazo de 40 años se comprende “.. no sólo la primera etapa que ahora se solicita, sino las sucesivas que se incluyen en el Proyecto presentado, para que el conjunto tenga una sola fecha de reversión al Estado...” (considerando segundo de esa Orden).

La situación fáctica descrita y deducida del título concesional lleva claramente a la conclusión de que la concesión expira el próximo año 2010, lo cual es admitido por el propio Club concesionario que, consciente de ello, plantea la posibilidad de prorrogar el plazo de duración de la misma, acogiéndose con este fin a las previsiones del artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003, para lo que se apoya en sendos informes jurídicos presentados ante la Autoridad Portuaria de Baleares.

- II -

Antes de entrar en el análisis jurídico propiamente dicho de la prórroga concesional, esta Abogacía General del Estado no puede por menos que hacer suyas también las consideraciones generales realizadas por la Abogacía del Estado consultante en los apartados I y II de su proyecto de informe, relativas a la nueva configuración de los puertos y a las diversas clasificaciones de los mismos en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), cuyo artículo 5 precisa las circunstancias para calificar a un puerto como de interés general, carácter que tiene el puerto de Ibiza (así se recoge en el punto 10 del Anexo de esa Ley 27/1992). La calificación de un puerto como de interés general es elemento determinante para la distribución competencial, habiéndose esforzado al máximo la sentencia del Tribunal Constitucional nº 40/1998, de 19 de febrero –citada acertadamente en el proyecto de informe– de precisar su contenido. De los fundamentos de esa Sentencia que hace una interpretación adecuada de las previsiones contenidas en los artículos 148 y 149.1.20 de la Constitución se deduce la clara competencia exclusiva de la Administración del Estado sobre los puertos de interés general y entre ellos, como se ha dicho, se encuentra el de Ibiza.

Otro tanto puede decirse de las consideraciones realizadas sobre el nuevo papel de los puertos tras la aprobación de la vigente Ley 48/2003, en un plano general y en

el más concreto del dominio público portuario estatal, como ha puesto de manifiesto la Abogacía del Estado de las Islas Baleares, reproduciendo en el apartado II de su proyecto de informe, diversos párrafos de los apartados I y V de la Exposición de Motivos de esa Ley. De todo ello y como colofón, a los efectos que aquí importan, merece destacarse uno de los párrafos de esa Exposición, según el cual “.. la consideración de los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal como verdaderas obras o infraestructuras públicas debe incidir sobre el régimen jurídico de la utilización y sobre su forma de ocupación y explotación”.

- III -

Así se llega ya al análisis de la cuestión básica, que no es otra que la posible prórroga de la concesión otorgada al Club X por Orden Ministerial de 10 de octubre de 1970, por un periodo de 40 años, que determinaría, por tanto, la extinción de la concesión el próximo mes de octubre o noviembre de 2010 (la imprecisión, en cuanto a la fecha de extinción, deriva del hecho de que el plazo indicado, según la condición 2ª del título concesional, comienza a contarse desde la fecha de notificación al concesionario de la citada Orden, extremo que se desconoce), pretendiendo el Club X acogerse al supuesto previsto en el artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003.

Es importante reseñar de entrada que dicha previsión legal, cuyo alcance se determinará más adelante, es de indudable aplicación al caso suscitado, aunque se trate de una concesión otorgada antes de la entrada en vigor de la Ley 48/2003.

En este sentido y tratándose, como se ha dicho, de una concesión demanial otorgada en el año 1970, antes de la entrada en vigor de la LPEMM, es esencial tener en cuenta lo establecido en la disposición transitoria cuarta de dicho texto legal, que sigue vigente al no haberse derogado por la nueva Ley 48/2003 (disposición derogatoria única de la misma), si bien sus apartados dos y cinco fueron modificadas, como luego se verá, por la disposición final segunda, apartado veinticuatro, en el sentido de fijar el plazo máximo de duración de las concesiones desde la entrada en vigor de la propia Ley 48/2003 en treinta y cinco años que es el plazo general de duración de las concesiones en el nuevo texto legal.

La citada disposición transitoria cuarta de la LPEMM, en su redacción originaria disponía textualmente, en lo que aquí importa, lo que sigue:

“Uno. Sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables, que se adaptarán a lo prevenido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

Dos.1. Se considera, en todo caso, incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en esta Ley el mantenimiento de concesiones otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

En todos estos casos, las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por el plazo máximo de treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

2. En los demás supuestos, la revisión de las cláusulas concesionales requerirá la tramitación de un expediente, con audiencia al interesado en la forma y con los criterios que reglamentariamente se establezcan.

(...)

Cinco. En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta Ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.

Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta años.

(...):”

Quedaba, por tanto, absolutamente claro, por lo que se refiere al plazo de duración de las concesiones, que las otorgadas antes de la entrada en vigor de la LPEMM seguirían en las mismas condiciones hasta que transcurriera el plazo por el que fueron otorgadas, sin que en ningún caso pudiera otorgarse una prórroga del plazo de duración de las mismas que se opusiera a lo establecido en la LPEMM o en las disposiciones que la desarrollan (el artículo 66 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, al que se remitía el artículo 54.1 de la LPEMM, fijaba un plazo máximo de duración de la concesión de treinta años), entendiéndose, en todo caso, contrario a lo establecido en la Ley, la prórroga del plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, excediera del indicado límite de treinta años.

La Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la LPEMM, añadió al artículo 54 de este último texto legal un nuevo apartado, el 6, que puede entenderse como un antecedente, aunque con notables diferencias, de la posterior y vigente regulación del plazo concesional en la Ley 48/2003. El apartado en cuestión establece como regla general la improrrogabilidad del plazo de vencimiento de las concesiones, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contrario, en cuyo caso podrá prorrogarse siempre que no se supere en total el plazo máximo de treinta años. Excepcionalmente, de acuerdo con determinados criterios, que detalla, la Autoridad Portuaria podrá acordar, previo informe favorable de Puertos del Estado, la prórroga de aquellas concesiones cuyo plazo inicial sea de veinticinco a treinta años y cuyo objeto se encuentre directamente vinculado con la explotación portuaria. Dicha previsión deberá establecerse en el título concesional y la prórroga no podrá exceder, en ningún caso, del plazo de treinta años.

La nueva Ley 48/2003 amplía el plazo máximo de duración inicial de la concesión de treinta a treinta y cinco años (artículo 107). Según el apartado 1 de este artículo, “el plazo de las concesiones será el que se determine en el título correspondiente y no podrá ser superior a treinta y cinco años”. Con la ampliación del plazo –como indica la Exposición de Motivos (apartado V)– se “trata de dar cobertura e incentivar que la iniciativa privada pueda afrontar inversiones significativas en grandes obras de infraestructura portuarias, como diques, accesibilidad marítima, muelles, rellenos de grandes superficies, que con la Ley de Puertos de 1992, nunca se han acometido en los puertos españoles, por ser el plazo de 30 años insuficiente para permitir la amortización de la inversión que exigen estas obras”. Como antes se indicó, la disposición final segunda, apartado veinticuatro, de la Ley 48/2003 dio nueva redacción a los apartados dos y cinco de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM, en el sentido de fijar ya el plazo máximo de duración de las concesiones, desde la entrada en vigor de la Ley, en treinta y cinco años, que es el plazo general de duración de las concesiones en el nuevo texto legal.

Salvo ese matiz, sigue teniendo vigencia la disposición transitoria cuarta de la LPEMM que, al reconocer que las concesiones anteriores a la misma seguirían sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurriera el plazo por el que fueron otorgadas, permite mantener la vigencia de la concesión otorgada en el año 1970 al Club X hasta su extinción el próximo año 2010.

La Ley 48/2003 ha establecido un nuevo régimen de prórrogas de las concesiones en sustitución del establecido en el artículo 54 de la LPEMM, expresamente derogado por la misma. En efecto, en primer término, cuando el título de otorgamiento lo haya previsto expresamente, es posible, a petición del titular y a juicio de la Autoridad Portuaria,



prorrogar el plazo, sin que el plazo inicial unido a las prórrogas pueda superar el plazo máximo de treinta y cinco años (artículo 107.2.a).

Ese plazo máximo total de treinta y cinco años igualmente se mantiene, aunque no esté prevista prórroga alguna en el título, cuando, a juicio de la Autoridad Portuaria, se realice una inversión relevante en los términos del artículo 107.2.b) de la Ley 48/2003.

Sin embargo, y como antes se ha expuesto, el artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003 prevé un caso especial, en el que pretende apoyarse el Club Náutico de Ibiza. Según dicho apartado:

“c) Excepcionalmente, en aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto, la Autoridad Portuaria, previo informe vinculante de Puertos del Estado, podrá autorizar prórrogas no previstas en el título administrativo que, unidas al plazo inicial, superen en total el plazo de 35 años, siempre que el concesionario se comprometa a llevar a cabo una inversión adicional, en los términos señalados en el párrafo b) anterior, que suponga una mejora de la eficacia global del servicio prestado.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la suma de los plazos de las prórrogas no podrá ser superior a la mitad del plazo inicial. Para el otorgamiento de cada prórroga será necesario que haya transcurrido, al menos, la tercera parte del plazo de vigencia de la concesión, salvo cuando por circunstancias excepcionales sea autorizado previamente por Puertos del Estado, y que el concesionario se encuentre al corriente del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión.

No obstante, cuando en el título de otorgamiento no se haya previsto la prórroga, las obras e instalaciones realizadas por el titular al amparo de la concesión demanial deberán revertir a la Autoridad Portuaria una vez transcurrido el plazo inicial del título administrativo, debiendo modificarse el mismo a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, incrementando la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario en la parte correspondiente a las obras e instalaciones revertidas“.

Pues bien, la correcta exégesis de ese apartado debe comenzar resaltando el primer vocablo utilizado en el mismo (“excepcionalmente”), lo que es sinónimo de inusual, insólito o anómalo, para resaltar el supuesto especial de prórroga recogido en ese apartado que, por tanto, no puede convertirse en regla general. Acto seguido, el apartado en cuestión determina el presupuesto base para que pueda ser tomada en consideración una solicitud de prórroga que, unida al plazo inicial, pueda superar en total el plazo máximo de treinta y cinco años. Ese presupuesto no es otro que se trate de “concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto.”

Es necesario desentrañar lo más posible este concepto jurídico indeterminado. En esa tarea debe descartarse, en línea una vez más con el proyecto de informe, la consideración de todas las concesiones existentes en el puerto de Ibiza como concesiones de interés estratégico o relevante por el simple hecho de ser dicho puerto un puerto de interés general, pues, como antes se dijo y se reitera ahora, la calificación de un puerto como puerto de interés general lo es a efectos de delimitación de las competencias respectivas de las Administraciones Públicas con competencias portuarias, sin que ello determine en absoluto el carácter de interés estratégico o relevante de todas las concesiones que se otorguen en el mismo, lo que, como se indica en el informe, vaciaría totalmente de contenido el apartado en cuestión.

Como es sabido, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la ley refiere una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Al estar refiriéndose a un supuesto concreto, es claro que la aplicación del concepto jurídico indeterminado no admite más que una solución: o se aprecia o no la concurrencia del concepto jurídico indeterminado. Esto es precisamente, a diferencia de la discrecionalidad (que puede admitir varias soluciones, aunque existan controles sobre la decisión discrecional adoptada), lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una determina-

ción de la aplicación del mismo, la cual sólo permiten una “unidad de solución justa” en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable, por tanto, y no de volición.

Sobre esta base, resulta obvio que corresponde, en primer término, a la Autoridad Portuaria, como órgano competente para la gestión del dominio público portuario –artículo 36.d) de la LPEMM y artículos 92 y 106 de la Ley 48/2003–, dando así cumplimiento a los fines perseguidos por la Ley y plasmados en su Exposición de Motivos, apreciar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y la documentación que, en su caso, pueda haber aportado el concesionario, la concurrencia en la concesión de ese interés estratégico o relevante para el puerto y que podría, previo informe vinculante de Puertos del Estado, determinar que se autorice una prórroga no prevista en el título administrativo que, unida al plazo inicial, supere en total el plazo de 35 años.

No existe dato alguno en el expediente incoado que permita afirmar que la concesión otorgada al Club X para la ocupación de terrenos en la zona de servicio del puerto de Ibiza para la construcción de obras de atraque y plataforma de servicio del Club reúna los requisitos necesarios para ser calificada como de interés estratégico o relevante para el puerto. Es más, el propio Director de la Autoridad Portuaria, en su solicitud de informe a la Abogacía del Estado consultante, de 7 de septiembre de 2009, indica que, a su juicio, esa concesión no es de interés relevante o estratégico para el puerto.

Tampoco el concesionario ha aportado dato alguno que permita apreciar el carácter estratégico o relevante de la concesión, sin que en este sentido se pueda tomar en consideración el gran número de socios del Club Náutico de Ibiza, lo reducido de sus cuotas sociales y las actividades deportivas que se organizan.

En consecuencia, sin necesidad de analizar el segundo presupuesto necesario para el otorgamiento de esa prórroga, consistente en el compromiso de inversión adicional, en los términos señalados en el párrafo b) del artículo 107.2, que suponga una mejora de la eficacia global del servicio prestado, lo que ni siquiera se plantea por el Club X, resulta evidente que no concurren los requisitos de interés estratégico o relevante para el puerto en la concesión de referencia, lo que hace inviable jurídicamente que pueda acogerse al supuesto excepcional de prórroga previsto en el artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003.

Ello no significa, en absoluto, que, una vez extinguida la concesión, el Club X no pueda seguir siendo concesionario de la misma, siempre y cuando resulte adjudicatario en el correspondiente procedimiento de adjudicación de la concesión de los artículos 110 o 111 de la Ley 48/2003, iniciado bien a solicitud del interesado o por concurso convocado al efecto por la Autoridad Portuaria (artículo 108) y regido por los principios de publicidad y concurrencia.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula la siguiente:

## **CONCLUSIÓN**

No concurren en la concesión otorgada al Club X por Orden Ministerial de 10 de octubre de 1970, con destino a la construcción de obras de atraque y plataforma para servicios del Club en la zona de servicio del puerto de Ibiza, los requisitos de interés estratégico o relevante para el puerto que le podían haber hecho, en su caso, acreedor a la prórroga excepcional prevista en el artículo 107.2.c) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

## **114.- Informe sobre la procedencia de la aplicación de las previsiones en materia de prórroga de las concesiones del artículo 107.2 de la Ley 48/2003 a una concesión para la ocupación de una zona de dominio público.**

### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de la aplicación de las previsiones en materia de prórroga de las concesiones portuarias del artículo 107.2 de la Ley 48/2003 a una concesión para la ocupación de una zona de dominio público en el Puerto de Mahón, con destino a instalaciones para suministro de combustibles otorgada con anterioridad a esa Ley, concretamente el 10 de febrero de 1994.

Procedencia de la aplicación de esas previsiones dada la voluntad de la nueva

Ley de someter a ese régimen a todas las concesiones otorgadas con anterioridad a la misma que no podrán superar en todo caso el límite de 35 años. Interpretación de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM, en la redacción de la disposición final segunda de la Ley 48/2003. Necesidad de que se den los presupuestos necesarios para otorgar la prórroga admisible en este caso, la del artículo 107.2.b) de esa Ley 48/2003.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 10/11

**Fecha:** 17 de mayo de 2011

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

Esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo del artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Illes Balears en relación a la propuesta de autorización de modificación de la concesión administrativa otorgada al Club X mediante acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares, de fecha 10 de febrero de 1994, consistente en la ampliación de la instalación de suministro de combustibles a embarcaciones en Sa Punta des Rellotge, en el Puerto de Mahón.

En el proyecto remitido se concluye, en síntesis, que la Autoridad Portuaria no puede tramitar y conceder la prórroga solicitada al amparo del artículo 107.2.b) de la Ley 48/2003, de Régimen Económico y Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General (Ley 48/2003) en virtud del principio de irretroactividad de las leyes, que la concesión de dominio público es uno de los supuestos en los que la Autoridad Portuaria tiene facultad discrecional para decidir otorgarla mediante concurso o no, que existe ya un precedente administrativo idéntico a éste en el que ya se actuó así, convocando el oportuno concurso y, por último, que no cabe autorizar la modificación de la concesión otorgada al Club Marítimo, pues sería contraria al artículo 109.2 de la Ley 48/2003.

A la vista de lo expuesto, este Centro Directivo formula el siguiente informe:

- I -

A fin de centrar convenientemente los términos de este informe hay que partir de una serie de antecedentes fácticos, deducidos del propio proyecto de informe y que se pueden concretar en lo que sigue.

En primer término, con fecha 10 de febrero de 1994, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares acordó el otorgamiento de una concesión administrativa

para la ocupación de una zona del dominio público portuario del Puerto de Mahón al Club X con destino a instalaciones para suministro de combustibles en la denominada "Punta des Rellotge". Dicha concesión se otorgó por un plazo de 20 años, sin posibilidad de prórroga (condición 2ª de la concesión). Es importante resaltar que, en aquella fecha, estaba vigente la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) que, en sus artículos 54 y siguientes, se refería a las concesiones en el dominio público portuario, fijando las condiciones de las mismas y el procedimiento de otorgamiento que no era otro que el establecido en la legislación de costas.

El 3 de febrero de 2010, D. ...., en su calidad de Presidente del Club X, solicitó autorización para la modificación de esa concesión. Aunque en el proyecto de informe no se indica con claridad cuál era la modificación pretendida, dado que el punto de partida del informe viene marcado por el artículo 107 de la Ley 48/2003, relativo al plazo de las concesiones, las consideraciones jurídicas de este informe van a versar sobre la prórroga o ampliación del plazo concesional.

El expediente de modificación se tramitó de acuerdo con lo previsto en los artículos 110.3 y 113 de la Ley 48/2003, sometiéndose a información pública sin que, transcurrido el plazo legal, se presentara alegación alguna.

Con fechas 5 y 28 de mayo de 2010 se recibieron sendos informes de Capitanía Marítima y de la Consejería de Medio Ambiente autonómica. En este último se señalaba la obligatoriedad de presentar un documento ambiental de acuerdo con la Ley 11/2006, de 14 de septiembre, de evaluaciones de impacto ambiental. Ello motivó que, con fecha 17 de enero de 2011, se presentara por el Club Marítimo un nuevo proyecto modificando la ubicación de las instalaciones. El 30 de marzo de 2011, se procede a la confrontación del proyecto presentado sobre el terreno observándose su viabilidad y adecuación, resultando una nueva ocupación de tierra de 3,42 metros cuadrados y subterránea de 178,50 metros, lo cual hace pensar a esta Abogacía General del Estado, con los datos existentes, que, ligado al tema de la posible prórroga del plazo concesional, existe una propuesta de ampliación de la superficie de la concesión.

- II -

Partiendo de estos antecedentes, como se indica en el Fundamento de Derecho I del proyecto de informe remitido, el punto de partida es la posibilidad de prórroga de la concesión, que es lo que parece realmente importar al concesionario, aunque propone al mismo tiempo la realización de determinadas reformas en los terrenos de dominio público portuario donde se ubica la concesión y que, según parece, pueden determinar una ampliación o aumento de la superficie a ocupar.

Si lo pretendido únicamente fuera una ampliación de la superficie de la concesión y con la misma se superase en más de un 10 por 100 la fijada en el acto de reconocimiento, sería necesario también, de forma autónoma, seguir los trámites previstos para las modificaciones sustanciales (artículo 113.2.b) y 1 de la Ley 48/2003). Al final, podría conseguirse la modificación concesional por ampliación de la superficie de la misma, pero ello no alteraría en absoluto el plazo de la concesión, que es de 20 años y que concluiría en el mes de febrero del año 2014.

Pues bien, partiendo de la primera hipótesis, la posibilidad de prórroga del plazo de la concesión, que es la más racional, aunque ella pueda llevar aparejada una reforma o modificación de la concesión, sin llegar a la consideración de la misma como sustancial, hay que comenzar diciendo que la posible prórroga de la concesión de referencia se rige, en estos momentos, por la Ley 48/2003, reformada recientemente por la Ley 33/2010, de 5 de agosto.

Para razonar acerca de la aplicación de las previsiones de la Ley 48/2003 a una concesión otorgada en 1994 y regida, por tanto, por la LPEMM, más en concreto y con las salvedades establecidas en la propia Ley, por la legislación reguladora del dominio público marítimo-terrestre estatal, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales (artículos 54 y 63 de la LPEMM), hay que partir de lo prevenido en la disposición transitoria cuarta de la Ley citada, en la redacción dada a la misma por la disposición final segunda, 24 de la Ley 48/2003.

En esa disposición, si bien se establece, entre otras previsiones, que, las concesiones vigentes a la entrada en vigor de esa Ley, seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables que se adaptarán a lo prevenido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen, añade que se considera, en todo caso, incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en esta Ley el mantenimiento de concesiones otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a 35 años, a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley. Por su parte el apartado cinco de esa misma disposición señala que en ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta Ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen. Se entenderá –concluye–, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años.

De lo expuesto se deduce que, aunque la nueva Ley 48/2003 respeta las condiciones en que se adjudicaron las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma hasta que transcurra el plazo con el que fueron otorgadas, como la que es objeto de este informe, otorgada en 1994, por un plazo improrrogable de 20 años, sin necesidad de acudir a la clásica distinción entre situaciones objetivas y subjetivas que, en casos como el suscitado, habría que matizar, es clara la voluntad de la misma y más cuando, con anterioridad, había que acudir para resolver el problema del plazo concesional a una legislación ajena a la propiamente portuaria, como la legislación de costas, de someter todos los aspectos relacionados con el plazo concesional y sus posibles prórrogas (que nunca podrían, sumadas al plazo concedido inicialmente, superar los 35 años) al nuevo régimen sustantivo y procedimental previsto en esa Ley 48/2003 y con mayor motivo, si cabe, cuando lo que hace la nueva Ley es ampliar los posibles derechos del concesionario en punto a la prórroga de la concesión, prórroga que, como se ha indicado, no estaba prevista en absoluto en el título concesional (la Ley 62/1997, de modificación de la LPEMM, dio un primer paso a favor de la ampliación del plazo añadiendo un nuevo apartado, el 6, al artículo, ya derogado por la Ley 48/2003 –disposición derogatoria única.1 de esta última–).

A favor de la aplicación de los preceptos sustantivos reguladores del plazo concesional, en especial el artículo 107 de la Ley 48/2003, ya se ha pronunciado este Centro Directivo en su informe de fecha 5 de noviembre de 2009 –apartado III– (A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFERICOS 23/09), relativo a la concesión otorgada en el dominio público portuario al Club Náutico de Ibiza para la construcción de obras de atraque y plataforma para servicios náuticos-deportivos.

Por otro lado, no se puede perder de vista que, para tramitar la modificación pretendida en la concesión otorgada en su día al Club X que, en principio y como parece deducirse del proyecto de informe, tiene por objeto una prórroga de la concesión, al margen de las mejoras pretendidas y de la ampliación de la superficie concesional que, como se va a ver, pueden ser el presupuesto base para conseguir esa prórroga, la Autoridad Portuaria de Baleares ha aplicado ya las previsiones en materia de modificación de concesiones (artículos 113 y 110.2 y siguientes de la nueva Ley 48/2003), careciendo de sentido que se aplicasen, como procede, ante las carencias de la normativa anterior y el carácter procedimental de esas normas, los preceptos de la Ley 48/2003 en materia procedimental y no se tuvieran en cuenta los preceptos de la misma reguladores de los aspectos sustantivos, entre los que está el

artículo 107, reformado en parte por la Ley 33/2010, relativo al plazo de las concesiones y a sus posibles prórrogas.

No se puede olvidar que el artículo 113.2. d) de la Ley 48/2003, considera modificación sustancial, para lo cual, según el apartado 1 del mismo, hay que tener presente, como se ha hecho, en cuanto a su tramitación, lo dispuesto en los artículos 110.2 y siguientes de esa Ley (apartado 1), la “ampliación del plazo de las concesiones en los supuestos establecidos en los apartados 2 b) y 2 c) del artículo 107”.

- III -

Llegados a este punto y partiendo de la base, por tanto, de la aplicación al presente caso de las previsiones del artículo 107 de la Ley 48/2003, resulta bastante obvio que el apartado del mismo que pudiera resultar aplicable a la solicitud de prórroga es el apartado 2.b).

En efecto, el artículo 107 de la Ley 48/2003 relativo al plazo de las concesiones, después de señalar, en su apartado 1, que el mismo no podrá ser superior a 35 años y que, para su fijación, se tendrán en cuenta una serie de criterios, establece, en su apartado 2.b), reformado por Ley 33/2010, que, el vencimiento del plazo de la concesión deberá coincidir con el de la autorización de actividad o el de la licencia de prestación del servicio y será improrrogable, salvo en los siguientes supuestos:

“(…)

b) Cuando en el título de otorgamiento no se haya previsto la posibilidad de prórroga, pero el concesionario lleve a cabo una inversión relevante no prevista en la concesión que, a juicio de la Autoridad Portuaria, sea de interés para mejorar la eficiencia o la calidad ambiental de las operaciones portuarias y que, en todo caso, sea superior al 20 por ciento del valor actualizado de la inversión prevista en el título concesional, el plazo de vencimiento será prorrogado, no pudiendo superar en total el plazo máximo de 35 años. La prórroga de la concesión determinará la modificación de las condiciones de la misma, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución de otorgamiento de la prórroga”.

De lo expuesto se deduce que si, como parece, la solicitud de prórroga formulada encuentra su base en este artículo 107.2. b) (de lo contrario, habría que iniciar un nuevo procedimiento de modificación sustancial –ex artículo 113.1 y 2.d) y 110 y ss de la Ley 48/2003–) es preciso que los servicios técnicos de la Autoridad Portuaria de Baleares dictaminen si la inversión relevante, no prevista en la concesión inicial, es de interés para mejorar la eficiencia o calidad ambiental de las operaciones portuarias y superior al 20 por ciento del valor actualizado de la inversión prevista en el título concesional. De ser así, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria podría prorrogar la concesión, sin que pueda superar, sumado el inicial, el plazo máximo de 35 años, determinando ello la modificación de las condiciones de la concesión que deberán ser aceptadas por el Club X con anterioridad a la resolución de otorgamiento de prórroga.

Si no resultara procedente la prórroga, la concesión citada caducaría por vencimiento del plazo del otorgamiento (artículo 121 a) de la Ley 48/2003) en el mes de febrero de 2014, pudiendo, a partir de ese momento, ser objeto de un concurso, si así lo decide discrecionalmente la Autoridad Portuaria (artículo 111 de la Ley 48/2003). En el caso de que así se acuerde, la oferta seleccionada deberá someterse a la tramitación prevista en el artículo anterior, el 110, para el otorgamiento de la correspondiente concesión (artículo 111.6), siendo aplicable, igualmente, en cuanto a los requisitos exigibles a los concursantes, el artículo 109 de la misma Ley, dada la remisión que se hace a este precepto, en su integridad, en el apartado 1 de ese artículo 110, reformados todos ellos, en parte, por la Ley 33/2010.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La concesión administrativa otorgada al Club X en virtud de acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares, de 10 de febrero de 1994, para la ocupación de una zona de dominio público portuario del Puerto de Mahón con destino a instalaciones para suministro de combustibles en la denominada “Punta des Rellotge” por un plazo de 20 años, sin posibilidad de prórroga (condición 2ª de la misma), concluye, en principio, en el mes de febrero de 2014.

**Segunda.-** No obstante, esa concesión se puede prorrogar, al amparo del artículo 107.2.b) de la Ley 48/2003, que resultaría aplicable a la misma en virtud de las consideraciones jurídicas realizadas en este informe, siempre y cuando concurran los presupuestos para ello, presupuestos que corresponde apreciar a esa Autoridad Portuaria, si la concesionaria insta la prórroga en cuestión basada en ese precepto.

**Tercera.-** En el caso de que el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares considerase procedente la prórroga, el plazo de vencimiento no podrá superar en total el plazo máximo de 35 años.

**Cuarta.-** Si no resultara procedente la prórroga, la concesión citada caducaría por vencimiento del plazo del otorgamiento (artículo 121 a) de la Ley 48/2003) en el mes de febrero de 2014, pudiendo, a partir de ese momento, ser objeto de un concurso, si así lo decide discrecionalmente la Autoridad Portuaria (artículo 111 de la Ley 48/2003, en relación con los artículos 109 y 110 de la misma Ley, reformados en parte por la Ley 33/2010).

## **115.- Informe sobre determinadas operaciones de división y transmisión de unas concesiones derivadas de una concesión inicial**

### **Resumen**

Consulta sobre determinadas operaciones de división y transmisión de unas concesiones derivadas de una concesión inicial otorgada por la Autoridad Portuaria de Vilagarcía de Arosa a una UTE para la construcción de un puerto deportivo. Necesidad de que hayan transcurrido dos años desde la división previa de la concesión originaria para que puedan transmitirse las concesiones resultantes, momento en que nacen las nuevas concesiones (artículo 92.3.c) TRLPEMM). El incumplimiento de la obligación de estar al corriente en la obligación de pago de las tasas derivadas de la concesión impide, de acuerdo con ese mismo artículo 92.3.a), que pueda autorizarse la transmisión. No es viable que en único acto que produzca la división y la transmisión de una de las concesiones resultantes. Una de las concesiones resultantes de esa división ha modificado su objeto por lo que se trata de una modificación sustancial (artículo 88.2.c), que debería tramitarse de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y ss del artículo 85 del TR.

**Ref.:** A.G. ENTES PUBLICOS 73/12

**Fecha:** 7 de junio de 2012

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formal remitida por la Coordinadora del Convenio de Asistencia Jurídica a la Autoridad Portuaria de Vilagarcía de Arosa y su Ría, sobre transmisión de unas concesiones derivadas de la concesión C-116 otorgada, previo concurso público, el 26 de octubre de 2009, por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Vilagarcía de Arosa y su Ría a la UTE X, para la realización de un Puerto Deportivo.

Dos son las preguntas sobre las que, previa la elaboración del preceptivo proyecto de informe por la Abogado del Estado Coordinadora, se solicita el parecer de este Centro Directivo, a saber:

- 1) Teniendo en cuenta que la concesión originaria, la C-116, fue dividida, por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 22 de noviembre de 2010, en dos concesiones, la C-121 y la C-122, se pregunta si, en caso de transmisión de las concesiones divididas, el día a quo para poder considerar cumplido el plazo de dos años para transmitir una concesión ¿se cuenta desde el otorgamiento de la primitiva concesión o desde la división que hace nacer las resultantes que se permiten transmitir?.
- 2) Después de haber dividido hasta tres veces la concesión objeto de adjudicación en un concurso, transmitirla a dos terceros y modificar, por último, su objeto, se pregunta si no estaremos ante una figura fraudulenta, al haber utilizado todas estas actuaciones (división, transmisión, modificación) previstas legalmente para obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, cual es el principio de riesgo y ventura del concesionario y la publicidad y competencia, en los términos previstos en la Ley, en la adjudicación de concesiones.

A la vista de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado formula las siguientes consideraciones jurídicas.

- | -

La respuesta a la primera de las preguntas formuladas hace necesario partir del hecho cierto, recogido en el proyecto de informe y refrendado en la documentación remitida, de que la concesión primitiva, la C-116, otorgada por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Vilagarcía de Arosa, a la entidad UTE X, para la realización de un Puerto



Deportivo, fue objeto de división en dos, la C-121 y la C-122, previo informe favorable de la Abogacía del Estado en A Coruña, al cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 115 de la Ley 48/2003, por acuerdo del mismo Consejo de Administración de 22 de noviembre de 2010.

La concesión C-121 está formada por la parte de tierra y la C-122 lo está por la lámina de agua y una rampa para el servicio comercial de izada de buques. El concesionario, la UTE X, según se indica, ha iniciado la ejecución de las obras a las que se comprometió, pero de manera muy limitada. Aunque no se prevén plazos parciales de ejecución de la obra, el plazo para terminarlas concluye en mayo de 2013. Por otro lado, el concesionario no está al corriente del pago de las tasas, adeudando a la Autoridad Portuaria 300.000 euros por ese concepto, estando ya en vía ejecutiva.

Pues bien, el concesionario plantea una serie de operaciones. La primera, que afecta a la concesión C-122 (lámina de agua y rampa de izada de buques), propone una modificación no sustancial de la concesión, separando la rampa de la superficie concesionada para incluirla en la C-121. Acto seguido, plantea la transmisión de la concesión C-122 (constituida ya por la lámina de agua) a un tercero, concesionario ya de la Autoridad Portuaria, y que se dedica a la construcción de dársenas deportivas, ampliando así de esta forma su concesión de lámina de agua.

Pues bien, y empezando ya a dar respuesta a la primera cuestión suscitada, el artículo 92 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), se refiere a la transmisión de la concesión, señalando, en su apartado 3, que, previa autorización de la Autoridad Portuaria, las concesiones podrán transmitirse por actos inter vivos, subrogándose el nuevo titular en los derechos y obligaciones derivados de la concesión (apartado 2). Para que la Autoridad Portuaria autorice la transmisión – añade el apartado 3 – se deberán cumplir, al menos, las siguientes condiciones:

- a) Que el concesionario se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la concesión.
- b) Que el nuevo titular reúna los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad o prestación del servicio objeto de la concesión.
- c) Que, desde su fecha de otorgamiento, hayan transcurrido, al menos, un plazo de dos años. Excepcionalmente, la Autoridad Portuaria podrá autorizar su transmisión antes de que transcurra dicho plazo, siempre que se hayan ejecutado al menos un 50 por ciento de las obras que, en su caso, hayan sido aprobadas. (...).

Comenzando por la tercera de esas condiciones, relacionada con la primera pregunta formulada a este Centro Directivo y habiendo sido objeto la concesión originaria, otorgada el 26 de octubre de 2009, de una división en dos, en virtud de acuerdo de fecha 22 de noviembre de 2010, siendo el único destinatario de las nuevas concesiones el primitivo titular, tal y como exige el artículo 90.1 del actual TRLPEMM (antes artículo 115 de la Ley 48/2003), esta Abogacía General del Estado considera que, el plazo de dos años desde su otorgamiento exigido por el artículo 92.3.c) del citado TRLPEMM para transmitir las concesiones divididas, debe empezar a contarse desde la división de las mismas, momento a partir del cual, con total autonomía jurídica, nacen las nuevas concesiones, pudiendo las obras e instalaciones inherentes a la misma ser explotadas de forma independiente, que es otro de los requisitos exigidos para la división de las concesiones por el artículo 90.1 citado.

En consecuencia, la condición relativa al transcurso del plazo de dos años desde la fecha de su otorgamiento para que puede autorizarse la transmisión de una concesión, en los casos de división previa de la misma, si pretende transmitirse una de las concesiones objeto de esa división, exigida por el artículo 92.3.c) del TRLPEMM, debe empezar a contarse desde la fecha en que se produjo la división y no desde la fecha del otorgamiento de la concesión originaria, por lo que, al no haber pasado ese plazo de dos años, desde la división de las concesiones, el 22 de noviembre de 2010, no resulta posible autorizar la transmisión de la actual concesión C-122, constituida, en este momento, exclusivamente, por la lámina de agua.

Al margen de ello, en el presente caso, no se cumpliría la primera de las condiciones exigidas por ese artículo 92.3, que no es otra que el concesionario se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la concesión.

En efecto, y siendo extensible a la postrera división y transmisión de la concesión C-121, como se indica en la propia consulta formulada, la concesionaria no está al corriente en el pago de las tasas, adeudando a la Autoridad Portuaria, 300.000 euros por este concepto, que se encuentran ya en vía ejecutiva. No hay duda alguna de que el pago de las tasas oportunas es una de las obligaciones derivadas de la concesión. Basta una simple y elemental lectura del acuerdo por el que se otorga la concesión (Apartado Primero.4) y del Pliego de Condiciones (apartado IV), para reparar en la existencia de la obligación por parte del concesionario del abono por semestres adelantados de las tasas de ocupación, de aprovechamiento especial del dominio público portuario y de servicios generales, obligación incumplida por el mismo, lo que imposibilita cualquier intento de transmisión de la concesión originaria o de las concesiones resultantes de una división de la misma. Es más, el incumplimiento de esa obligación, en las condiciones que detalla, constituye causa de caducidad de la concesión (artículo 98.1.b) del TRLPEMM) y Condición 31ª.b) del Pliego de Condiciones de la concesión.

- II -

La concesión C- 121 está constituida, después de la primera división, por la parte de tierra y la rampa de izada de buques. Esta concesión se pretende dividir, a su vez, en dos, la concesión "A" formada por la rampa y un trozo de tierra y la concesión "B" formada por el restante trozo de tierra. Acto seguido se pretende transmitir la concesión "A" nuevamente a un tercero, y la concesión B, que quede de titularidad del primitivo concesionario, la UTE X, aunque con un objeto de distinto.

Pues bien, la concesión "A" solo puede tener como destinatario al primitivo concesionario, la UTE Liceo-Incat (artículo 90.1 TRLPEMM) que, en absoluto podría transmitir la misma, como se pretende, inmediatamente, a un tercero, sino que, como exige, de nuevo, el artículo 92.3.c) del mismo Texto, desde la fecha en que se produzca la división, debería dejar transcurrir, al menos, un plazo de dos años para realizar esa transmisión. Por otro lado, en todo caso, se seguiría incumpliendo la condición relativa a la obligación del concesionario primitivo transmitente de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones relativas al pago de las tasas derivadas de la concesión.

Por lo que se refiere a la concesión "B" constituida por el resto de tierra de la concesión C- 121, la única que seguiría quedando en poder de la UTE X, primitivo concesionaria, como dice la consulta, habría que modificar su objeto puesto que ya no se ejecutarían los viales a los que se había comprometido, el proyecto de nueva sede social sería más modesto no realizándose, por último, las mejoras por las que se ganó el concurso.

La modificación del objeto de la concesión en esos términos sería, a juicio de este Centro Directivo, una modificación sustancial, a la vista del artículo 88.2.a) del TRLPEMM, para lo que, como estatuye el mismo artículo 88, en su apartado 1, sería preciso que la solicitud se tramitara de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y ss del TR, lo que implica, entre otros trámites, el sometimiento de la modificación pretendida al trámite de información pública.

Aunque no pueda hablarse formal ni materialmente de fraude o de vulneración de los principios de publicidad y concurrencia, dado que las operaciones propuestas están previstas y reguladas con detalle en la norma, por lo que pueden plantearse por el concesionario, la necesidad de cumplir con las exigencias contenidas en esa normativa para que puedan ser autorizadas y el claro incumplimiento de las mismas por parte de concesionario las hacen invariables jurídicamente.

A la vista de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El plazo de dos años desde la fecha de su otorgamiento para que pueda autorizarse la transmisión de una concesión portuaria previsto en el artículo 92.3.c) del TRLPEMM, en caso de división previa de esa concesión, la C- 116, en dos, seguida de la posterior transmisión de una de ellas, la llamada C-122 (lámina de agua) empieza a contarse desde la fecha de la división, momento en que nacen las nuevas concesiones, no habiendo, en este caso, transcurrido ese plazo.

**Segunda.-** El incumplimiento de la obligación de estar al corriente en la obligación del pago de las tasas derivadas de la concesión, aquí perfectamente constatado, impide al concesionario primitivo la transmisión de una concesión.

**Tercera.-** No es viable jurídicamente que, en un mismo acto, se produzca la división de una concesión, la C-121(cuyo objeto es la parte de tierra y la rampa de izada de buques), seguida de la transmisión de una de las concesiones resultantes, la "A" cuyo objeto es la rampa y un trozo de tierra, incumpléndose con ello lo dispuesto en el artículo 92.3.c), que exige el transcurso de un plazo de dos años desde la división, en este caso, hasta la transmisión de la concesión.

**Cuarta.-** La concesión "B" resultado también de la división de la concesión C-121, titularidad de la primitiva concesionaria, que tiene por objeto el restante trozo de tierra, ha modificado su objeto, constituyendo ello una modificación sustancial de la misma (artículo 88.2.c) TRLPEMM), que debería tramitarse de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y ss del artículo 85 del mismo Texto (artículo 88.1 TRLPEMM).

## **116.- Informe sobre los requisitos para otorgar una prórroga de una concesión portuaria**

### **Resumen**

Consulta sobre los requisitos para otorgar una prórroga de una concesión portuaria. A los efectos del otorgamiento de una prórroga del plazo concesional, “la inversión relevante” del apartado b) del artículo 82.2 del TRLEMM puede llevarse a cabo durante el plazo concesional, con anterioridad o simultáneamente a la solicitud y tramitación de prórroga de la concesión, pudiendo, por tanto, tenerse presente su importe para determinar si supera o no el 20% del valor actualizado de la inversión inicialmente prevista en el título concesional.

Por el contrario, “la inversión adicional” del apartado c) del artículo 82.2, que justificaría, en principio, la toma en consideración de la solicitud de prórroga, no puede ser una inversión ya ejecutada durante el plazo inicialmente fijado en el título concesional, es decir, una inversión realizada antes del otorgamiento de la prórroga autorizada por la Autoridad Portuaria, sino que, necesariamente, tiene que ser una inversión nueva, que se comprometa a hacer pro futuro el concesionario y cuya amortización justifica un incremento del plazo concesional.

No existe limitación alguna en la ley respecto a la clase de bienes en que debe materializarse la inversión relevante o adicional a que se refieren los apartados b) y c) del artículo 82.2 del TRLEMM como presupuesto base de una hipotética prórroga del plazo concesional, por lo que dicha inversión puede concretarse tanto en bienes que se unan con carácter fijo al dominio público portuario (obras e instalaciones no desmontables) como en bienes muebles o instalaciones desmontables.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 97/12

**Fecha:** 10 de octubre de 2012

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado a su instancia la solicitud de informe sobre la prórroga extraordinaria de concesiones de dominio público portuario prevista en el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Dada la trascendencia y amplia frecuencia con que se plantean estos casos en el sistema portuario español de interés general, se consulta concretamente a este Centro Directivo si es jurídicamente admisible el otorgamiento de una prórroga extraordinaria de una concesión otorgada sobre el dominio público portuario, de las previstas en las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 82 del mencionado Texto Refundido, cuando la inversión se realice anterior o simultáneamente a la tramitación de la prórroga, así como sobre el tipo de bienes o instalaciones en que ha de consistir dicha inversión.

A la vista de lo expuesto, se informa lo que sigue:

**- | -**

La respuesta en Derecho a las dos cuestiones suscitadas ha de comenzar con una referencia precisa al precepto que el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM) dedica al plazo de las concesiones sobre el dominio público portuario, el artículo 82 del mismo, que tiene su antecedente más próximo en el artículo 107 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (Ley 48/2003), reformado en parte por el artículo tercero. 12 de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la citada Ley 48/2003.

El artículo 82.1 comienza diciendo que “el plazo de las concesiones será el que se determine en el título correspondiente y no podrá ser superior a 35 años.” Para la fijación del mismo se tendrán en cuenta una serie de criterios, que detalla.

El apartado 2 de ese artículo señala ya que:

“el vencimiento del plazo de la concesión deberá coincidir con el de la autorización de actividad o el de la licencia de prestación del servicio, y será improrrogable salvo en los siguientes supuestos:

(...) b) Cuando en el título de otorgamiento no se haya previsto la posibilidad de prórroga pero el concesionario lleve a cabo una inversión relevante no prevista en la concesión que, a juicio de la Autoridad Portuaria, sea de interés para mejorar la eficiencia o la calidad ambiental de las operaciones portuarias y que, en todo caso, sea superior al 20 por ciento del valor actualizado de la inversión prevista en el título concesional, el plazo de vencimiento podrá ser prorrogado, no pudiendo superar en total el plazo máximo de 35 años. La prórroga de la concesión determinará la modificación de las condiciones de la misma que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución del otorgamiento de la prórroga.

c) Excepcionalmente, en aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto, la Autoridad Portuaria, previo informe vinculante de Puertos del Estado, podrá autorizar prórrogas no previstas en el título administrativo que, unidas al plazo inicial, superen en total el plazo de 35 años, siempre que el concesionario se comprometa a llevar a cabo una inversión adicional, en los términos señalados en el párrafo f) anterior, que suponga una mejora de la eficiencia global del servicio prestado.

En los supuestos de las letras a), b) y c) anteriores, la suma de los plazos de las prórrogas no podrá ser superior a la mitad del plazo inicial. Para el otorgamiento de cada prórroga será necesario que haya transcurrido, al menos, la tercera parte del plazo de vigencia de la concesión, salvo cuando por circunstancias excepcionales sea autorizado previamente por Puertos del Estado, y que el concesionario se encuentre al corriente del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión.

No obstante, cuando en el título de otorgamiento no se haya previsto la prórroga, las obras e instalaciones realizadas por el titular al amparo de la concesión demanial deberá revertir a la Autoridad Portuaria una vez transcurrido el plazo inicial del título administrativo, debiendo modificarse el mismo a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, incrementando la tasa de ocupación en la parte correspondiente a las obras e instalaciones revertidas.”

Del tenor literal del apartado 2 de ese artículo 82 del TRLEMM se deduce, con bastante claridad, que la regla general en la materia es la improrrogabilidad de los plazos concesionales y que, únicamente, en los concretos supuestos recogidos en ese artículo podría admitirse la prórroga cuando se den, en primer lugar, los presupuestos para ello y por lo que ahora importa, así lo entienda la Autoridad Portuaria respectiva, configurándose una clara potestad discrecional en manos de la Autoridad Portuaria. No otra cosa puede pensarse del hecho de la utilización en los apartados a), b) y c), de expresiones como “podrá,” o “a juicio de la Autoridad Portuaria,” propias de una potestad discrecional, correspondiendo, por tanto, a la misma, evaluar todas las circunstancias de la prórroga planteada y adoptar la decisión que considere más oportuna.

El carácter discrecional de esa potestad, teniendo presente el texto del antiguo artículo 54.6 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y por extensión del artículo 107 de la Ley 48/2003, del que, con pequeñas modificaciones, puede considerarse fiel trasunto el actual artículo 82 del TRLEMM, fue puesto de manifiesto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 que, entre otras cosas, en su Fundamento de Derecho Tercero, señala que:

“..la posibilidad o no de la renovación se enmarca en el ámbito discrecional de la Administración. No existe una obligación de la Administración de atender a cualquier renovación de la concesión, es decir a su prórroga más allá del plazo acordado por el mero hecho de ser instado por el concesionario solicitante.

La Administración ha de analizar, atendiendo esencialmente a los intereses públicos si éstos se encuentran mejor atendidos mediante una renovación en lugar de aplicar la regla general de la improrrogabilidad. La excepción no puede convertirse en regla.”

Por su parte la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 12 de febrero de 2009, en su Fundamento de Derecho Primero, se refiere a la facultad discrecional para acordar la prórroga conferida al respecto a la Autoridad Portuaria por el artículo 107 de la Ley 48/2003 y a los límites de la misma, diciendo que, si no se quiere incurrir en arbitrariedad, debe venir aquélla respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1962 y 31 de enero de 1963 y 29 de diciembre de 1985), pudiendo fiscalizarse, en todo caso, la decisión de la citada Autoridad a través del control de los hechos determinantes y del fin público que motiva su actuación.

- II -

Llegados a este punto, es necesario ya analizar la primera de las cuestiones suscitadas, que tiene que ver con el momento en que ha de realizarse la “inversión relevante” no prevista en la concesión o la “inversión adicional” a la que se refieren, como presupuesto inicial básico para poder otorgar una prórroga de la concesión, los apartados b) y c) del artículo 82.2 del TRLPEMM.

En efecto y por lo que aquí importa, el artículo 82.2.b) del citado TRLPEMM, prevé, como se ha visto, el otorgamiento de una prórroga en la concesión cuando en el título de otorgamiento no se haya previsto la posibilidad de prórroga pero el concesionario lleve a cabo una inversión relevante no prevista en la concesión que, a juicio de la Autoridad Portuaria, sea de interés para mejorar la eficiencia o la calidad ambiental de las operaciones portuarias y que, en todo caso, sea superior al 20 por ciento del valor actualizado de la inversión prevista en el título concesional. Por su parte, el artículo 82.2.c) prevé, de igual forma que, excepcionalmente, en aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto, la Autoridad Portuaria podrá autorizar prórrogas no previstas en el título administrativo que, unidas al plazo inicial, superen el total plazo de 35 años, siempre que el concesionario se comprometa a llevar a cabo una inversión adicional, en los términos señalados en el párrafo f) anterior, que suponga una mejora de la eficacia global del servicio prestado.

Pues bien, partiendo de la base de que los supuestos recogidos en el artículo 82.2 del TRLEMM son excepciones a la regla general de improrrogabilidad del plazo concesional, por lo que deben ser objeto de una interpretación restrictiva, se puede distinguir a estos efectos entre el supuesto del apartado b), que se podría considerar el supuesto ordinario de prórroga no prevista en el título de otorgamiento, que posibilita otorgar una prórroga que no supere en total el plazo máximo de 35 años, y el supuesto del apartado c), que se puede considerar excepcional, para aquellos casos, también de prórrogas no previstas en el título administrativo, en los que, si se cumplen los requisitos establecidos, puede superarse en total el plazo de 35 años.

En el primer caso, el del apartado b), se habla de que, cuando el título de otorgamiento no se haya previsto la posibilidad de prórroga, el concesionario “lleve a cabo” una inversión relevante no prevista en la concesión. Esa locución es intemporal, permitiendo, por tanto, a salvo la inversión inicial, que el concesionario realice durante el plazo ordinario de la concesión, con anterioridad o simultáneamente, por tanto, a la solicitud y tramitación de la prórroga una serie de inversiones relevantes, autorizadas por la Autoridad Portuaria, y que, cuando llegue el momento de sopesar su otorgamiento, el importe de esas inversiones, sumado, en su caso, al de la inversión a la que se haya podido comprometer cuando solicita la misma, pueda tenerse en cuenta a los efectos de precisar si es o no superior al 20 por ciento del valor actualizado de la inversión prevista inicialmente en el título concesional. Es importante, por último tener presente, que, según termina diciendo ese apartado,” la prórroga de la concesión determinará la modificación de las condiciones de la misma, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución de otorgamiento de la prórroga”

En el segundo caso, el del apartado c), no ocurre lo mismo. En efecto, como indica el apartado en cuestión, excepcionalmente, en aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto, la Autoridad Portuaria, previo informe vinculante de Puertos del Estado, puede autorizar prórrogas no previstas en el título inicial y que, unidas al plazo inicial, superen en total los 35 años, “siempre que el concesionario se comprometa a llevar a cabo una inversión adicional” en los términos señalados en el párrafo b) anterior, que suponga una mejora en la eficacia global del servicio prestado, dando claramente a entender que lo que debe de existir siempre es un compromiso del concesionario, que solicita la prórroga, de llevar a cabo una inversión adicional en el futuro inmediato, sin que puedan tenerse en cuenta, por tanto, las inversiones ya realizadas en la concesión basadas en el primitivo título concesional y que debieron ser autorizadas por la Autoridad Portuaria.

Esa previsión legal parte del necesario “compromiso” de realizar una inversión adicional por parte del concesionario al solicitar la prórroga, seguida, en el caso de que se cumplan los restantes requisitos y se considere procedente por la Autoridad Portuaria, de la modificación de las condiciones de la concesión, que deberán ser aceptadas por el concesionario, lo cual desembocará ya, si las acepta, en la resolución final otorgando la prórroga. La Sentencia del TSJ de Canarias de 12 de febrero de 2009, citada, después de señalar lo indicado anteriormente, afirma que lo contrario, supondría la imposición de la prórroga unilateral y forzosa por el concesionario a la Administración concedente, con evidente fractura del carácter bilateral de la concesión.

Esa misma sentencia da un paso más al señalar que no pueden considerarse relevantes las inversiones consistentes en las obras de ejecución inicial ni las obras de reforma de las instalaciones, ni las de acondicionamiento, las de reparación, las obras de mejora exigidas por el uso y deterioro de las instalaciones a través del tiempo, ni las obras menores, realizadas durante el plazo de vigencia de la concesión.

En resumen, contestando ya a la primera cuestión suscitada, “la inversión relevante” del apartado b) del artículo 82.2, puede llevarse a cabo durante el plazo concesional, con anterioridad o simultáneamente a la solicitud y tramitación de prórroga de la concesión, pudiendo, por tanto, tenerse presente su importe para determinar si supera o no el 20% del valor actualizado de la inversión inicialmente prevista en el título concesional. Por el contrario, “la inversión adicional” del apartado c) del artículo 82.2, que justificaría, en principio, la toma en consideración de la solicitud de prórroga, no puede ser una inversión ya ejecutada durante el plazo inicialmente fijado en el título concesional, es decir, una inversión realizada antes del otorgamiento de la prórroga autorizada por la Autoridad Portuaria, sino que, necesariamente, tiene que ser una inversión nueva, que se comprometa a hacer pro futuro el concesionario y cuya amortización justifica un incremento del plazo concesional.

- III -

La segunda cuestión suscitada en su solicitud de informe se refiere al tipo de inversión exigible en estos casos, es decir, si es necesario que la inversión se realice por el concesionario en bienes que se unan con carácter fijo al dominio público portuario de modo que cuando finalice el plazo concesional sean objeto de reversión a la Autoridad Portuaria, o cabe que parte o toda la inversión se realice en bienes muebles o instalaciones desmontables siempre que se cumpla el resto de los requisitos y que exista compromiso de permanencia de esos bienes en la concesión hasta la finalización de la prórroga extraordinaria.

Pues bien, respondiendo a esa cuestión, hay que señalar que, cuando los apartados b) y c) del artículo 82, hablan de “inversión relevante” y de “inversión adicional”, no concretan, en absoluto si debe hacerse necesariamente en bienes que se unan con carácter fijo al dominio público portuario y que cuando finalice el plazo concesional hayan de revertir a la Autoridad Portuaria, o en bienes muebles o instalaciones desmontables. Es significativo en este sentido que los apartados en cuestión, relativos a la prórroga concesional, no establecen limitación alguna en los activos en los que

deba materializarse la inversión bastando que la misma, además del superar el porcentaje del 20 por 100 del valor actualizado de la inversión prevista en el título concesional, suponga una mejora en la eficiencia o calidad medio ambiental de las operaciones portuarias (ap. b) o en la eficacia global del servicio prestado (ap. c), que es lo realmente importante.

La única referencia que se hace a las obras e instalaciones realizadas por el concesionario se contiene en el último párrafo del artículo 82.2.c), según el cual, cuando en el título de otorgamiento no se haya previsto la prórroga (presupuesto base del que se parte, en todo caso, en los dos supuestos de los apartados b) y c) de este artículo 82.2), “las obras e instalaciones realizadas por el titular al amparo de la concesión demanial deberán revertir a la Autoridad Portuaria una vez transcurrido el plazo inicial del título administrativo, debiendo modificarse el mismo a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, incrementando la tasa de ocupación en la parte correspondiente a las obras e instalaciones revertidas”

Del tenor literal de ese apartado se deduce que, en los supuestos en los que en el título originario de otorgamiento de la concesión no se haya previsto la prórroga, en todo caso, aunque se solicite la misma al amparo de lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 82, las obras e instalaciones realizadas por el titular al amparo de la concesión demanial deben revertir a la Autoridad Portuaria una vez transcurrido el plazo inicial del título administrativo. Esas obras e instalaciones que, necesariamente, deben revertir a la Autoridad Portuaria, una vez transcurrido el plazo inicial y antes de que, hipotéticamente, se tome una decisión sobre la prórroga solicitada, deben ser las instalaciones fijas si se tiene en cuenta que el artículo 100 del TRLPEMM, relativo a los efectos de la extinción de la concesión, en su apartado 2, establece la reversión gratuita a favor de la Autoridad Portuaria de las obras e instalaciones no desmontables sin perjuicio de que esta última pueda optar por acordar su levantamiento y retirada del dominio público por el concesionario y a sus expensas.

La reversión a la Autoridad Portuaria de las obras e instalaciones realizadas por el titular de la concesión durante el plazo inicial de vigencia de la misma determinará una modificación del título a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias con el consiguiente incremento de la tasa de ocupación en la parte correspondiente a las obras e instalaciones revertidas.

En este sentido, no puede olvidarse que el artículo 175 c) del TRLPEMM relativo a la base imponible de la tasa de ocupación da una serie de reglas para el cálculo de la base imponible en los casos de ocupación de obras e instalaciones, tanto para el caso de que se trate de un bien construido a cargo de la Autoridad Portuaria como para los restantes casos, entre los que se encontrarían las obras e instalaciones realizados por el concesionario al amparo del título concesional y que, cuando en el mismo no se haya previsto la prórroga, revierten a la Autoridad Portuaria una vez transcurrido el plazo inicial del título administrativo. El apartado 2º.4 prevé el caso de prórroga de la concesión o autorización, en el que se procederá a una nueva tasación de las obras e instalaciones cuando éstas reviertan a la Autoridad Portuaria, situación a la que se va a hacer referencia a renglón seguido.

En todo caso, lo que resulta claro es que, como antes se ha indicado, no existe limitación alguna en la ley respecto a la clase de bienes en los que debe materializarse la inversión relevante o adicional a que se refieren los apartados b) y c) del artículo 82.2 del TRLPEMM como presupuesto base de una hipotética prórroga del plazo concesional, por lo que dicha inversión puede concretarse tanto en bienes que se unan con carácter fijo al dominio público portuario (obras e instalaciones no desmontables) como en bienes muebles o instalaciones desmontables.

En el primer caso (bienes que se unan con carácter fijo al dominio público portuario – obras e instalaciones no desmontables, en la terminología del Texto Refundido -), de conformidad con el artículo 100.2 del mismo, cuando se extinga definitivamente la concesión, la Autoridad Portuaria decidirá sobre el mantenimiento de los mismos, que revertirán gratuitamente y libre de cargas a dicha Autoridad o su levantamiento y retirada del dominio público por el concesionario y a sus expensas.

Si, por el contrario, la inversión se materializase en todo o en parte en bienes muebles o instalaciones desmontables, aparte del cumplimiento del resto de los requisitos exigidos por el precepto



(como presupuesto base, de nuevo, que el valor de la inversión supere el 20 por ciento del valor actualizado de la inversión prevista en el título concesional) y de que, entre las nuevas condiciones que se establezcan y que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución del otorgamiento de la prórroga, (artículo 82.2.b) in fine) debe estar la de la permanencia de esos bienes en la concesión hasta la finalización de la prórroga extraordinaria, cuando se extinga la concesión habrá que tener presente, de nuevo, el artículo 100 del Texto Refundido pero, ahora su apartado 1, según el cual, “extinguida la autorización o concesión, el titular tendrá derecho a retirar fuera del espacio portuario los materiales, equipos o instalaciones desmontables que no revertan gratuitamente a la Autoridad Portuaria en función de lo previsto en el título, estando obligado a hacerlo cuando así lo determine la Autoridad Portuaria, la cual podrá efectuar la retirada con cargo al titular de la autorización o concesión extinguida, cuando el mismo no la efectúe en el momento o plazo que se le indique.”

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** A los efectos del otorgamiento de una prórroga del plazo concesional, “la inversión relevante” del apartado b) del artículo 82.2 del TRLEMM puede llevarse a cabo durante el plazo concesional, con anterioridad o simultáneamente a la solicitud y tramitación de prórroga de la concesión, pudiendo, por tanto, tenerse presente su importe para determinar si supera o no el 20% del valor actualizado de la inversión inicialmente prevista en el título concesional.

**Segunda.-** Por el contrario, “la inversión adicional” del apartado c) del artículo 82.2, que justificaría, en principio, la toma en consideración de la solicitud de prórroga, no puede ser una inversión ya ejecutada durante el plazo inicialmente fijado en el título concesional, es decir, una inversión realizada antes del otorgamiento de la prórroga autorizada por la Autoridad Portuaria, sino que, necesariamente, tiene que ser una inversión nueva, que se comprometa a hacer pro futuro el concesionario y cuya amortización justifica un incremento del plazo concesional.

**Tercera.-** No existe limitación alguna en la ley respecto a la clase de bienes en que debe materializarse la inversión relevante o adicional a que se refieren los apartados b) y c) del artículo 82.2 del TRLEMM como presupuesto base de una hipotética prórroga del plazo concesional, por lo que dicha inversión puede concretarse tanto en bienes que se unan con carácter fijo al dominio público portuario (obras e instalaciones no desmontables) como en bienes muebles o instalaciones desmontables.

**Cuarta.-** En el primer caso (bienes que se unan con carácter fijo al dominio público portuario – obras e instalaciones no desmontables, en la terminología del Texto Refundido -), de conformidad con el artículo 100.2 del mismo, cuando se extinga definitivamente la concesión, la Autoridad Portuaria decidirá sobre el mantenimiento de los mismos, que revertirán gratuitamente y libre de cargas a dicha Autoridad o su levantamiento y retirada del dominio público por el concesionario y a sus expensas.

**Quinta.-** Si, por el contrario, la inversión se materializase en todo o en parte en bienes muebles o instalaciones desmontables, aparte del cumplimiento del resto de los requisitos exigidos por el precepto (como presupuesto base, de nuevo, que el valor de la inversión supere el 20 por ciento del valor actualizado de la inversión prevista en el título concesional) y de que, entre las nuevas condiciones que se establezcan y que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución del otorgamiento de la prórroga, (artículo 82.2.b) in fine), debe estar la de la permanencia de esos bienes en la concesión hasta la finalización de la prórroga extraordinaria, cuando se extinga la concesión habrá que tener presente, de nuevo, el artículo 100 del Texto Refundido pero, ahora su apartado 1, que, con carácter general, autoriza al concesionario a retirar fuera del espacio portuario los materiales, equipos o instalaciones desmontables que no revertan gratuitamente a la Autoridad Portuaria en función de lo previsto en el título.

## **117.- Informe sobre la procedencia de autorizar la ocupación de una superficie de dominio público portuario mediante la suscripción de un convenio con una entidad dependiente de una Comunidad Autónoma.**

### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de autorizar la ocupación de una superficie de dominio público portuario mediante la suscripción de un convenio con una entidad dependiente de una Comunidad Autónoma. Aplicación del principio de reciprocidad establecido en el artículo 73.3, penúltimo párrafo del TRLPEMM, al estar previsto en la legislación de la Comunidad Autónoma de Galicia (Ley 5/2011, de 30 de septiembre), que los bienes demaniales de su titularidad puedan afectarse a otros usos o servicios públicos de competencia de la Administración General del Estado.

Entre los convenios de colaboración con Comunidades Autónomas a los que se refiere la Orden comunicada del Ministerio de Fomento de 9 de septiembre de 2005, han de entenderse incluidos los que los organismos portuarios formalicen no solo con los órganos de la Administración de una Comunidad Autónoma sino también con las entidades, públicas o privadas, dependientes de ella.

Entre los convenios que se pretendan suscribir por la Administración del Estado o por las entidades dependientes de la misma con la Administración de una Comunidad Autónoma o con los entes dependientes o vinculados a esta última que hubiera incumplido su objetivo de estabilidad presupuestaria, a que se refiere la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de PGE para 2012, han de entenderse incluidos los convenios de ocupación demanial previstos en el artículo 73.3 del TRLPEMM, en la medida en que, entre las condiciones de utilización del dominio público, de necesaria inclusión en el convenio, se encuentren las tasas que deban satisfacer por la ocupación del dominio público portuario, así como los costes que deban asumirse por el ocupante, lo que implica un compromiso de realización de gastos por la CCAA con la que se haya suscrito el convenio o por la entidad dependiente de ella con la que se haya concertado el mismo.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 130/12

**Fecha:** 27 de diciembre de 2012

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por la entidad pública Puertos del Estado sobre la procedencia de autorizar la ocupación de una superficie de dominio público portuario mediante la suscripción de un convenio con una entidad dependiente de la Comunidad Autónoma de Galicia. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

- 1) La Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra solicitó el parecer de la entidad pública Puertos del Estado en relación con la posibilidad de autorizar al ente público "Aguas de Galicia" (entidad prevista en la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 9/2010, de 4 de noviembre, de Aguas de Galicia) para la ocupación de una determinada superficie del dominio público portuario de la zona de servicio del puerto de Marín, mediante la formalización de un convenio de los previstos en el artículo 73.3 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM).

Expone el escrito de consulta que sobre un asunto similar consta informe emitido por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado (ref. A.G. Entes Públicos 23/05), elaborado en relación con el entonces vigente artículo 95.3 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general, aunque referido, fundamentalmente, a la Ley 4/1986, de 5 de mayo, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Sobre esta base, se recaba el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado “en relación con el caso cuestionado por la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra respecto a la ley autonómica gallega de aplicación, así como sobre si el criterio contenido en el referido informe 23/05 sigue manteniéndose en la actualidad”

2) Expone, en segundo lugar, el escrito de consulta lo siguiente:

“Por otra parte, y en relación con la actividad convencional de los organismos portuarios y, más concretamente con los convenios de colaboración a los que se refieren los arts. 6 y siguientes de la Ley 30/1992, de 24 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y su Disposición Adicional Decimotercera, se significa que mediante escrito del entonces Subsecretario del Ministerio de Fomento dirigido al Presidente de Puertos del Estado (se adjunta igualmente copia) se dio la instrucción de que el contenido de la Orden comunicada del Ministerio de Fomento de 14 de septiembre de 2005, (relativa a la “Tramitación y registro de los convenios de colaboración y acuerdos internacionales celebrados por el Ministerio de Fomento”), de la que también se adjunta copia, rige para los organismos portuarios. A este respecto, y en relación con la regulación referenciada surgen diversas dudas en cuanto al alcance de su aplicación, normativa a la que hay que añadir la previsión contenida en la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012”

Con fundamento en lo dicho, se recaba el parecer de esta Centro Directivo sobre las dos siguientes cuestiones:

- “a) Si entre los convenios con Comunidades Autónomas a los que se refiere la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 2/2012, se incluyen los convenios de ocupación demanial previstos en el art. 73.3 TRLPEMM; y, b) Si entre los convenios con Comunidades Autónomas a los que se refiere la Orden comunicada del Ministerio de Fomento de 9 de septiembre de 2005, se incluyen los que los organismos portuarios formalicen no solo con órganos de la Administración de una Comunidad Autónoma, sino también con sociedades con capital aportado por una Comunidad Autónoma, o con Fundaciones o Universidades vinculadas a aquéllas”

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

La respuesta a la primera cuestión planteada ha de partir de lo dispuesto en el artículo 73 del TRLPEMM, relativo al “Régimen de utilización del dominio público portuario,” y cuyo apartado tercero reza textualmente así:

- “3. Cuando algún órgano de la Administración General del Estado o cualquier organismo o entidad vinculada o dependiente de la misma requiera la utilización del dominio público portuario, solicitará de la Autoridad Portuaria correspondiente los bienes de dominio público necesarios, quien autorizará dicha utilización siempre que sea compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso, debiendo suscribir el correspondiente convenio en el que se establecerán las condiciones de la misma, incluyendo las tasas que, en su caso, procedan y los costes que debe asumir aquél.

Cuando la Autoridad Portuaria considere que la solicitud es incompatible con la normal explotación del puerto, la elevará a Puertos del Estado quien, una vez emitido el correspondiente informe, lo trasladará al Ministro de Fomento quien resolverá sobre el otorgamiento de la autorización, atendiendo al interés general.

Cuando sea precisa la utilización del dominio público portuario por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, por las entidades que integran la Administración Local o por cualquier organismo o entidad dependiente de cualquiera de ellas, se procederá de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, respecto de aquellas Comunidades Autónomas que prevean en su legislación un régimen similar de utilización de bienes demaniales de su titularidad por la Administración General del Estado o sus organismos públicos para su dedicación a un uso o servicio de su competencia. A falta de dicha previsión, deberán solicitar el otorgamiento de la correspondiente concesión o autorización, de acuerdo con lo establecido en esta ley.

Lo dispuesto en este apartado y en el siguiente se entenderá sin perjuicio de la aplicación de la normativa específica sobre recintos aduaneros”

El precepto y apartado en cuestión encuentra su antecedente (no puede olvidarse que se trata de un texto refundido que regulariza, aclara y armoniza los textos legales que han de ser refundidos, entre los que se encuentra la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general) en el artículo 95.3 de la citada Ley 48/2003 que, al regular el régimen de utilización del indicado dominio público, establecía lo siguiente:

“Cuando algún órgano de la Administración General del Estado o cualquier organismo o entidad vinculada o dependiente de la misma requiera la utilización del dominio público portuario, solicitará de la Autoridad Portuaria correspondiente los bienes de dominio público necesarios, quien autorizará dicha utilización siempre que sea compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso, debiendo suscribir el correspondiente convenio en el que se establecerán las condiciones de la misma, incluyendo las tasas que, en su caso, procedan y los costes que debe asumir aquél. Cuando la autoridad Portuaria considere que la solicitud es incompatible con la normal utilización del puerto, la elevará a Puertos del Estado quien, una vez emitido el correspondiente informe, lo trasladará al Ministerio de Fomento quien resolverá sobre el otorgamiento de la autorización, atendiendo al interés general.

Cuando sea precisa la utilización del dominio público portuario por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, por las entidades que integran la Administración Local o por cualquier organismo o entidad dependiente de cualquiera de ellas, se procederá de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, respecto de aquellas Comunidades Autónomas que prevean en su legislación un régimen similar de utilización de bienes demaniales de su titularidad por la Administración general del Estado o sus organismos públicos para su dedicación a un uso o servicio de su competencia. A falta de dicha previsión, deberán solicitar el otorgamiento de la correspondiente concesión o autorización, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.”

Como se observa, existe una identidad casi total entre ambos textos.

El artículo 95.3 de la Ley 48/2003 y, lógicamente y por extensión, el 73.3 del actual TRLPMM, como ya se indicaba en un informe de este Centro Directivo de 22 de abril de 2005 (ref. A.G. Entes Públicos 23/05):

“..constituye la reiteración, en una norma especial y en relación con el dominio público portuario estatal, de la regla general que se contiene en el artículo 71.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) respecto de las mutaciones demaniales de los bienes o derechos del Patrimonio del Estado. Así, dicho artículo 71.4 de la LPAP dispone lo siguiente:

‘Reglamentariamente se regularán los términos y condiciones en que los bienes y derechos demaniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos podrán afectarse a otras Administraciones públicas para destinarlos a un determinado uso o servicio público de su competencia. Este supuesto de mutación entre Administraciones públicas no alterará la titularidad de los bienes ni su carácter demanial, y será aplicable a las Comunidades Autónomas cuando éstas prevean en su legislación la posibilidad de afectar bienes demaniales de su titularidad a la Administración General del Estado o sus organismos públicos para su dedicación a un uso o servicio de su competencia.’

De la lectura de ambos preceptos se desprende con claridad que es voluntad del legislador el establecimiento de una fórmula que permita la afectación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, no sólo a usos o servicios públicos de la competencia de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, sino también a usos o servicios públicos de la competencia de otras Administraciones Públicas, mediante el instrumento jurídico de la mutación demanial, y sin que ello altere ni la titularidad del bien, que corresponderá a la Administración General del Estado, ni el carácter demanial del mismo.

Con la misma claridad se desprende la condición que el legislador impone a las Comunidades Autónomas para que puedan beneficiarse de la posible afectación de bienes y derechos demaniales de titularidad estatal y que no es otra que el cumplimiento de un principio de reciprocidad. Se requiere que la legislación autonómica prevea ‘la posibilidad de afectar bienes demaniales de su titularidad (de la Comunidad Autónoma) a la Administración General del Estado o sus organismos públicos para su dedicación a un uso o servicio de su competencia’, en términos del artículo 71.4 de la LPAP, o que prevea ‘un régimen similar de utilización de bienes demaniales de su titularidad (de la Comunidad Autónoma) por la Administración General del Estado o sus organismos públicos para su dedicación a un uso o servicio de su competencia’ en términos de la Ley 48/2003, siendo los de ésta última más amplios, ya que no aluden a la afectación sino a la previsión de un régimen similar de utilización. Así las cosas, parece razonable entender que al emplear la locución ‘régimen similar de utilización’, en lugar de afectación, la Ley 48/2003 contempla todas aquellas posibles expresiones que las legislaciones de las Comunidades Autónomas puedan emplear, quizá técnicamente menos precisas, pero que comprenden la misma realidad, esto es, una mutación demanial que tiene lugar mediante la utilización de bienes demaniales de titularidad de la Comunidad Autónoma por la Administración General del Estado o sus Organismos públicos para dedicarlos a un uso o servicio público de competencia de la Administración Pública receptora del bien, sin alteración de su titularidad ni de su carácter demanial.’

Lo expuesto, con la única sustitución de la Ley 48/2003 por el TRLEMM, mantiene plena validez en la actualidad.

- II -

Establecida así la condición requerida por el legislador estatal, procede examinar la legislación de la Comunidad Autónoma de Galicia para apreciar si se prevé en la misma un “régimen similar de utilización de bienes demaniales de su titularidad por la Administración General del Estado o sus organismos públicos”, dando cumplimiento así a la exigencia de reciprocidad para que puedan ser utilizados por dicha Comunidad Autónoma bienes del dominio público portuario estatal, sin necesidad de otorgamiento de concesión o autorización y a través del instrumento simplificado de la suscripción de un convenio de colaboración que establezca las condiciones de utilización, tal como prevé el artículo 73.3 del TRLPEMM, en relación con las solicitudes de utilización que sobre esos mismos bienes (dominio público portuario estatal) formulen los órganos de la Administración General del Estado o cualquier organismo o entidad vinculada o dependiente de la misma.

Pues bien, la norma autonómica que debe considerarse, como se apunta en la solicitud de informe, no es otra que la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 5/2011, de 30 de septiembre, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, más concretamente, su artículo 25, recogido en el Título I (“Tráfico jurídico de los bienes y derechos demaniales”) y que lleva por rúbrica “Mutación demanial a favor de otras administraciones públicas”. Dicho precepto reza así:

- “1. Los bienes y derechos de titularidad de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia afectados al cumplimiento de los fines o servicios de las consejerías y entidades públicas instrumentales podrán afectarse a otros usos o servicios públicos de competencia de otras administraciones públicas, sin transferencia de titularidad ni cambio de su calificación jurídica.
2. La mutación demanial a favor de otras administraciones públicas se efectuará de oficio por la persona titular de a consejería competente en materia de patrimonio mediante orden, a petición del órgano competente de la administración interesada, y previo informe de la consejería o entidad pública instrumental que tuviera adscritos los bienes o derechos objeto de la misma. Será de aplicación lo dispuesto en los artículos 19, 20 y 21 de la presente ley.
3. La entrega de la posesión de los bienes y derechos comprendidos en la mutación demanial regulada en este artículo se hará constar en la correspondiente acta.
4. Los gastos y tributos que generasen los bienes o derechos objeto de la mutación demanial regulada en este artículo serán en todo caso de cuenta de la administración beneficiaria de la misma.”

Por su parte, el artículo 99 de la propia Ley 5/2011, primero del Título VI de dicho texto legal dedicado a las relaciones interadministrativas y, más concretamente, a los convenios entre Administraciones Públicas, dispone lo siguiente:

- “1. La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales pueden celebrar convenios con otras administraciones públicas o con personas jurídicas de derecho público o derecho privado pertenecientes al sector público, con el fin de ordenar las relaciones de carácter patrimonial entre las mismas en un determinado ámbito o de realizar actuaciones contempladas en la presente ley en relación con los bienes y derechos de sus respectivos patrimonios.
2. Los convenios patrimoniales pueden contener cuantas estipulaciones se estimen necesarias o convenientes para la ordenación de las relaciones patrimoniales entre las partes que intervengan, siempre que no fuesen contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración.”

A la vista del artículo 25 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, resulta claro que este texto legal contempla la posibilidad de que los bienes y derechos de titularidad de dicha Comunidad Autónoma afectados al cumplimiento de fines o servicios de las consejerías y entidades instrumentales puedan afectarse a otros usos o servicios públicos de competencia de otras Administraciones Públicas (entre las que se encuentra, como es obvio, la Administración del Estado). Dicha afectación, como sigue diciendo el artículo 25, en línea con lo establecido en el artículo 71.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), no implica una transferencia de la titularidad del bien, que sigue siendo de la Comunidad Autónoma, ni cambio alguna de su calificación jurídica, ya que el bien seguirá siendo demanial.

Se trata, pues, de un caso de mutación demanial, al que, como añade el apartado 2 del artículo 25 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, le resultan aplicables los artículos 19, 20 y 21 de este texto legal, relativos a la adscripción de bienes y derechos patrimoniales a entidades públicas instrumentales, más concretamente, los relativos al carácter finalista de la adscripción, desadscripción por incumplimiento del fin y por innecesariedad de los bienes y derechos.

Pues bien, resulta claro que la legislación de la Comunidad Autónoma de Galicia –Ley 5/2011, de 30 de septiembre, reguladora del Patrimonio de dicha Comunidad Autónoma– admite que los bienes demaniales de su titularidad puedan afectarse a otros usos o servicios públicos de competencia de la Administración General del Estado, por lo que debe entenderse que se cumple la condición o requisito establecido en el artículo 73.3, penúltimo párrafo, del TRLPEMM, siendo, por tanto, jurídicamente posible acogerse a la fórmula del convenio prevista en dicho precepto legal con la entidad “Aguas de Galicia,” ente público de la Administración de la Comunidad Autónoma (artículo 8 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 9/2010, de 4 de noviembre, de Aguas de Galicia), para la ocupación del dominio público portuario, a fin de instalar un nuevo colector de aguas residuales en la zona de servicio del puerto, en vez de otorgarse la autorización para la ocupación mediante la tramitación en concurrencia de una concesión demanial portuaria.

- III -

Las siguientes cuestiones sometidas al parecer de este Centro Directivo guardan relación con la actividad convencional de los organismos portuarios, pudiendo distinguirse dos aspectos.

El primero se refiere a los convenios de colaboración con Comunidades Autónomas a los que alude la Orden comunicada del Ministerio de Fomento de 14 de septiembre de 2005, sobre “Tramitación y registro de los convenios de colaboración y acuerdos internacionales celebrados por el Ministerio de Fomento”, suscitándose concretamente la duda de si en ellos se incluyen los convenios que los organismos portuarios formalicen no sólo con órganos de la Administración de una Comunidad Autónoma, sino también con sociedades con capital aportado por una Comunidad Autónoma o con fundaciones o Universidades vinculadas a ella.

Pues bien, para responder a esta cuestión se debe partir de la instrucción dada por la Subsecretaría de Fomento al Presidente del Ente Público Puertos del Estado, de fecha 28 de febrero de 2006, que comienza indicando que el 14 de septiembre de 2005 la Ministra de Fomento dictó una Orden sobre tramitación y registro de los convenios de colaboración y acuerdos internacionales celebrados por el Ministerio de Fomento, en la que se establecen las normas básicas por las que se debe regir la tramitación de estos instrumentos jurídicos en el Departamento, para añadir que “estas normas deben entenderse aplicables también a los Organismos Autónomos, Entes Públicos y Entidades Públicas Empresariales dependientes del Ministerio de Fomento”.

No cabe duda, por tanto, de la clara voluntad de entender aplicable la citada Orden a todos los organismos autónomos, entes públicos y entidades públicas empresariales dependientes del Ministerio de Fomento, entre los que se encuentran Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias (artículos 16.1 y 24.1 del TRLPEMM).

Sobre esta base, y pasando al contenido de la Orden comunicada, en especial de sus apartados I y II, relativos a la normativa de aplicación y a la tramitación de los convenios de colaboración con Comunidades Autónomas o con las Ciudades de Ceuta y Melilla, respectivamente, de una primera lectura de los mismos parece deducirse que se refiere a la “suscripción de Convenios de Colaboración con las Comunidades Autónomas...” (apartado I) o “la tramitación de los proyectos de convenio que vayan a suscribirse por el Ministerio con alguna Comunidad Autónoma o con las Ciudades de Ceuta y Melilla...” (apartado II), por lo que, a priori, podría pensarse que únicamente aquellos convenios de colaboración que pretenda suscribir el Ministerio de Fomento y, por extensión, los entes públicos dependientes del mismo (caso de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias) con órganos de la Administración de una Comunidad Autónoma estarían sometidos a la tramitación prevista en esa Orden.

Sin embargo, acudiendo a la interpretación finalista de la citada Orden, que pretende someter la celebración de esos convenios de colaboración a determinados de controles

(informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento e informe de la Abogacía del Estado) seguidos de la posterior autorización por la Comisión Delegada del Gobierno para Política Autonómica, no se ve razón alguna para que el cumplimiento de esos trámites sea exigible en los convenios de colaboración que pretendan suscribir los organismos portuarios con cualquiera de los órganos de la Administración de una Comunidad Autónoma y no lo sea cuando los convenios de colaboración se pretendan concertar con una sociedad o con una fundación dependiente de aquélla o con una Universidad vinculada a la propia Comunidad Autónoma, siendo así que se trata de entidades integradas claramente del sector público autonómico.

Si la aplicación de la previsiones contenidas en la Orden citada a los convenios de colaboración que se pretendan concertar entre los organismos portuarios y la Administración de la Comunidad Autónoma tiene por objeto garantizar el acierto y la legalidad del convenio que se suscriba, no hay razón alguna para que queden sustraídos de esta finalidad los convenios de colaboración que se concierten por los organismos portuarios y las entidades, públicas y privadas, dependientes de la Comunidad Autónoma y en los que, obviamente, resulta también necesario garantizar su acierto y legalidad.

En este sentido, si la Subsecretaría de Fomento consideró oportuno, a pesar de que la Orden comunicada de 14 de septiembre de 2005 se refería solamente a los convenios que suscribiese el Ministerio de Fomento, que las normas contenidas en dicha Orden fueran también aplicables a los convenios de colaboración que se suscribiesen por los organismos autónomos, entes públicos y entidades públicas empresariales dependientes de dicho Departamento ministerial, por idéntica razón y desde el otro lado de la relación jurídica –el de las Comunidades Autónomas–, se considera oportuno extender esas mismas previsiones no sólo a los convenios que se suscriban con la Administración de una Comunidad Autónoma, sino también con las entidades, públicas y privadas, dependientes de ella.

#### - IV -

El segundo aspecto relacionado con la actividad convencional de los organismos portuarios se refiere al alcance de la aplicación de la previsión contenida en la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, más concretamente, si entre los convenios con Comunidades Autónomas a los que se refiere dicha disposición adicional se incluyen los convenios de ocupación demanial previstos en el artículo 73.3 del TRLPEMM.

La disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012, de 29 de junio de 2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, que tiene su antecedente en la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, bajo la rúbrica “Suscripción de convenios con Comunidades Autónomas que incumplan su objetivo de estabilidad presupuestaria”, establece, en su apartado Uno, primer párrafo, lo siguiente :

“A partir de la entrada en vigor de esta Ley y hasta el 31 de diciembre de 2012, la suscripción de convenios por parte de cualquiera de los sujetos que conforman el sector público estatal al que se refiere el artículo 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, con la administración de una Comunidad Autónoma o los entes dependientes y vinculados a ella que hubieran incumplido su objetivo de estabilidad presupuestaria para los ejercicios 2010 y 2011, cuando aquéllos conllevan una transferencia de recursos de los sujetos del sector público estatal a los de la Comunidad Autónoma incumplidora, impliquen un compromiso de realización de gastos de esta última, o se den ambas circunstancias simultáneamente, precisarán con carácter previo a su autorización informe favorable, preceptivo y vinculante, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”



La aprobación de la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, en vigor durante el periodo de prórroga automática de esta Ley hasta la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012, motivó que la Directora del Gabinete del Secretario de Estado de Infraestructuras, Transporte y Vivienda del Ministerio de Fomento entendiera que:

“En este sentido, razones de oportunidad aconsejan que dichos criterios de coordinación (se refiere a las previsiones de la disposición adicional cuadragésima primera de la Ley 39/2010, de la que la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, es una mera continuación) se apliquen a toda la actividad convencional de los organismos públicos dependientes, esté o no incluida en el ámbito de aplicación de las precitadas normas” .

Pues bien, a la vista de la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales del Estado para 2012, han de hacerse, a fin de determinar su ámbito de aplicación, las siguientes consideraciones:

- 1) En el ámbito de aplicación de dicha disposición adicional queda incluido todo convenio que pretenda suscribirse por la Administración del Estado o las entidades (públicas y privadas) dependientes de la misma con la Administración de una Comunidad Autónoma o con las entidades (públicas y privadas) dependientes de esta última cuando el convenio conlleve transferencia de recursos del sector público estatal a la Comunidad Autónoma o a las entidades dependientes de la misma, implique un compromiso de realización de gastos por parte de la Comunidad Autónoma o de las entidades dependientes de la misma o se den simultáneamente ambas circunstancias, y siempre que la Comunidad Autónoma haya incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria.
- 2) El incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria se predica de la Comunidad Autónoma y no de las entidades (públicas o privadas) dependientes de la misma. Así resulta de que, teniendo por presupuesto la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales del Estado para 2012 el incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, este objetivo se fija para cada Comunidad Autónoma y no para las entidades vinculadas o dependientes de ella. En este sentido, tras establecer el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria que “en el primer semestre de cada año, el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Nacional de Administración Local en cuanto al ámbito de las mismas, fijará los objetivos de estabilidad presupuestaria, en términos de capacidad o necesidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y el objetivo de deuda pública referidos a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto de Administraciones Públicas como para cada uno de sus subsectores” (subsectores que, según artículo 2.1 de la propia Ley Orgánica 2/2012, no son otros que la Administración Central, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Administraciones de Seguridad Social), el artículo 16, párrafo primero, de dicho texto legal establece que “aprobados por el Gobierno los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública en las condiciones establecidas en el artículo 15 de esta Ley, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas formulará una propuesta de objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de las Comunidades Autónomas”.

En consecuencia, será aplicable la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales del Estado para 2012 cuando se pretenda suscribir un convenio con una entidad dependiente de una Comunidad Autónoma y esta última haya incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria, aunque la entidad dependiente con la que se proyecte concertar el convenio no acuse una situación de déficit presupuestario. Por el contrario, no será aplicable la repetida disposición adicional cuando se pretenda suscribir un convenio con una entidad dependiente de una Comunidad Autónoma y esta última haya cumplido el

objetivo de estabilidad presupuestaria, aunque la entidad dependiente con la que se proyecte concertar el convenio sí acuse una situación de déficit presupuestario

- 3) La expresión “transferencia de recursos” de los sujetos del sector público estatal a los de la Comunidad Autónoma es equivalente a transferencia de recursos financieros, esto es, monetarios, y no de otra índole, de los primeros a los segundos. Otro tanto puede decirse del “compromiso de realización de gastos” por parte de la Comunidad Autónoma o de la entidad dependiente de la misma, lo que supone la asunción por parte de la Comunidad Autónoma o de la entidad dependiente de la misma de una obligación de pago de una cantidad de dinero en un determinado período.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, es jurídicamente admisible incluir, dentro del ámbito de aplicación de la disposición adicional trigésima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012, a los auténticos convenios de colaboración que tienen como punto de partida –tal y como se indicó en el informe de este Centro Directivo de 23 de diciembre de 2010 (ref. A.G. Entes Públicos 81/2010)– “..un supuesto preciso, cual es la existencia de dos (o más) partes que tienen competencias o funciones concurrentes, al menos complementarias, sobre una misma realidad material o, lo que es igual, persiguen fines comunes, cuya consecución se articula mediante la puesta en común y de forma coordinada por ambas partes de medios personales, materiales o de ambos para la obtención de esa finalidad común, de la que resultan así ser cogestoras, participando igualmente de forma común o conjunta en el resultado obtenido...”

Más dudas plantearía, en principio, la inclusión en el ámbito de aplicación de la repetida disposición adicional del llamado convenio de ocupación demanial previsto en el artículo 73.3 del TRLPEMM.

El convenio de ocupación demanial a que se refiere el artículo 73.3 del TRLPEMM viene a sustituir al otorgamiento de la correspondiente concesión o autorización para la utilización del dominio público portuario, exigible con carácter general a cualquier persona física o jurídica que pretendiere ocupar dicho demanio, en los términos recogidos en los artículos 74 y siguientes del TRLPEMM.

El hecho de que la Administración de una Comunidad Autónoma o los organismos y entidades dependientes de la misma (como aquí ocurre con la entidad “Agua de Galicia”) precisen de la utilización del dominio público portuario determina que la Autoridad Portuaria correspondiente pueda otorgar, sin llevar a cabo el trámite de concurrencia propia de una concesión demanial (artículo 83 del TRLPEMM), una autorización siempre que la utilización de ese espacio sea compatible con la normal explotación del puerto y se cumpla, por otro lado, el requisito de reciprocidad al que anteriormente se hizo cumplida referencia. Si ese requisito no se cumpliera, aquella Administración (o los organismos o entidades dependientes de ella) deberán solicitar, como señala el propio artículo 73.3 del TRLPEMM el otorgamiento de la correspondiente concesión o autorización, de acuerdo con lo establecido en este texto legal.

En el convenio que se concierte, se establecerá, como indica el artículo 73.3, párrafo primero, del TRLPEMM, las condiciones de la autorización, incluyendo las tasas que, en su caso, procedan y los costes que debe asumir el autorizado.

Pues bien, resulta bastante obvio que el convenio de ocupación demanial previsto en el artículo 73.3 del TRLPEMM no implica transferencia alguna de recursos dinerarios de la Autoridad Portuaria, integrante del sector público estatal, a una Comunidad Autónoma o a un ente dependiente y vinculado a ella que haya incumplido el objetivo de estabilidad presupuestaria, pero sí puede implicar un compromiso de realización de gastos por parte de la Comunidad Autónoma o de la entidad dependiente de ella, ya que, como se ha dicho, en el correspondiente convenio se establecerán las condiciones de la utilización del demanio portuario, incluyendo las tasas que, en su caso (se prescinde de la concurrencia de algún supuesto de

exención), procedan y los costes que deba asumir a consecuencia de la ocupación de ese espacio.

Siendo ello así, y en tanto en cuanto el convenio de ocupación demanial del artículo 73.3 del TRLPEMM puede implicar un compromiso de realización de gastos por parte de la Comunidad Autónoma con la que se pretenda concertar aquél o por parte de la entidad (dependiente de la Comunidad Autónoma) con la que se proyecte suscribir el mismo, el repetido convenio de ocupación temporal estaría incluido en el ámbito de aplicación de la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012 siempre que la Comunidad Autónoma con la que se concierte el convenio o de la que dependa la entidad con el que se pretende suscribir el mismo haya incumplido su objetivo de estabilidad presupuestaria, debiendo, por ende, someterse, con carácter previo a su autorización, al informe favorable, preceptivo y vinculante del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en los términos previstos en la citada disposición.

A la vista de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La legislación de la Comunidad de la Comunidad Autónoma de Galicia (Ley 5/2011, de 30 de septiembre, reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia) admite que los bienes demaniales de su titularidad puedan afectarse a otros usos o servicios públicos de competencia de la Administración General del Estado, por lo que debe entenderse que se cumple la condición o requisito de reciprocidad establecido en el artículo 73.3, penúltimo párrafo, del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, siendo, por tanto, jurídicamente posible que la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra pueda acogerse a la fórmula del convenio prevista en dicho precepto legal con la entidad "Aguas de Galicia" para la ocupación del dominio público portuario, a fin de instalar un nuevo colector de aguas residuales en la zona de servicio del puerto, en vez de otorgarse la autorización para la ocupación mediante la tramitación en concurrencia de una concesión demanial portuaria.

**Segunda.-** Entre los convenios de colaboración con Comunidades Autónomas a los que se refiere la Orden comunicada del Ministerio de Fomento de 9 de septiembre de 2005, sobre tramitación y registro de los convenios de colaboración y acuerdos internacionales celebrados por el Ministerio de Fomento, han de entenderse incluidos los que los organismos portuarios formalicen no solo con los órganos de la Administración de una Comunidad Autónoma, sino también con las entidades, públicas o privadas, dependientes de ella.

**Tercera.-** Entre los convenios que se pretendan suscribir por la Administración del Estado o por las entidades dependientes de la misma con la Administración de una Comunidad Autónoma o con los entes dependientes o vinculados a esta última que hubiera incumplido su objetivo de estabilidad presupuestaria a que se refiere la disposición adicional trigésima de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012 han de entenderse incluidos los convenios de ocupación demanial previstos en el artículo 73.3 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la medida en que, entre las condiciones de utilización del dominio público portuario, de necesaria inclusión en el convenio, se encuentren las tasas que proceda satisfacer por la ocupación del dominio público portuario, así como los costes que deban asumirse por el ocupante, lo que implica un compromiso de realización de gastos por la Comunidad Autónoma con la que se haya suscrito el convenio o por la entidad (dependiente de la Comunidad Autónoma) con la que se haya concertado el mismo.

## **118.- Informe acerca del seguro de caución como modalidad que puede adoptar la garantía de explotación de las concesiones otorgadas en el dominio público portuario.**

### **Resumen**

Consulta acerca del seguro de caución como modalidad que puede adoptar la garantía de explotación de las concesiones otorgadas en dominio público portuario. La garantía de explotación exigida a la entidad concesionaria puede adoptar la modalidad de seguro de caución. De acuerdo con su régimen jurídico el ámbito temporal del seguro de caución no podrá ser superior a diez años, sin perjuicio de que el concesionario la sustituya, llegado el último mes del plazo indicado, por otra de distinta modalidad hasta la extinción de la concesión o prorrogue el seguro de caución.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 1/13

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Las Palmas relativo a la duración del certificado de seguro de caución constituido como garantía de explotación de una concesión portuaria. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1) Por resolución de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 2 de diciembre de 1998 se otorgó a la entidad “La Luz, S.A.” una concesión demanial para una terminal de contenedores. Aunque no consta la duración de la misma, según se deduce del informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de 20 de noviembre de 2012 (página 6), parece que la concesión expiraría el 26 de junio de 2016, si bien, por resolución de dicha entidad pública de 19 de abril de 2010, fue prorrogada la concesión por siete años más, es decir, hasta el 26 de junio de 2023, estableciéndose entre las nuevas condiciones la obligación de presentar una garantía de explotación (condición 19ª).
- 2) La Autoridad Portuaria de Las Palmas, con el fin de dar cumplimiento a dicha condición, requirió a la entidad concesionaria para que prestase esa garantía, lo que hizo el 26 de abril de 2012, aportando un certificado de seguro de caución de la entidad “Generali España de Seguros y Reaseguros” ante el Presidente de la Autoridad Portuaria hasta el importe de 500.000 euros, en concepto de garantía de explotación de su concesión demanial.

En dicho certificado se contenía la siguiente cláusula: “El presente seguro de caución estará en vigor hasta el 26 de junio de 2016, fecha en que quedará cancelado a todos los efectos. Llegada la fecha de 26 de junio de 2016, el asegurador se reserva la potestad de renovar el presente seguro durante cinco años más” .

- 3) El 15 de mayo de 2012, la Autoridad Portuaria de Las Palmas requirió a la entidad concesionaria para que subsanase el contenido del certificado de seguro de caución aportado, exigiendo que en el mismo constase su duración indefinida y que en el texto del certificado figurase que el seguro estará en vigor hasta que la Autoridad Portuaria de Las Palmas autorice su cancelación.

En contestación a dicho requerimiento, la entidad concesionaria remitió un escrito en el que, en síntesis, manifestó que, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (LCS), el plazo máximo de duración del contrato de seguro

de caución es de diez años, sin perjuicio de la posibilidad de prórrogas, por lo que negó el carácter indefinido de dicho contrato exigido por la Autoridad Portuaria, invocando también lo dispuesto en el artículo 57.2 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP) y 94 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM).

4) A la vista de dichas alegaciones, la Autoridad Portuaria de Las Palmas recabó el parecer de la Abogacía del Estado que, en informe de 20 de noviembre de 2012, concluyó lo siguiente:

“El modelo de seguro de caución utilizado por la Autoridad Portuaria es válido en los términos en que está redactado, de tal forma que éste debiera estar vigente hasta que el Presidente de la Autoridad Portuaria autorice su cancelación o devolución debiendo rechazarse la garantía de explotación aportada.”

5) A la vista de dicho informe, la Autoridad Portuaria de Las Palmas requirió a la entidad concesionaria para que aportase garantía de explotación del título concesional 15-C-554 con carácter indefinido por importe de 500.000 euros, a lo que dicha entidad respondió el 5 de diciembre de 2012, insistiendo en sus anteriores alegaciones y negando, por tanto, el carácter indefinido del contrato de seguro de caución exigido por la Autoridad Portuaria de Las Palmas. Asimismo, aportó un nuevo certificado de seguro de caución que, en el apartado relativo a la duración, expresa lo siguiente:

“El presente seguro de caución tendrá una duración de cinco años desde su emisión más cinco años prorrogable automáticamente.”

6) La Autoridad Portuaria de Las Palmas, con fundamento en el informe de la Abogacía del Estado anteriormente citado, requirió a la entidad concesionaria para que aportase nueva garantía de explotación con carácter indefinido en relación con la concesión 15-C-601-3, lo que supone rechazar la garantía en su día admitida y cuya duración máxima se mantenía hasta el 25 de mayo de 2013. Se desconoce el plazo de duración de esta concesión.

7) Por último, el 10 de diciembre de 2012 la Autoridad Portuaria de Las Palmas se dirigió de nuevo a la Abogacía del Estado para que, a la vista de las alegaciones de la entidad “La Luz S.A.,” emitiese un nuevo informe sobre la cuestión debatida. La Abogacía del Estado de Las Palmas, tras analizar con detalle las alegaciones de la entidad, emitió informe, si bien, ante las dudas suscitadas y dada la necesidad de fijar un criterio claro al respecto, elevó consulta a esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la aparente discordancia entre el modelo de seguro de caución utilizado por la Autoridad Portuaria siguiendo el modelo previsto en el Anexo VI del RGLCAP, que exige que la garantía esté en vigor hasta que el Presidente de la Autoridad Portuaria autorice su cancelación o devolución, y el artículo 22 de la LCS.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

La cuestión que se somete a la consideración de este Centro Directivo estriba en determinar el alcance temporal de la garantía, consistente en un seguro de caución, exigida por la Autoridad Portuaria de Las Palmas a determinados concesionarios, más concretamente, si únicamente es admisible esa clase de garantía con una duración indefinida, como, según entiende la Abogacía del Estado consultante, recoge el modelo establecido por RGLCAP o si, por el contrario, cabe aceptar seguros de caución con duración limitada con arreglo al artículo 22 de la LCS y el artículo 57.2 de dicho texto reglamentario.

La primera consideración jurídica que debe realizar este Centro Directivo consiste en que tanto el artículo 119 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, sobre régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (Ley 48/2003), vigente cuando en el año 2010 se prorrogó la primera concesión otorgada a favor de la entidad "La Luz, S.A." a la que se refiere el antecedente 1) de este informe, como el actual artículo 94 del TRLPEMM, que sustituyó al anterior texto legal, se refieren a la garantía de explotación de las concesiones demaniales.

Dicha garantía de explotación, según el artículo 119.1 de la Ley 48/2003 y el artículo 94 del TRLPEMM, responde de todas las obligaciones que incurren al concesionario por razón de la concesión, de las sanciones que por incumplimiento de las condiciones de la misma se puedan imponer a su titular y de los daños y perjuicios que tales incumplimientos pudieran ocasionar, añadiendo el apartado 3 de ambos preceptos que "será devuelta a la extinción de la concesión, con deducción de las cantidades que, en su caso, deban hacerse efectivas en concepto de penalización o responsabilidades en que haya podido incurrir el concesionario frente a la Autoridad Portuaria." Por otra parte, la garantía se constituirá a disposición del Presidente de la Autoridad Portuaria y será de carácter solidario respecto al obligado principal, con inclusión de renuncia expresa a los beneficios de orden, división y excusión, de naturaleza irrevocable y de ejecución automática por el Presidente; si la Autoridad Portuaria ejecutase total o parcialmente esa garantía, el concesionario estará obligado a completarla o reponerla en el plazo de un mes (artículos 120 de la Ley 48/2003 y 95 del TRLPEMM).

Sobre esta base legal, no hay duda alguna de que la garantía de explotación exigida a la entidad concesionaria debe mantenerse y estar a disposición de la Autoridad Portuaria hasta la extinción de la concesión para poder hacer frente a todas las obligaciones y responsabilidades del concesionario, así como para hacer frente a las penalizaciones que se le hubiesen impuesto. La devolución de la garantía exigida al concesionario, de acuerdo con dichos preceptos, no tendrá lugar hasta la extinción de la concesión, previa deducción de las cantidades correspondientes en concepto de responsabilidades y penalizaciones a cargo del concesionario.

Dicho lo anterior, debe analizarse la garantía ofrecida y admitida por la Autoridad Portuaria de Las Palmas y consistente, según se ha dicho, en un seguro de caución. En este sentido, la regla 21 del pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones de dominio público portuario estatal, aprobado por Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, dispone, entre otros extremos, que "el título concesional habrá de expresar la cantidad a la que asciende la garantía de explotación, que se consignará en efectivo, valores, aval bancario o seguro de caución, a disposición del Presidente de la Autoridad Portuaria en los términos establecidos por el artículo 120.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre".

- II -

Siendo admisible, como garantía de explotación, el seguro de caución es preciso analizar el régimen jurídico del mismo o, más precisamente, su dimensión temporal. En este sentido, dado su indudable carácter general y transversal para todo el ordenamiento jurídico, el precepto básico que ha de tenerse en cuenta es el artículo 22 de la LCS, según el cual "la duración del contrato será determinada en la póliza, la cual no podrá fijar un plazo superior a diez años. Sin embargo, podrá establecerse que se prorrogue una o más veces por un periodo no superior a un año cada vez".

Por su parte, el artículo 21.2.c) del Reglamento de la Caja General de Depósitos, aprobado por Real Decreto 161/1997, de 6 de diciembre, relativo a las menciones expresas del modelo de contrato de seguro de caución, dispone que "la duración del contrato de seguro coincidirá con la de la obligación garantizada. Si la duración de éstas superase los diez años, el obligado

a prestar garantía deberá prestar nueva garantía durante el último mes del plazo indicado, salvo que se acredite debidamente la prórroga del contrato de seguro”

Por último, el artículo 57.2 del RGLCAP –precepto que en lo relativo al plazo de duración del seguro de caución sigue vigente, dada la falta de desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 96.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre–, tomando en consideración lo preceptuado en el artículo 22 de la LCS, tras disponer que “la garantía surtirá efectos hasta que el asegurado, o quien actúe en su nombre, autorice expresamente su cancelación o devolución” y que “el plazo de duración del seguro de caución como garantía en el ámbito de la contratación de las Administraciones Públicas será el de la obligación u obligaciones garantizadas, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65.1 de este Reglamento”, establece que “si la duración de éstas superare los diez años, el contratista vendrá obligado a prestar nueva garantía durante el último mes del plazo indicado, salvo que se acredite debidamente la prórroga del contrato de seguro”.

La norma contenida en el inciso final del artículo 57.2 del RGLCAP evidencia que, como no podía ser de otra forma, esta norma reglamentaria ha tenido en cuenta, como se ha dicho, la previsión del artículo 22 de la LCS sobre duración del contrato de seguro. Pues bien, no conteniendo el TRLPEMM ninguna previsión sobre modalidades de las garantías que deban prestarse por razón del otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario, así como tampoco la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, no existe ningún impedimento jurídico para aplicar analógicamente, colmando así la laguna que se aprecia en el TRLPEMM en el extremo que ahora se trata, la normativa sobre contratación pública en punto a las modalidades de las garantías que se exigen en este ámbito, en la que se encuentran las previsiones del RGLCAP.

Pues bien, siendo claro que la garantía de explotación debe mantenerse a disposición del Presidente de la Autoridad Portuaria hasta la extinción de la concesión, y que la garantía a prestar por el concesionario puede consistir en un seguro de caución, debe entenderse que el régimen jurídico de esa garantía, en su aspecto o dimensión temporal, será el propio de la misma, pero adaptado al vencimiento del plazo de otorgamiento de la concesión, que es la forma más normal de extinción de la misma prevista en los artículos 121 a) de la Ley 48/2003 y 96 a) del TRLPEMM.

En consecuencia, dado que el plazo de duración de las concesiones demaniales será el que determine el título correspondiente, aunque sin superar, con carácter general, el plazo de 35 años (artículo 82 del TRLPEMM), si la garantía de explotación exigible al concesionario se ha constituido mediante un seguro de caución, éste, de acuerdo con su normativa específica (artículo 22 de la LCS), no podrá tener una duración superior a diez años. Ningún problema se planteará si la duración de la concesión no superase ese plazo. Si, como acontece en el caso a que se refiere el presente informe, la concesión tuviese una duración superior, podría constituirse un seguro de caución por su máximo plazo (10 años), de forma que, llegado el último mes del plazo indicado, el concesionario vendría obligado a sustituir esa garantía por otra de distinta modalidad hasta la extinción de la concesión o, de acuerdo con el artículo 22 de la LCS en relación con el artículo 57.2 del RGLCAP, a prorrogar el seguro de caución una o más veces por un período de un año cada vez hasta la fecha de extinción de la concesión que normalmente coincidirá con la fecha de vencimiento del plazo de la misma (artículo 96 a) del TRLPEMM).

Con fundamento en lo dicho, si se quiere seguir utilizando el modelo de certificado de seguro de caución previsto en el Anexo VI del RGLCAP, no se ve discordancia alguna entre el modelo en cuestión y lo dispuesto en los artículos 22 de la Ley 50/1980 y 57.2 del RLCAP, siempre y cuando en el último párrafo de dicho modelo, relativo al plazo de vigencia de la garantía, quede constancia expresa, si la duración de la concesión es superior a diez años, de que el seguro de caución tendrá una vigencia de diez años y de que, un mes antes de que concluya ese plazo, el concesionario se compromete a prestar una nueva garantía sin

esa limitación temporal o a prorrogar el seguro de caución prestado una o más veces, por un período no superior a un año cada vez, hasta que se extinga la concesión.

La extinción de la concesión normalmente coincidirá con la fecha de vencimiento del plazo por el que se otorgó aquélla, momento en el que, una vez deducidas las cantidades que, en su caso, deban hacerse efectivas en concepto de penalización o responsabilidades en que hubiera podido incurrir el concesionario, el Presidente de la Autoridad Portuaria, a cuya disposición se encuentra la garantía, autorizará su cancelación o devolución.

A la vista de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El seguro de caución, modalidad que puede adoptar la garantía de explotación de las concesiones otorgadas en el dominio público portuario, no puede tener, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, una duración superior a diez años, si bien podrá prorrogarse una o más veces hasta la extinción de la concesión, por períodos no superiores a un año cada vez.

**Segunda.-** Con base en lo indicado en la anterior conclusión, si se quiere seguir utilizando el modelo de certificado de seguro de caución previsto en el Anexo VI del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, no se aprecia discordancia entre dicho modelo y lo dispuesto en los artículos 22 de la Ley 50/1980 y 57.2 del citado Reglamento, siempre y cuando en el último párrafo de dicho modelo, relativo al plazo de vigencia de la garantía, quede constancia expresa, si la duración de la concesión es superior a diez años, de que el seguro de caución tendrá una vigencia de diez años y de que, un mes antes de que concluya ese plazo, el concesionario se compromete a prestar una nueva garantía sin esa limitación temporal o a prorrogar el seguro de caución prestado una o más veces por un periodo no superior a un año cada vez, hasta que se extinga la concesión.

**Tercera.-** La extinción de la concesión normalmente coincidirá con la fecha de vencimiento del plazo por el que se otorgó aquélla, momento en el que, una vez deducidas las cantidades que, en su caso, deban hacerse efectivas en concepto de penalización o responsabilidades en que haya podido incurrir el concesionario, el Presidente de la Autoridad Portuaria, a cuya disposición se encuentra la garantía, autorizará su cancelación o devolución.



## **119.- Informe sobre determinadas cuestiones relacionadas con la renuncia de la concesión del dominio público portuario otorgada en el año 2006 a una empresa con destino a planta de fabricación de polifosfatos, pigmentos y actividades complementarias de éstas.**

### **Resumen**

En todos los casos de extinción de la concesión, incluida la renuncia a la misma, corresponde a la Autoridad Portuaria decidir sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones no desmontables o su levantamiento y retirada a costa del concesionario. En el acta de reversión se consignarán los bienes revertidos y, en caso de desmantelamiento, podrá formalizarse en acta de reversión el estado del dominio público portuario. En los casos en que la Autoridad Portuaria decida sobre la demolición y retirada de los bienes e instalaciones, el concesionario deberá realizar estos trabajos a satisfacción de la Autoridad Portuaria sin prestar garantías adicionales que aseguren el buen fin de estos trabajos.

**Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 6/13**

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de conformidad con lo prevenido en el artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, ha examinado el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Huelva sobre determinadas cuestiones relacionadas con la renuncia de la concesión del dominio público portuario otorgada en el año 2006 a la empresa FMC Foret, S.A., con destino a planta de fabricación de polifosfatos, pigmentos y actividades complementarias de éstas. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe

- I -

Tal y como se deduce del proyecto de informe y de la documentación complementaria remitida, en el año 2006, y por un plazo que finalizará el 16 de diciembre de 2022, la Autoridad Portuaria de Huelva (en adelante, APH) otorgó a la entidad FMC Foret, S.A. (en lo sucesivo, FMC), la concesión C-1.160 con destino a una planta de fabricación de polifosfatos, pigmentos y actividades complementarias de éstas.

El Pliego de Condiciones Generales que rige la concesión se ajusta a las pautas establecidas en la entonces vigente Orden del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente de 2 de agosto de 1995, que aprobó el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de interés general.

El 8 de marzo de 2011 la concesionaria comunicó a la APH el cese en la actividad como consecuencia de una sentencia dictada por la Audiencia Nacional por la que se impide a Ferti-beria S.A. la realización de vertidos de fosfoyesos, lo que determina la paralización de gran parte de la actividad de la concesión, solicitando en esa misma fecha la concesionaria por esta razón que se tramitase su renuncia a la concesión. La APH, en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, sobre relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo, solicitó un informe sobre la situación medioambiental del suelo.

Independientemente de lo anterior, la empresa concesionaria inició desde ese momento distintos contactos para intentar llevar adelante un plan de continuidad de las instalaciones mediante acuerdos de transmisión con diversas empresas interesadas en todos los elementos de la concesión y luego sobre parte de los mismos. Ello determinó una modificación del título concesional, reduciéndose la superficie originariamente otorgada, que pasó de 192.752,21

metros cuadrados a 103.522,21 metros cuadrados. Esta modificación fue aceptada por el Consejo de Administración de la APH en sesión celebrada el 27 de junio de 2012.

Al mismo tiempo, la concesionaria redactó un proyecto de desmantelamiento de las instalaciones y efectuó estudios de caracterización del suelo, valorando alternativas de remediación y su cuantificación económica para el caso de que no prosperase la transmisión que estaba negociando. Para despejar cualquier duda al respecto en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones medioambientales, la entidad concesionaria presentó, el 24 de mayo de 2012, un aval bancario por importe de 6 millones de euros ante el Ayuntamiento de Huelva y a disposición exclusiva del mismo para responder de “cualesquiera obligaciones de pago que se puedan derivar de la ejecución de los trabajos definidos como segunda fase consistentes en la descontaminación de los terrenos de los cuales ha sido concesionaria la empresa FMC FORET, S.A. sitios en Huelva, Av. Francisco Montenegro s/n en base al proyecto de descontaminación que se acuerde al respecto”.

Con fecha 22 de octubre de 2012, la entidad concesionaria solicitó a la APH que autorizase su renuncia al total de la concesión nº 1.160, cuya superficie total quedó reducida, como se ha dicho, a 103.522,21 metros cuadrados, exceptuando los elementos, bienes e instalaciones no fijos de la misma y “con la condición de que se autorice a FMC a la ejecución de los trabajos de desmantelamiento y demolición de las instalaciones afectas a los terrenos a extinguir por esta solicitud de renuncia, según proyecto ya presentado a la APH”.

- II -

Con base en los anteriores datos, se consulta, en primer lugar, sobre la consideración y tratamiento que merece la condición que pretende imponer la concesionaria en la solicitud de renuncia de 22 de octubre de 2012, consistente, como se ha visto, en que se le autorice “la ejecución de los trabajos de desmantelamiento y demolición de las instalaciones afectas a los terrenos a extinguir por esta solicitud de renuncia”.

Pues bien, como acertadamente se indica en el proyecto de informe, la respuesta a esta cuestión se encuentra en la propia normativa portuaria y en el Pliego de Condiciones Generales de la concesión, que rigen la relación jurídica existente entre la APH y FMC.

En efecto, siendo la renuncia del titular de la concesión (que sólo podrá ser aceptada por la Autoridad Portuaria cuando no cause perjuicio a ésta o a terceros) una de las causas de extinción de las concesiones portuarias, según dispone el artículo 96.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), el artículo 100 de este texto legal, fiel trasunto de las previsiones contenidas para todo tipo de concesiones demaniales en el artículo 101 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, determina los efectos de la extinción de la concesión, complementándose esta previsión legal con lo establecido en la cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Generales de la concesión.

El artículo 100 del TRLPEMM dispone lo siguiente:

- “1.- Extinguida la autorización o concesión, el titular tendrá derecho a retirar fuera del espacio portuario los materiales, equipos o instalaciones desmontables que no reviertan gratuitamente a la Autoridad Portuaria en función de lo previsto en el título, estando obligado a hacerlo cuando así lo determine la Autoridad Portuaria, la cual podrá efectuar la retirada con cargo al titular de la autorización o concesión extinguida, cuando el mismo no la efectúe en el momento o plazo que se le indique.
- 2.- En todos los casos de extinción de una concesión, la Autoridad Portuaria decidirá sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones no desmontables, que revertirán gratuitamente y libre de cargas a la Autoridad Portuaria, o decidirá su levantamiento y retirada del dominio público por aquél y a sus expensas.

Si la Autoridad Portuaria no se pronunciara expresamente, se entenderá que opta por su mantenimiento, sin perjuicio de que, previamente, a la fecha de extinción, pueda decidir su levantamiento y retirada.

En el caso de que la Autoridad Portuaria haya optado por el levantamiento de las obras e instalaciones, el titular retirará las mismas en el plazo fijado por aquélla, pudiendo la Autoridad Portuaria ejecutar subsidiariamente los trabajos que no haya efectuado el titular en el plazo concedido.

Si la Autoridad Portuaria hubiese optado por el mantenimiento, el titular procederá a la reparación de las obras e instalaciones en el plazo y condiciones indicados por aquélla.

(...)"

Por su parte, la cláusula 26ª del Pliego, en concordancia con lo señalado en la regla 30ª de la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 2 de agosto de 1995, establece, entre otras cosas y por lo que ahora importa, que:

"En el caso de que la Autoridad Portuaria hubiese decidido el levantamiento de las obras e instalaciones, el concesionario queda obligado a realizarlo a su costa en el plazo de seis meses a contar desde el día siguiente al del vencimiento de la concesión, y a reponer el dominio público a su anterior estado, incluso desde el punto de vista medioambiental.

Si el concesionario no hubiese procedido a la demolición o retirada de las instalaciones, a satisfacción de la Autoridad Portuaria, ésta ejecutará a costa del concesionario subsidiariamente los trabajos no realizados

(...)"

Pues bien, como indica la Abogacía del Estado en Huelva, la normativa aplicable de que se ha hecho mención diferencia claramente entre materiales, equipos e instalaciones desmontables, que no reviertan gratuitamente a la Autoridad Portuaria en función de lo previsto en el título, y obras e instalaciones no desmontables o fijas.

Respecto a los primeros, se atribuye al titular de la concesión el derecho a retirar los mismos fuera del espacio portuario, previéndose que estará obligado a hacerlo cuando así lo determine la Autoridad Portuaria. Esta entidad pública puede hacerlo a costa del concesionario cuando éste no lo efectúe en el plazo que se le indique.

Respecto a las obras e instalaciones no desmontables o fijas a las que parece referirse la solicitud del concesionario y la solicitud de informe formulada a la Abogacía del Estado, en todos los casos de extinción de la concesión y, por tanto, en los casos de renuncia a la misma, corresponde a la Autoridad Portuaria decidir sobre su mantenimiento, en cuyo caso revertirán gratuitamente y libres de cargas a la misma, o su levantamiento y retirada del dominio público por el concesionario y a sus expensas.

En este último caso, es decir, si la Autoridad Portuaria optara por el levantamiento, el titular queda obligado a realizarlo a su costa en el plazo de seis meses a contar desde el día siguiente al del vencimiento de la concesión, así como a reponer el dominio público a su anterior estado, pudiendo la Autoridad Portuaria ejecutar a costa del concesionario esas obras, si el concesionario no hubiese procedido a la demolición y retirada de las instalaciones a satisfacción de la propia Autoridad Portuaria.

Cuestión distinta es que a los intereses de la APH convenga el desmantelamiento y retirada de las obras e instalaciones construidas por la sociedad concesionaria y así lo acuerde dicha entidad pública. Ahora bien, y como fácilmente se comprende, esta decisión de la APH tendrá por fundamento jurídico la facultad que le asiste de decidir entre el mantenimiento de las obras o instalaciones o su desmantelamiento o retirada, y no la condición impuesta por el concesionario.

A la vista de lo expuesto, resulta indudable que la condición impuesta por el concesionario en el escrito en el que solicita que se autorice la renuncia a la concesión (que se autorice a FMC a la ejecución de los trabajos de desmantelamiento y demolición de las instalaciones afectas a la concesión) no puede admitirse, pues dicha condición limita a priori el derecho de opción de la APH entre el mantenimiento de las obras e instalaciones no desmontables, con reversión gratuita y libres de cargas a la citada Autoridad, y el levantamiento de las obras e instalaciones, con la obligación de retirada de las mismas a cargo del concesionario, establecido en la normativa aplicable.

En definitiva, la APH, en el momento de extinción de la concesión, tiene que tener total libertad para tomar la decisión que más le interese sobre el mantenimiento o levantamiento de las obras e instalaciones no desmontables existentes sobre el terreno concesional, sin verse limitada en modo alguno por la condición que pretende imponer la sociedad concesionario al solicitar la autorización para la renuncia a la concesión.

- III -

La segunda cuestión suscitada se refiere a la necesidad o innecesidad de suscribir acta de reversión y, en su caso, el análisis de sus efectos en el supuesto en que se opte por el levantamiento de las obras e instalaciones no desmontables dispuestas sobre el dominio público.

De una forma más precisa, se consulta sobre si debe o no formalizarse acta de reversión en el supuesto de que la APH optara por el levantamiento de las obras e instalaciones no desmontables dispuestas sobre el dominio público portuario con la consiguiente exigencia a la concesionaria de la restitución de los terrenos sin obras e instalaciones.

En opinión de la Abogacía del Estado en Huelva, el TRLPEMM no establece expresamente nada al respecto mientras que de la literalidad de la cláusula 26ª del Pliego parece deducirse que el acta de reversión sólo es exigible en el supuesto de que reviertan las obras e instalaciones. A pesar de ello, entiende que la reversión es doble, de terrenos ocupados por la concesión, por un lado, y de obras e instalaciones no desmontables, por otro. Si la Autoridad Portuaria optara por el desmantelamiento, corresponde al concesionario retirar las obras e instalaciones en el plazo concedido, debiendo la Autoridad Portuaria verificar si se hace a su satisfacción, pues, de lo contrario, lo podría ejecutar a costa del concesionario.

Pues bien, respondiendo a esta cuestión y, a pesar de que, a primera vista, ni en el TRLPEMM ni en el Pliego de Condiciones Generales de la concesión se diga nada al respecto, pudiendo deducirse, por tanto, que el levantamiento de una acta (de reversión) sólo está previsto para aquellos casos en los que la Autoridad Portuaria hubiere optado por el mantenimiento de las obras e instalaciones (en este sentido la cláusula 26ª del Pliego dispone que “de la recepción por la Autoridad Portuaria de los bienes revertidos –se refiere a obras e instalaciones no desmontables– se levantará la correspondiente acta en presencia del concesionario, si compareciere”), no existe inconveniente alguno para que en los casos en los que la Autoridad Portuaria opte por el levantamiento de las obras e instalaciones se formalice acta para dejar constancia de la realización de los trabajos de retirada de dichas obras e instalaciones y de las actuaciones de reposición del dominio público a su estado anterior, pudiendo servir de base los datos reflejados en el acta para la posible ejecución de las obras por la Autoridad Portuaria a costa del concesionario si los trabajos no se hubieren realizado a satisfacción de la Autoridad Portuaria.

En este sentido, la regla 30ª de la Orden de 2 de agosto de 1995, después de señalar que si la Autoridad Portuaria hubiese decidido el levantamiento de las obras e instalaciones, el concesionario queda obligado a realizarlo a su costa, añade sobre este particular lo siguiente:

“De la recepción por la Autoridad Portuaria de los terrenos revertidos se levantará la correspondiente acta en presencia del concesionario, si compareciese, en la que se reseñará si el estado en que quedan los terrenos es el ordenado por la Autoridad Portuaria.”

En consecuencia, y a la vista de lo dispuesto en la regla 30ª de la citada Orden Ministerial, no existe duda alguna de la procedencia de levantar en estos casos un acta, aunque no sea formalmente el acta de reversión a que se refiere la cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Generales (prevista para los casos de mantenimiento de las obras e instalaciones y consiguiente reversión gratuita y libres de cargas a la Autoridad Portuaria), acta que deberá formalizarse por el servicio técnico correspondiente citando para ello al concesionario, y en la que se reseñará el estado en que queden los terrenos después de la realización por aquél de las tareas de levantamiento de las obras e instalaciones, sirviendo igualmente, en el caso de que las tareas correspondientes no se hubieren realizado a satisfacción de la Autoridad Portuaria, para que ésta, tomando como referencia los datos reflejados en el acta, pueda ejecutarlas subsidiariamente a costa del concesionario.

#### - IV -

La tercera cuestión suscitada, relacionada con la anterior, se refiere a la posibilidad de exigir al concesionario, con carácter previo a la aceptación de la renuncia por parte de la APH, la constitución de una garantía para asegurar convenientemente el buen fin de las operaciones de desmantelamiento y reposición del dominio público a su primitivo estado tras la extinción de la concesión, más allá de la garantía de explotación.

Lo primero que debe señalarse es que la exigencia, en su caso, de esa garantía adicional únicamente se justificaría en el buen fin de las tareas de levantamiento de las obras e instalaciones que, como se ha expuesto, deben realizarse a satisfacción de la Autoridad Portuaria, ya que, de no ser así, se ejecutarían por ésta a costa del concesionario, y no con el caso especial de la descontaminación de suelos que, como bien se indica en el proyecto de informe, tiene un tratamiento especial y diferenciado al que se hará referencia en el siguiente apartado del presente informe.

Hecha esta aclaración, la regla 26ª del Pliego de Condiciones Generales de la concesión dispone sobre este concreto extremo que “si el concesionario no hubiese precedido a la demolición y retirada de las instalaciones, a satisfacción de la Autoridad Portuaria, ésta ejecutará a costa del concesionario subsidiariamente los trabajos no realizados, deduciéndose el importe de los gastos ocasionados de la garantía de explotación, y si ésta no fuese suficiente se utilizará, si fuera necesario, el procedimiento de apremio administrativo, de conformidad con el artículo 48.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante”.

Por su parte, el artículo 94 del TRLPEMM, relativo a la garantía de explotación, dispone lo siguiente:

- “1.- La garantía de explotación responderá de todas las obligaciones derivadas de la concesión, de las sanciones que por incumplimiento de las condiciones de la misma se puedan imponer a su titular y de los daños y perjuicios que tales incumplimientos puedan ocasionar.
- 2.- La garantía de explotación se determinará en función del importe anual de las tasas que ha de abonar el concesionario, no pudiendo ser inferior a la mitad de dicho importe ni superior al importe anual de las mismas, debiendo actualizarse cada cinco años, en función del importe de las tasas en la fecha de actualización.
- 3.- La garantía de explotación será devuelta a la extinción de la concesión, con deducción de las cantidades que, en su caso, deban hacerse efectivas en concepto de penalización o responsabilidades en que haya podido incurrir el concesionario frente a la Autoridad Portuaria.”

En parecidos términos se expresa la cláusula 14ª del Pliego de Condiciones Generales de la concesión.

Para la Abogacía del Estado consultante, la clave para responder a la cuestión suscitada está en determinar si el desmantelamiento o levantamiento de las instalaciones y obras constituye o no una obligación del concesionario. En el caso de que la respuesta fuere afirmativa, habría que estar, en lo relativo a la exacción de los gastos ocasionados a raíz de la realización de esas tareas por la Autoridad Portuaria a costa del concesionario, a lo dispuesto en el artículo 94 del TRLPEMM y hacer efectivos los mismos sobre la garantía de explotación. Si la respuesta fuere negativa, esto es, si no se considerase una obligación del concesionario, habría que restituirle, en principio, la garantía de explotación a la extinción de la concesión, sin esperar a la terminación de las obras, aunque, con carácter previo a la aceptación de la renuncia, habría base para exigirle una garantía adicional por este concepto, en consonancia con lo expuesto para un caso similar por el artículo 72.2 de la Ley 22/ 1988, de 28 de julio, de Costas.

Respondiendo a la cuestión suscitada, y en opinión de este Centro Directivo, la realización de las obras de demolición y retirada de las instalaciones a satisfacción de la Autoridad Portuaria constituye una obligación derivada de la concesión que tiene un claro apoyo legal en el artículo 100.2 del TRLPEMM y en la cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Generales de la concesión, y de la que, como dispone esta cláusula, responde, cuando la Autoridad Portuaria ejecute las obras a costa del concesionario, la garantía de explotación a la que se refiere el artículo 94 del TRLPEMM, precepto que comienza diciendo que “la garantía de explotación responderá de todas las obligaciones derivadas de la concesión...” Si dicha garantía, determinada de la forma que se indica en el apartado 2 del citado precepto legal, fuese insuficiente, se utilizará, si fuera necesario, el procedimiento de apremio administrativo, como expresamente dispone la mencionada cláusula.

Lo dicho constituye el cauce previsto legalmente (artículo 94 del TRLPEMM) y convencionalmente (cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Generales) para hacer efectiva la responsabilidad del concesionario por la demolición y retirada de las instalaciones, cuando la Autoridad Portuaria tenga que ejecutarlas subsidiariamente y a costa de aquél, debiendo, por tanto, entenderse que el levantamiento de las obras e instalaciones, cuando así lo disponga la Autoridad Portuaria, constituye una obligación derivada de la concesión.

A diferencia de lo que ocurre en las concesiones sobre dominio público marítimo-terrestre con obras e instalaciones no desmontables en las que no existe referencia alguna a la garantía de explotación, haciendo que tenga total sentido que, en el momento de la extinción de la concesión, el concesionario (en cumplimiento de una condición establecida en el título concesional –artículo 76.j) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas–) esté obligado a constituir un depósito suficiente para responder de los gastos de levantamiento de las obras o instalaciones y retirada fuera del dominio público marítimo-terrestre (artículo 72.2 de la citada Ley 22/1988), esa función la cumple, en el ámbito del dominio público portuario, la garantía de explotación que se constituye en el momento de otorgamiento de la concesión. En este sentido, el artículo 87.1.h) del TRLPEMM se refiere a la garantía de explotación como una de las condiciones que deben figurar en el título concesional, respondiendo específicamente de las obligaciones del concesionario relacionadas con la demolición y retirada de las instalaciones, como se encarga de ponerlo de manifiesto expresamente la cláusula 26ª del Pliego de Condiciones Generales de la propia concesión.

Por tanto, de los gastos derivados de la ejecución por la Autoridad Portuaria de las tareas de demolición y retirada de instalaciones realizadas por la misma subsidiariamente y a costa del concesionario, responderá únicamente la garantía de explotación, de obligada constitución por el concesionario, al ser esa tarea una obligación derivada de la concesión. Si esta garantía de explotación no fuera suficiente, se utilizará, el procedimiento de apremio administrativo.

En conclusión, y por lo que a este extremo de la consulta se refiere, no existe fundamento legal para exigir al concesionario la constitución de una garantía a fin de asegurar convenientemente el buen fin de las operaciones de levantamiento y retirada de las obras e instalaciones.

- V -

La cuarta cuestión planteada a la Abogacía del Estado en Huelva se refiere a la derivada de la descontaminación de suelos en el terreno concesional ocupado por las actividades de FMC durante el período de tiempo en que ha venido ejerciendo su derecho concesional.

El correcto análisis de esta cuestión debe comenzar con una referencia precisa a la normativa vigente sobre suelos contaminados y que, con algunos matices, es similar a la que ya regía cuando en el año 2006 se otorgó la concesión demanial por parte de la APH a FMC.

En este sentido, el Título V de la Ley 22/2011, de 28 de junio, de residuos y suelos contaminados (artículos 33 a 38), en paralelo a lo que disponía el Título V de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos (artículos 27 y 28), vigente cuando se otorgó la concesión, después de disponer (artículo 33.2) que los titulares de actividades potencialmente contaminantes deberán remitir periódicamente a la Comunidad Autónoma correspondiente los informes en los que figuren la información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados, preceptúa en su artículo 34.1 lo siguiente:

“Las Comunidades Autónomas declararán y delimitarán los suelos contaminados, debido a la presencia de componentes de carácter peligroso procedentes de las actividades humanas, evaluando los riesgos para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que, establecidos en función de la naturaleza de los suelos y usos, se determinen por el Gobierno previa consulta a las Comunidades Autónomas”.

Este mismo precepto añade en su apartado 3 que “la declaración de un suelo como contaminado obligará a realizar las actuaciones necesarias para proceder a su limpieza y recuperación, en la forma y plazo en que determinen las respectivas Comunidades Autónomas (....)”. Por su parte, el artículo 35.4 añade, por lo que ahora importa, que “las Comunidades Autónomas declararán que un suelo ha dejado de estar contaminado tras la comprobación de que se han realizado de forma adecuada las operaciones de descontaminación y recuperación del mismo e incluirán esta declaración en el inventario”.

Es importante destacar que la competencia atribuida por la Ley 22/2011 a las Comunidades Autónomas para declarar y delimitar los suelos contaminados, así como para declarar que un suelo ha dejado de estar contaminado ha sido transferida, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al Ayuntamientos respectivo en los casos en que el suelo contaminado esté íntegramente comprendido dentro de su término municipal, tal y como acontece en el supuesto a que se refiere el presente informe, y ello con base en lo prevenido en el artículo 92.2.h) de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, y que se ha concretado en el artículo 9 de la Ley del Parlamento Andaluz 2/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, según el cual los municipios andaluces tienen competencia propia para la promoción, defensa y protección del medio ambiente (apartado 12), lo que incluye:

“(...

- c) La declaración y delimitación de suelo contaminado, en los casos en que dicho suelo esté íntegramente comprendido dentro de su término municipal.
- d) La aprobación de los planes de descontaminación y la declaración de suelo descontaminado, en los casos en que dicho suelo esté íntegramente comprendido dentro de su término municipal.

(...)”

El artículo 36 de la Ley 22/2011 se refiere a los sujetos responsables de la descontaminación y recuperación de suelos contaminados, disponiendo en su primer apartado lo siguiente:

“1.- Estarán obligados a realizar las operaciones de descontaminación y recuperación reguladas en el artículo anterior, previo requerimiento de las Comunidades Autónomas, los causantes de la contaminación, que cuando sean varios responderán de estas obligaciones de forma solidaria y, subsidiariamente, por este orden, los propietarios de los suelos contaminados y los poseedores de los mismos.

En los supuestos de bienes de dominio público en régimen de concesión, responderán subsidiariamente en defecto del causante o causantes de la contaminación, por este orden, el poseedor y el propietario.

Las obligaciones previstas en este apartado se entienden sin perjuicio de lo establecido en los artículos 54 y 55”

En parecidos términos se expresaba el artículo 27.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos Sólidos, vigente a la fecha de otorgamiento de la concesión.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 36 de la propia Ley 22/2011 preceptúa que:

“2.- Los responsables subsidiarios podrán repercutir el coste de las actuaciones que hubieran llevado a cabo en la recuperación de un suelo declarado contaminado al causante o causantes de la contaminación.

La recuperación de los costes de descontaminación no podrá exigirse por encima de los niveles de contaminación asociados al uso del suelo en el momento en que se produjo la contaminación por el causante”.

Pues bien, si se acude a la vía de la declaración de suelos contaminados del artículo 34 de la Ley 22/2011 y se tiene en cuenta que el suelo contaminado sobre el que se asienta la concesión demanial otorgada a FMC por la APH se encuentra íntegramente comprendido dentro del término municipal de Huelva, queda claro que la competencia para declarar y delimitar, por un lado, el suelo contaminado, y para la aprobación de los planes de descontaminación y para la declaración de suelo descontaminado, por otro lado, corresponde al Ayuntamiento de Huelva, ante el que, como se ha expuesto en el apartado I de este informe, el pasado 24 de mayo de 2012, la sociedad concesionaria ha presentado un aval de 6 millones de euros para hacer frente a las obligaciones de pago que se puedan derivar de los trabajos de descontaminación de los terrenos.

Por otra parte, y de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 22/2011, están obligados a realizar las operaciones de descontaminación y recuperación el causante de la contaminación, en este caso FMC y, subsidiariamente, la APH (es decir, en defecto del causante de la contaminación, y como “propietario” del dominio público portuario estatal, más precisamente, como gestor del mismo –artículo 25.d)– del TRLPEMM).

El artículo 38 de la Ley 22/2011 admite de forma novedosa la llamada recuperación voluntaria de suelos, disponiendo, bajo ese epígrafe, lo siguiente:

“La descontaminación del suelo para cualquier uso previsto de este podrá llevarse a cabo, sin la previa declaración del suelo como contaminado, mediante un proyecto de recuperación voluntaria aprobado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma. Tras la ejecución del proyecto se acreditará que la descontaminación se ha llevado a cabo en los términos previstos en el proyecto. La administración competente llevará un registro administrativo de las descontaminaciones que se produzcan por vía voluntaria”.

En este supuesto de recuperación voluntaria de suelos la responsabilidad de realizar las tareas de descontaminación corresponde también al causante de la contaminación, estando obligado a ejecutar satisfactoriamente el proyecto de recuperación voluntaria aprobado a tal fin por el órgano competente. En dicho supuesto no se prevé la figura del responsable subsi-



diario, pero no puede descartarse totalmente la aparición de esta figura, bien que ello exigiría la previa declaración del suelo como contaminado; así, si la recuperación voluntaria del suelo (que no exige la previa declaración del suelo como contaminado) no se llevase finalmente a término, no cabe duda de que procedería, con arreglo al artículo 34, la declaración de suelo contaminado, dando ello lugar, con arreglo al artículo 36, a la responsabilidad principal del causante de la contaminación y a la responsabilidad subsidiaria del titular del dominio público objeto de concesión.

Llegados a este punto, surge la duda de si la APH, antes de aceptar la renuncia del concesionario a la concesión –artículo 96.c) del TRLPEMM– y, en general, cuando, no habiéndose optado por la recuperación voluntaria de suelos, se extinga la concesión por alguna de las restantes causas del artículo 96 de dicho texto legal, podría exigir al concesionario la constitución de una garantía adicional a la que ya tiene éste prestada ante el Ayuntamiento de Huelva, y ello con el fin de cubrir la responsabilidad subsidiaria que alcanza a la propia APH por aplicación de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Ley 22/2011.

Pues bien, aunque la extinción de la concesión tenga lugar por renuncia del concesionario, que sólo podrá ser aceptada por la Autoridad Portuaria cuando no cause perjuicio a ésta o a terceros –artículo 96.c.) del TRLPEMM–, no existe base legal alguna para condicionar la aceptación de la renuncia a la prestación por parte del concesionario de una garantía adicional a la ya prestada por el mismo ante el Ayuntamiento de Huelva, y ello con fundamento en la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

- 1) Del sentido del artículo 34 de la Ley 22/2011 se deduce que la declaración administrativa de suelo contaminado no ha de producirse necesariamente al término de la concesión, sino que puede tener lugar en cualquier momento de la vigencia de la concesión. En efecto si lo que pretende la Ley 22/2011, conforme resulta de su artículo 1, es prevenir y mitigar los impactos adversos de los residuos sobre la salud humana y el medio ambiente, no tendría sentido alguno que no se pudiera formular la declaración de suelo contaminado y no se pudieran realizar las actuaciones precisas para proceder a su limpieza sino cuando finalizase la actuación contaminante, pues ello daría lugar, de una parte, a que durante el período (que puede ser muy dilatado) de realización de la actividad contaminante se produjesen efectos perjudiciales para la salud humana y el medio ambiente y, de otra parte, a que se pudiese agravar el estado de contaminación, llegando incluso a una situación irreversible, todo lo cual resulta obviamente incoherente.
- 2) Como consecuencia de lo anterior, no puede entenderse que la renuncia a la concesión (y consiguiente extinción de la misma) ocasione a la APH el perjuicio patrimonial consistente en desencadenar la responsabilidad subsidiaria de esta entidad pública a que se refiere el artículo 36 de la Ley 22/2011. Dicho en otros términos, el perjuicio patrimonial que para la APH resulta de la responsabilidad subsidiaria que le impone dicho precepto legal (por su condición de “propietaria” del terreno objeto de la concesión) no deriva en el orden lógico-causal de la extinción de la concesión por virtud de renuncia, sino de la previa actividad contaminante que haya venido realizando el concesionario durante todo el tiempo de la explotación de la concesión, y es justamente a esta actividad contaminante del concesionario y no a la extinción de la concesión (mediante renuncia) a la que la Ley 22/2011 anuda la responsabilidad subsidiaria de la APH por su condición de “propietaria” del dominio público sobre el que se ha realizado la actividad contaminante.

En suma, no cabe vincular causalmente a la renuncia de la concesión la producción de un perjuicio (responsabilidad subsidiaria) a la APH y sin que, por tanto, sea admisible entender que, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 96. c) del TRLPEMM –procedencia de la renuncia cuando ésta no cause perjuicio a la Autoridad Portuaria–, la APH puede condicionar la aceptación de la renuncia a la concesión a la constitución de una garantía por el concesionario con la finalidad de cubrir la responsabilidad subsidiaria de dicha entidad pública (perjuicio patrimonial).

3) Si en el TRLPEMM no se prevé la posibilidad de que la APH exija la garantía de que se trata (este texto legal sólo contempla en su artículo 87.1. h) la constitución de garantía definitiva o de construcción y de garantía de explotación), tampoco la prevé la norma especial que es la Ley 22/2011. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que este último texto legal, tras imponer la responsabilidad subsidiaria (apartado 1, párrafo primero, del artículo 36), contempla el supuesto específico de bienes de dominio público en régimen de concesión (apartado 1, párrafo segundo, del artículo 36), y ante este supuesto específico declara sin limitación o restricción alguna la responsabilidad subsidiaria del propietario y sin facultar a éste para exigir al concesionario la constitución de una garantía que cubra su propia responsabilidad subsidiaria; a ello debe añadirse que la única medida que la propia Ley 22/2011 prevé, una vez que surge la responsabilidad subsidiaria, consiste en que el responsable subsidiario repercute al causante de la contaminación (responsable principal) el coste de los trabajos de descontaminación y recuperación. Es significativo que ante un supuesto tan específico como es el de contaminación de bienes de dominio público en régimen de concesión, la Ley 22/2011 sólo prevea la repercusión, por parte del responsable subsidiario, del coste de los trabajos de descontaminación al causante de la contaminación, y no, en cambio, la facultad o derecho de aquél a exigir del causante de la contaminación garantía suficiente para cubrir la responsabilidad subsidiaria, lo que viene a corroborar que, como se ha dicho, no existe base o fundamento legal para que la APH, en su condición de responsable subsidiario, pueda exigir a la sociedad concesionaria la constitución de una garantía específicamente dirigida a cubrir la responsabilidad subsidiaria de aquella entidad pública, siendo así que la imposición de obligaciones económicas por una Administración Pública, como sería el caso, exige una previsión legal específica.

El criterio que aquí se mantiene –inexistencia de base legal para exigir a la entidad concesionaria la constitución de una garantía adicional que complete la prestada por dicha entidad ante el Ayuntamiento de Huelva con el fin de cubrir la responsabilidad subsidiaria que a la APH atribuye el artículo 36 de la Ley 22/2011– no queda desvirtuado, a juicio de este Centro Directivo, por las previsiones de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM), tal y como seguidamente se expone.

El artículo 24.1 de la LRM impone a los operadores de las actividades incluidas en el anexo III de dicho texto legal la obligación de disponer de una garantía financiera que les permita hacer frente a la responsabilidad medioambiental inherente a la actividad o actividades que desarrollen. Dicha garantía financiera tiene por finalidad, según resulta de los artículos 25.1 y 29 de la LRM y como resumidamente dice el apartado V del Preámbulo del texto legal, “asegurar que el operador dispondrá de los recursos económicos suficientes para hacer frente a los costes derivados de la adopción de las medidas de prevención, de evitación y de reparación de los daños medioambientales”, definiéndose al operador como “cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que desempeñe una actividad económica o profesional o que, en virtud de cualquier título, controle dicha actividad o tenga un poder económico determinante sobre su funcionamiento técnico. Para su determinación se tendrá en cuenta lo que la legislación sectorial, estatal o autonómica, disponga para cada actividad sobre los titulares de permisos o autorizaciones, inscripciones registrales o comunicaciones a la Administración” (artículo 2.10).

Dicho lo anterior, la aplicación de la LRM no permite entender que la APH pueda exigir de un tercero (concesionario) la constitución de la garantía financiera prevista en el artículo 24 de dicho texto legal para cubrir la responsabilidad subsidiaria que a la citada entidad pública atribuye el artículo 36 de la Ley 20/2011, ya que la garantía financiera a que se refiere el artículo 24 de la LRM se impone por ministerio de este texto legal a los operadores de las actividades incluidas en su anexo III para hacer frente a sus propias responsabilidades medioambientales ante la autoridad competente, entendiéndose por tal, con arreglo al artículo 2.22 de la LRM en relación con el artículo 7 de la misma, las Comunidades Autónomas (que son las competentes para el desarrollo legislativo y la ejecución del texto legal) en cuyos respectivos territorios se

localicen los daños causados o la amenaza inminente de que tales daños se produzcan (sin perjuicio de la aplicación del texto legal por la Administración del Estado en los supuestos a que se refiere el artículo 7.3).

## -VI-

Por último, y relacionada con la cuestión anterior, se suscita también la concerniente a si debe prevalecer el derecho de la Autoridad Portuaria de optar entre el mantenimiento de las obras e instalaciones, que revertirán así al dominio público, o exigir su demolición a costa del concesionario, de una parte, o el derecho del concesionario de optar por la recuperación voluntaria de los terrenos concesionados, de otra parte.

En relación con esta última cuestión, debe hacerse, ante todo, una precisión. Aunque el artículo 38 de la Ley 22/2011 configura la descontaminación a que dicho precepto se refiere como voluntaria (“recuperación voluntaria”), no puede desconocerse que, en rigor, ello constituye una modulación de una obligación de descontaminación que impone dicho texto legal: ante esta obligación legal de descontaminación, basada en una declaración administrativa previa de suelo contaminado, se admite, lo que es muy plausible, que el agente causante de la contaminación asuma voluntariamente las tareas de descontaminación, colaborando de esta forma con la Administración medioambiental competente que queda así descargada de parte de sus funciones (efectuar la previa declaración administrativa de suelo contaminado). Cabe entender, por ello, que la figura de la “recuperación voluntaria” puede encajarse en la figura más amplia de la obligación legal de descontaminar.

Hecha la anterior precisión, y para dar adecuada respuesta a esta última cuestión es necesario tomar en consideración un componente estrictamente técnico que, en cuanto tal, escapa a la competencia de este Centro Directivo y que consiste en la compatibilidad o incompatibilidad del mantenimiento de las obras o instalaciones construidas por el concesionario con la realización de los trabajos de descontaminación, debiendo diferenciarse, por tanto, dos hipótesis:

- 1) Compatibilidad de los trabajos de descontaminación con el mantenimiento de las obras e instalaciones.

En esta primera hipótesis no se suscita especial cuestión. Si los trabajos de descontaminación pueden realizarse, por no existir imposibilidad técnica que lo impida, manteniendo las obras e instalaciones realizadas por el concesionario, no surgirá conflicto alguno entre el derecho que asiste a la Autoridad Portuaria de acordar el mantenimiento de las obras e instalaciones con fundamento en lo dispuesto en el artículo 100.2 del TRLPEMM y los trabajos de descontaminación o limpieza.

- 2) Incompatibilidad de los trabajos de descontaminación con el mantenimiento de las obras e instalaciones.

Es en esta segunda hipótesis cuando surge el conflicto entre el derecho que, con arreglo al artículo 100.2 del TRLPEMM, asiste a la Autoridad Portuaria de acordar el mantenimiento de las obras e instalaciones realizadas por el concesionario y los trabajos de descontaminación que constituyen una obligación ex lege impuesta por la Ley 22/2011.

Pues bien, siendo este el supuesto en que se plantea la colisión entre la previsión del artículo 100.2 del TRLPEMM y la referida obligación legal de realizar las labores de descontaminación, la cuestión que se suscita no puede resolverse sobre la base de afirmar la prevalencia del TRLPEMM en su condición de legislación especial, ya que si este texto legal puede conceptuarse como norma específica, en cuanto reguladora del dominio público portuario, este mismo carácter específico puede predicarse sin duda alguna en la Ley 22/2011, en cuanto norma que con ese mismo carácter específico regula los residuos y r suelos contaminados

Descartada, pues, la invocación del carácter específico de una u otra norma (TRLPEMM y Ley 22/2011) como argumento válido para resolver el conflicto normativo, entiende este Centro Directivo que se aprecian argumentos suficientes para afirmar la prevalencia de la obligación de descontaminación impuesta por la Ley 22/2011 sobre la previsión del artículo 100.2 de la TRLPEMM, y ello con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) Inserta, obviamente, la Ley 22/2011 en la legislación medioambiental y, por tanto, en la protección del medio ambiente, la misma, desde la perspectiva del Derecho nacional o interno, cuenta con un claro e inequívoco apoyo constitucional del que carece el TRLPEMM; en este sentido, el artículo 45 de la Constitución dispone lo siguiente:

“1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.”

b) Pasando del Derecho nacional o interno al Derecho de la Unión Europea, no puede desconocerse que la Ley 22/2011 es la transposición a aquél de la Directiva 2008/98/CE del Parlamento y del Consejo, de 19 noviembre de 2008, sobre residuos y por la que se derogan determinadas Directivas para integrarlas en una única (“Directiva marco de residuos”). Pues bien, es innegable, con base en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho nacional de cada Estado miembro, en el que se inserta lógicamente el TRLPEMM, por lo que en el conflicto entre este texto legal –artículo 100.2– y la Ley 22/2011 –obligación de descontaminación de los suelos–, debe prevalecer ésta última en cuanto norma que es transposición de la citada Directiva 2008/98/CE.

c) La previsión del artículo 100.2 del TRLPEMM sanciona (a favor de la Autoridad Portuaria) un derecho potestativo –optar por el mantenimiento de las obras e instalaciones construidas por el concesionario o por su levantamiento y retirada–, en tanto que la Ley 22/2011, en el extremo de que aquí se trata, impone una obligación –realización de los trabajos de descontaminación–. Así las cosas, y en el conflicto entre ambas figuras jurídicas –derecho potestativo y obligación ex lege– parece lógico que, atendida la naturaleza de una y otra, prevalezca la última, máxime cuando cabe razonablemente pensar que el bien jurídico protegido por la Ley 22/2011 –preservación de la salud humana y del medio ambiente– es de superior entidad al bien jurídico al que atiende la norma del artículo 100.2 del TRLPEMM –interés económico en la gestión del dominio público portuario–. Como consecuencia de ello, el ejercicio de ese derecho potestativo debe ajustarse a lo que exija el cumplimiento de la obligación ex lege que impone la Ley 22/2011; así, si desde el punto de vista técnico, resultan inviables las labores de descontaminación por razón del mantenimiento de las obras e instalaciones, la Autoridad Portuaria quedará desprovista de esa facultad o derecho de opción.

No obstante apreciarse, por las consideraciones expuestas, argumentos suficientes para concluir, en la hipótesis que ahora se examina, en la prevalencia de la obligación legal de realizar los trabajos de descontaminación que sanciona la Ley 22/2011, con la consecuencia que, en los términos indicados, se sigue de ello, este Centro Directivo considera necesario, y así lo aconseja, en aras de la debida claridad y seguridad jurídica, que se promulgue la oportuna norma, que habría de tener rango de ley, por virtud de la cual se restrinja o limite el derecho potestativo que sanciona el artículo 100.2 del TRLPEMM en los casos en que las labores de descontaminación resulten, por razones técnicas, incompatibles o inviables con el mantenimiento de las obras e instalaciones realizadas por el concesionario.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La condición impuesta por la sociedad FMC Foret S.A. –que se autorice a esta entidad para ejecutar los trabajos de desmantelamiento de las instalaciones afectas a la concesión– en su solicitud de autorización a la renuncia de la concesión no resulta admisible, pues dicha condición limita el derecho de opción que asiste a la Autoridad Portuaria de Huelva con fundamento en lo dispuesto en el artículo 100.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

**Segunda.-** En el supuesto de que la Autoridad Portuaria de Huelva opte por el levantamiento de las obras e instalaciones construidas por el concesionario, procede que, por el servicio técnico correspondiente de dicha entidad pública y con citación del concesionario, se formalice acta en la que se reseñe el estado en que queden los terrenos tras la realización por el concesionario de los trabajos de levantamiento de las obras e instalaciones.

**Tercera.-** No existe fundamento legal para que la Autoridad Portuaria de Huelva exija de la sociedad concesionaria la constitución de una garantía con el fin de asegurar convenientemente el buen fin de las operaciones de levantamiento y retirada de las obras e instalaciones construidas por dicha sociedad.

**Cuarta.-** No existe fundamento legal para que la Autoridad Portuaria de Huelva exija a la sociedad concesionaria la constitución de una garantía adicional que complete la prestada por dicha sociedad ante el Ayuntamiento de Huelva con el fin de cubrir la responsabilidad subsidiaria que a aquella entidad pública le alcanza por razón de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 22/2011, de 28 de junio, de residuos y suelos contaminados.

**Quinta.-** En relación con la prevalencia entre el derecho de la Autoridad Portuaria a optar, al tiempo de la extinción de la concesión, por el mantenimiento de las obras e instalaciones o por su levantamiento o retirada y la obligación de descontaminación de suelos impuesta por la Ley 22/2011, de 28 de junio, y para el caso de que el mantenimiento de las obras e instalaciones hiciese inviable, por razones técnicas, las tareas de descontaminación, debe entenderse, por las consideraciones expuestas en el apartado VI.2 del presente informe, que el derecho de opción que corresponde a la Autoridad Portuaria cede ante la obligación legal de descontaminación impuesta por la citada 22/2011.

No obstante, este Centro Directivo considera necesario, y así lo aconseja, en aras de la debida claridad y seguridad jurídica, que se promulgue la oportuna norma con rango de ley por la que se restrinja o limite el derecho potestativo que sanciona el artículo 100.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante en los casos en que las labores de descontaminación resultasen, por razones técnicas, incompatibles o inviables con el mantenimiento de las obras e instalaciones realizadas por el concesionario.

**120.- Informe sobre el plazo de duración de las autorizaciones demaniales. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, las autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario con bienes muebles e instalaciones desmontables o sin ellos no pueden superar, incluidas las prórrogas, el plazo de tres años.**

**Resumen**

Consulta sobre el plazo de duración de las autorizaciones demaniales. Imposibilidad legal de otorgar autorizaciones por plazo superior a tres años ni concatenar estos títulos excediendo este límite temporal.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 7/13

**Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de conformidad con lo prevenido en el artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de mayo, ha examinado el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Cantabria sobre concatenación de autorizaciones para ocupación del demanio portuario por medio de instalaciones desmontables otorgadas por la Autoridad Portuaria de Santander. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe.

**ANTECEDENTES**

- 1) En una actuación de auditoría realizada, de conformidad con lo establecido en el artículo 144 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, por la Intervención Regional de Cantabria respecto de la Autoridad Portuaria de Santander se ha advertido por el órgano fiscal la existencia de autorizaciones administrativas para la ocupación del dominio público portuario que pueden superar el plazo máximo de duración de tres años establecido por la legislación portuaria. Todas las ocupaciones examinadas en la auditoría que superaban el plazo de tres años incluyen nuevas solicitudes de autorización (muchas veces posteriores a la finalización de las anteriores) y todas se otorgaron a favor del mismo titular, por razón del mismo objeto y en idénticas circunstancias a las de las autorizaciones precedentes. Entiende la Intervención Regional de Cantabria que con esta práctica la Autoridad Portuaria evitaba recurrir a la figura de la concesión, induciendo a pensar al órgano fiscal que se pueden estar prorrogando tácitamente las autorizaciones existentes en contra de las previsiones de la legislación portuaria y en claro fraude de ley.
- 2) Centrada así la cuestión, la Intervención Regional de Cantabria solicitó el parecer de la Abogacía del Estado consultante sobre las siguientes cuestiones:
  - “1.- Vigencia de la norma alegada por la Autoridad Portuaria de Santander en las alegaciones formuladas al Informe Provisional de Auditoría Operativa y de Cumplimiento de la Intervención Regional: Orden Ministerial de 18 de agosto de 1978, teniendo en cuenta que es un desarrollo de normativa derogada.
  - 2.- Interpretación de los artículos 74 y 75 del Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre, no sólo en atención a su tenor literal, sino al espíritu que mueve al legislador.

3.- En función de los dos puntos anteriores, determinar si la actuación de la Autoridad Portuaria de Santander, manteniendo autorizaciones de ocupación por periodos muy superiores a los tres años (casos de 7 años, 10 años, etc.), existiendo nueva solicitud (en ocasiones tras vencer el plazo de la anterior autorización), pero manteniendo siempre las mismas condiciones, resulta ajustada a derecho.”

3) La Abogacía del Estado en Cantabria, tras un estudio detenido de la cuestión, centra su argumentación en dos de las autorizaciones que fueron comprobadas por la Intervención y que pueden considerarse como ejemplo de las demás autorizaciones otorgadas por la Autoridad Portuaria, formulando las siguientes conclusiones, que somete al parecer de este Centro Directivo:

“**PRIMERA.-** La norma 3ª de la Orden Ministerial de 18 de agosto de 1978 por la que se establecen normas complementarias para la aplicación del Real Decreto 1926/1978 está vigente en todo lo que no se oponga legislación portuaria en vigor.

**SEGUNDA.-** El Texto Refundido de la Ley de Puertos no prohíbe la concatenación de autorizaciones. No obstante, la intención del legislador ha sido la de someter a concesión las ocupaciones del dominio público portuario que se realicen por medio de instalaciones desmontables o sin ellas por plazo superior a tres años, sin duda por considerar que estas ocupaciones participan de la naturaleza de los usos privativos más intensos del demanio, que son los que se realizan por medio de obras e instalaciones fijas. Estas ocupaciones se someten a concesión ya que el procedimiento para su otorgamiento se somete a garantías adicionales a las que se prevén para las autorizaciones, y que se concretan, fundamentalmente, en dos exigencias, la concurrencia y la publicidad. De acuerdo con ello, para juzgar la adecuación a Derecho de la actuación de la Autoridad Portuaria concatenando autorizaciones por plazo total superior a tres años debe examinarse si en los procedimientos correspondientes se han respetado suficientemente estas exigencias. De acuerdo con ello, este informe se circunscribe a los dos supuestos que nos han sido consultados.

**TERCERA.-** En el supuesto de José Antonio Blanco no se ha producido vulneración de los principios de concurrencia y publicidad. En primer lugar, porque el artículo 86 del TRLP permite el otorgamiento directo de las concesiones cuando la superficie a ocupar por la concesión sea inferior a 2.500 metros cuadrados, como sucede en el caso presente. En segundo lugar, porque el artículo 85.4 permite dispensar el trámite de información pública para concesiones que tengan como objeto la utilización total o parcial de edificaciones existentes, siempre que no se modifique su arquitectura exterior, circunstancia que concurre en el supuesto examinado. Es decir, que no puede concluirse que por medio de la concatenación de autorizaciones la Autoridad Portuaria haya querido eludir las garantías inherentes a las concesiones, ya que aunque hubiera acudido a una concesión podría haber prescindido de ellas. En definitiva, la actuación de la Autoridad Portuaria concatenando autorizaciones a favor de José Antonio Blanco es conforme a Derecho, sin perjuicio de advertir que en el caso de que vuelva a concatenarse otra autorización al vencimiento de la presente deberá publicarse el acuerdo de otorgamiento en el Boletín Oficial del Estado.

**CUARTA.-** En el caso de SDC Pescadores de Somo consideramos que no se han respetado suficientemente las exigencias de concurrencia. No concurren en este supuesto los presupuestos que permiten el otorgamiento directo, debiendo acudir al concurso o al trámite de competencia de proyectos, máxime cuando existen otras personas que han manifestado interés en la ocupación de los terrenos. Por lo tanto, el proceder de la Autoridad Portuaria en este supuesto no es conforme a Derecho.”

4) Ante la importancia del asunto y las dudas jurídicas que plantea, la Abogacía del Estado en Cantabria recaba el parecer de este Centro Directivo.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La cuestión básica suscitada en el proyecto de informe se refiere a la validez de las autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario otorgadas de forma sucesiva, a favor de la misma persona o entidad, por razón del mismo objeto y durante un dilatado periodo de tiempo. Así, y en relación con este último extremo, debe indicarse que las autorizaciones otorgadas en la forma indicada a favor de D. José Antonio Blanco se extienden desde el mes de junio de 2004 a diciembre de 2011 –concediéndose en este año una última autorización por plazo de tres años– y las autorizaciones otorgadas a favor de SDC Pescadores de Somo se extienden desde agosto de 2001 a enero de 2012 –concediéndose en este año una última autorización por un año–. Se suscita así la cuestión de la posible vulneración de la regla contenida en el artículo 75 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM) que, siguiendo el precedente constituido por el artículo 58.3 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y por el artículo 100.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general, (vigentes cuando se otorgaron las primeras autorizaciones a las que se hace referencia en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Cantabria), sólo permite la ocupación del dominio público en virtud de una autorización previa de la Autoridad Portuaria si no supera el plazo de tres años, incluidas prórrogas.

En efecto, el artículo 75 del TRLPEMM, como los preceptos que le sirvieron de base a la tarea refundidora efectuada por dicho texto legal, dispone lo siguiente:

- “1.- La ocupación del dominio público portuario por plazo no superior a tres años, incluidas prórrogas, con bienes muebles e instalaciones desmontables, o sin ellos, estarán sujetas a autorización previa de la Autoridad Portuaria.
- 2.- Estas autorizaciones demaniales se otorgarán, a título de precario, con sujeción al correspondiente Pliego de Condiciones Generales de autorización de ocupación del dominio público portuario que apruebe el Ministro de Fomento y a las condiciones particulares que determine la Autoridad Portuaria.
- 3.- Las autorizaciones sólo podrán otorgarse para los usos y actividades permitidas en el artículo 72 y deberán ajustarse a las determinaciones establecidas en el plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto, en su defecto, en la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios.
- 4.- Las autorizaciones se otorgarán con carácter personal e intransferible ‘inter vivos’ y su uso no podrá ser cedido a terceros, salvo las de ocupación del dominio público que constituyan soporte de una autorización de vertidos de tierra al mar”

Pues bien, siendo evidente que no pueden otorgarse autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario (con bienes muebles o instalaciones desmontables o sin ellos) por plazo superior a tres años, incluidas las prórrogas, se suscita, como se ha indicado, el problema de la validez de la concatenación de autorizaciones concedidas cada una de ellas por plazo de un año de duración, a favor de la misma persona o entidad, por razón del mismo objeto y en idénticas circunstancias a las de las autorizaciones precedentes, superándose así el plazo máximo de tres años que, incluidas prórrogas, establece el artículo 75.1 del TRLPEMM.

Ante esta situación, y al igual que lo hace la Abogacía del Estado consultante, debe hacerse referencia, en primer término, a la distinción entre autorizaciones y concesiones.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997, citada en el proyecto de informe, declara lo siguiente:



“La diferenciación entre concesión y autorización, sobre todo en la utilización de los bienes de dominio público, es una de las cuestiones menos pacíficas en la teorización del Derecho Administrativo, falta de consenso que se ha trasladado a la legislación y a la doctrina jurisprudencial ya que los caracteres que se consideran como propios de una u otra categoría se trasvasan sin grandes perturbaciones(...). Ni bajo la denominación de autorización existirá un contenido unívoco ni las concesiones pueden tener tampoco un tratamiento homogéneo, sino que habrá que estar a las consecuencias en cada caso establecidas por el Derecho positivo y por el contenido de los acuerdos administrativos que establecieron la concesión o autorización.”

Ahora bien, aun no siendo nítida la distinción entre autorización y concesión, el propio Tribunal Supremo (sentencias de 31 de octubre de 1982 y de 17 de octubre de 1987) ha establecido ciertos criterios para distinguir unos y otros títulos habilitantes, declarando la primera de dichas sentencias lo siguiente:

“ (...) por regla general la diferenciación entre las dos instituciones citadas se enfoca con la utilización de dos criterios combinados que consisten, respectivamente, en la naturaleza, intensidad y duración del uso del dominio público que se cede al adjudicatario y en el carácter propio o impropio del servicio público de cuya gestión se trata y con base en esos dos criterios se señala, entre otras, como características de la concesión administrativa las siguientes: 1.º Un uso intenso del dominio público por parte del concesionario a quien se le cede de manera permanente y estable; 2.º La titularidad del dominio público en la Administración concedente, calidad que se deriva como normalmente concurrente dada la intensidad del uso del dominio público que se cede; 3.º Instalaciones fijas que se correspondan con la permanencia y estabilidad del uso concedido y que generalmente quedan integradas en el dominio público desde el primer momento de vida de la concesión y revierten a dicho dominio a su finalización; 4.º Gestión de un servicio público cuya prestación viene atribuida a la titularidad de la Administración concedente como propia de su competencia y 5.º Remuneración del concesionario mediante precios que participan de la naturaleza de tasas fijas y predeterminadas, características todas ellas que, por oposición se señalan como ausentes de la autorización reglamentada en la que: 1.º El uso del dominio público es menos intenso que en la concesión y se cede de manera provisional y por poca duración; 2.º La Administración autorizante puede carecer de la titularidad del dominio público y ostentar simplemente facultades de policía sobre él; 3.º Las instalaciones no son fijas, permaneciendo en la propiedad particular del autorizado sin que opere la reversión; 4.º El servicio no es de los propios de la Administración autorizante, sino de carácter particular en el que hay implicado un interés público y 5.º La remuneración del autorizado, aunque pueda ser sometida a tarifa si así lo exige el interés público, son precios susceptibles de regirse por el sistema de comercio libre que corresponde a la naturaleza privada del servicio gestionado”

La legislación portuaria se ocupa de ambas figuras, fijando con precisión el régimen jurídico concreto de unas y otras en los términos que se recogen en los artículos 74 y 80 (autorizaciones), 81 a 95 (concesiones) y 96 a 100 (disposiciones comunes sobre extinción de autorizaciones y concesiones) del TRLPEMM y que toma en consideración el proyecto de informe de la Abogacía del Estado consultante (páginas 8, 9 y 10).

De esa amplia exposición sobre las notas características de una y otra figura que se hace en el proyecto de informe, y que este Centro Directivo hace suya, es preciso destacar, por lo que ahora importa, las siguientes diferencias que median entre ellas.

En primer lugar, y por lo que respecta al ámbito material de aplicación, las autorizaciones se otorgan únicamente para la ocupación del dominio público con bienes muebles o instalaciones desmontables o sin ellos, por plazo no superior a tres años, mientras que el ámbito material de las concesiones se extiende a la ocupación del dominio público portuario con obras o instalaciones no desmontables o usos por plazo superior a tres años.

El plazo de las autorizaciones no puede exceder, incluidas las prórrogas, de tres años, mientras que el plazo de las concesiones puede ser muy superior sin superar los treinta y cinco años.

Las autorizaciones se otorgan siempre a título de precario, con sujeción al correspondiente Pliego de Condiciones Generales de autorizaciones de ocupación del dominio público portuario que apruebe el Ministro de Fomento y a las condiciones particulares que determine la Autoridad Portuaria. Las concesiones, que sólo se pueden otorgar para los usos y actividades permitidas en el artículo 72 del TRLPEMM, deben ajustarse a las determinaciones establecidas en el plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto o, en su defecto, en la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios.

Las autorizaciones se otorgan con carácter personal e intransferible inter vivos y su uso no puede ser cedido a terceros, salvo las de ocupación de dominio público que constituyan soporte de una autorización de vertidos de tierra al mar. Las concesiones, por el contrario, son transmisibles tanto inter vivos como mortis causa en los términos que establece la TRLPEMM.

En lo que se refiere al procedimiento de concesión de ambos títulos, el otorgamiento de las autorizaciones se puede iniciar a instancia de parte o por concurso convocado al efecto por la Autoridad Portuaria. El procedimiento de otorgamiento de las concesiones se puede iniciar a solicitud del interesado, incluyendo un trámite de competencia de proyectos, o por concurso convocado al efecto por la Autoridad Portuaria en los casos señalados en el artículo 86 del TRLPEMM, aunque, en determinados supuestos, como son los recogidos en el artículo 83, cabe el otorgamiento directo de las concesiones.

Es importante destacar que, según el artículo 100 de dicho texto legal, una vez extinguida una autorización, las instalaciones no fijas o desmontables, quedarán de propiedad del autorizado, que tiene derecho a retirarlas, en tanto que, extinguida una concesión, la Autoridad Portuaria decidirá sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones no desmontables, que revertirán gratuitamente y libre de cargas a la misma, o sobre el levantamiento de las mismas, en cuyo caso serán retiradas por el concesionario.

- II -

Expuestas las diferencias que median entre autorizaciones y concesiones sobre el dominio público portuario, debe indicarse que el mayor plazo de duración de las concesiones se justifica, y con ello precisamente se corresponde, en un uso del dominio público portuario mucho más intenso que el que es propio de las autorizaciones que, en consecuencia, sólo procuran un uso de más reducida entidad y, coherentemente con ello, tienen asignado un plazo de duración muy inferior.

Pues bien, partiendo de la anterior premisa, y teniendo en cuenta que, según establece el artículo 66.3 del TRLPEMM, la gestión de las infraestructuras y del dominio público portuario se realizará con criterios de rentabilidad y eficiencia, resulta contrario a dicha premisa –distinción entre autorización y concesión por el grado de intensidad del uso del dominio público portuario– y a la exigencia que establece dicho precepto legal el proceder de la Autoridad Portuaria de Santander consistente en ir concatenando sucesivas autorizaciones para la ocupación del demanio portuario a favor de la misma persona y en las mismas condiciones o circunstancias, sobrepasando así claramente el límite temporal que establece el artículo 75.1 del TRLPEMM; así lo viene a confirmar, por otra parte, la circunstancia de que, otorgándose las autorizaciones a título de precario, no consta que la mencionada entidad pública hiciese uso de esa cláusula precarial, por lo que la situación de los autorizados se ha ido asimilando a la propia de los concesionarios.

La actuación de la Autoridad Portuaria de Santander, consistente en ir concatenando sucesivas autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario a favor de la misma persona y en las mismas condiciones, resulta contraria al régimen jurídico dispuesto por el TRLPEMM, aproximándose, si es que no lo constituye, al fraude de ley, pues lo que ello revela es el otorgamiento de un título que habilita un uso especialmente intenso del dominio público portuario que, precisamente por este mayor grado de intensidad, debiera haberse instrumentado mediante la figura de la concesión y no mediante la figura de la autorización, siendo, además, contraria a los criterios de rentabilidad y eficiencia que inspiran la gestión de las infraestructuras y del dominio

público portuario y que, en casos como los analizados, ante la mayor intensidad en el uso del dominio público portuario exigen el otorgamiento de la oportuna concesión demanial.

En este sentido, y en contra de lo señalado en el proyecto de informe para los dos concretos casos analizados en el mismo, no es jurídicamente admisible intentar salvar la limitación temporal de las autorizaciones teniendo para ello presente las previsiones que el TRLPEMM dedica a la tramitación de las concesiones, a fin de comprobar si en las autorizaciones otorgadas en la forma indicada se han respetado suficientemente los principios de publicidad y concurrencia a que se somete el otorgamiento de las concesiones.

Así, en el proyecto de informe y en relación con las autorizaciones otorgadas a D. José Antonio Blanco, se entiende, en primer término, que no ha existido vulneración del principio de concurrencia, pues, al ser la superficie ocupada inferior a 2.500 metros cuadrados, no habría habido necesidad de acudir al trámite de competencia de proyectos o al concurso, propio de las concesiones demaniales, y podría haberse otorgado directamente la concesión con fundamento en lo dispuesto en el artículo 83.c) del TRLPEMM, concluyendo que, aunque la Autoridad Portuaria hubiera decidido posibilitar esta ocupación por medio de concesión podría haber acudido a la adjudicación directa. De igual forma, considera que no se ha vulnerado tampoco el principio de publicidad, pues, aunque se hubiere acudido a la concesión, se podría haber prescindido del trámite de información pública exigido por el artículo 85, apartados 3 y 4, del TRLPEMM, al tratarse de la utilización de una nave ya existente. Por último, la falta de publicación en el BOE de la resolución del otorgamiento de la concesión, requisito exigido por el artículo 85.7 del TRLPEMM, no se considera un vicio de nulidad, sino de anulabilidad sin transcendencia invalidante al no haber producido indefensión, por cuanto que no se aprecia la existencia de terceros interesados, por lo que, si se hubiese acudido a la vía de la concesión, ese defecto no hubiera invalidado la autorización concedida.

Como se ha indicado, este enfoque no es adecuado, ya que para resolver sobre la conformidad a Derecho de la situación producida como consecuencia de la sucesiva concatenación de autorizaciones lo que ha de tenerse en cuenta es la propia existencia de dos títulos habilitantes –autorización y concesión– y, como consecuencia obligada de ello, la necesaria distinción entre ambos que resulta de su propia configuración o conformación legal y que tiene por fundamento, reiterando lo dicho, el grado de intensidad de la ocupación y uso del dominio público portuario. Utilizando la legislación portuaria como parámetro o medida de la intensidad de la ocupación y uso del demanio portuario el factor temporal en los términos antes indicados, ni podrán concederse autorizaciones por tiempo superior a tres años ni, por tanto, concatenarse sucesivamente varias autorizaciones, excediendo así el límite temporal que se asigna a este título habilitante para dar lugar a una ocupación del demanio portuario que es la propia del título concesional.

- III -

Debe, por último, examinarse el ajuste de la previsión contenida en el nº 3 de la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 18 de agosto de 1978 a las previsiones del TRLPEMM sobre duración de las autorizaciones para la ocupación del demanio portuario.

Siendo la citada Orden una norma reglamentaria y muy anterior a la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, y a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, refundidas ambas en el TRLPEMM, la vigencia de dicha norma reglamentaria y, por tanto, su falta de derogación por esos textos legales exigiría que el contenido de dicha Orden no se opusiera a la repetidas normas legales.

El nº 3 de dicha norma reglamentaria dispone lo siguiente:

“Plazo de ocupación: el plazo de ocupación será como máximo de tres años y no será prorrogable bajo ningún concepto.

Si el titular de la autorización deseara continuar con la ocupación del terreno, deberá de solicitar con antelación suficiente una nueva autorización. El comité Ejecutivo de la Junta, al dicta-

minar sobre esta nueva petición, tendrá en cuenta los resultados obtenidos con la anterior y las condiciones modificables de la misma, tales como destino, extensión, canon y plazo entre otras”

Este expreso reconocimiento de la posibilidad de solicitar una nueva autorización con antelación suficiente da claramente a entender que la solicitud de la nueva autorización tendrá lugar antes de que se extinga la anterior (y vigente) autorización, dando así lugar a la posibilidad de instar el otorgamiento de sucesivas autorizaciones.

Pues bien, no pudiendo exceder las autorizaciones de que se trata, incluidas las prórrogas, del plazo de tres años y no siendo admisible, por las consideraciones anteriormente expuestas, el otorgamiento de sucesivas autorizaciones concatenadas entre sí con el consiguiente resultado de superar esa limitación temporal, no es posible interpretar y aplicar la citada Orden Ministerial en el sentido de posibilitar el otorgamiento de sucesivas autorizaciones cuando ello dé lugar a que se rebase el límite temporal (tres años) a que se somete este título habilitante de la ocupación del demanio portuario. Ahora bien, sí cabe una interpretación y aplicación de la Orden Ministerial de 18 de agosto de 1978 ajustada al TRLPEMM como acontece en los supuestos en que se haya otorgado una autorización por un plazo reducido (inferior, lógicamente, a tres años) y antes de la extinción de la autorización el interesado solicite y obtenga una nueva autorización sin que la suma de los plazos de ambas supere el límite temporal de tres años.

A la vista de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, las autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario con bienes muebles e instalaciones desmontables o sin ellos no pueden superar, incluidas las prórrogas, el plazo de tres años.

**Segunda.-** Para resolver sobre la conformidad a Derecho de la situación producida como consecuencia de la sucesiva concatenación de autorizaciones lo que ha de tenerse en cuenta es la propia existencia de dos títulos habilitantes –autorización y concesión– y, como consecuencia obligada de ello, la necesaria distinción entre ambos que resulta de su propia configuración o conformación legal y que tiene por fundamento el grado de intensidad de la ocupación y uso del dominio público portuario.

**Tercera.-** Utilizando la legislación portuaria como parámetro o medida de la intensidad de la ocupación y uso del demanio portuario el factor temporal, ni podrán concederse autorizaciones por tiempo superior a tres años ni, por tanto, concatenarse sucesivamente varias autorizaciones, excediendo así el límite temporal que se asigna a este título habilitante para dar lugar a una ocupación del demanio portuario que es la propia del título concesional.

**Cuarta.-** La actuación de la Autoridad Portuaria de Santander, consistente en ir concatenando sucesivas autorizaciones para la ocupación del dominio público portuario a favor de la misma persona, por razón del mismo objeto y en idénticas circunstancias o condiciones a las de las autorizaciones precedentes, resulta contraria al régimen jurídico dispuesto por el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aproximándose, si es que no lo constituye, al fraude de ley.

**Quinta.-** En relación con la conformidad de la previsión contenida en el nº 3 de la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 18 de agosto de 1978 al artículo 75 de Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, deberían tenerse en cuenta las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico III del presente informe.

**121.- Informe sobre el plazo de la concesión otorgada a una sociedad en el puerto de Barcelona. Análisis del alcance de la disposición transitoria cuarta, apartados uno, dos.1 y cinco de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante respecto a concesiones otorgadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esa Ley y por plazo superior a 30 años.**

**Resumen**

Consulta sobre el plazo de la concesión. Análisis del alcance de la disposición transitoria cuarta, apartado uno, dos.1 y cinco de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante respecto a concesiones otorgadas con anterioridad a esta Ley y por plazo superior a 30 años. La prórroga del título concesional como derecho adquirido cuando ha sido otorgada expresa y formalmente. Régimen que ha de seguir la reversión de las instalaciones de una concesión otorgada antes de la entrada en vigor de la LPEMM.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 95/13

**Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre el plazo de la concesión otorgada a la sociedad World Trade Center Barcelona, S.A. en el puerto de Barcelona. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

**ANTECEDENTES**

- 1) El entonces Puerto Autónomo de Barcelona, por resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado de 15 de diciembre de 1989 y en el Suplemento al Diario Oficial de las Comunidades Europeas nº S 239/14 de 12 de diciembre de 1989, convocó concurso por el procedimiento abierto para la concesión, en el Muelle de Barcelona del Port Vell del citado puerto, de un Trade Center, un aparcamiento subterráneo y otras obras, así como la explotación de parte de ellas.
- 2) Celebrado dicho concurso, resultó adjudicataria, según resolución del Consejo de Administración del Puerto Autónomo de Barcelona de fecha 23 de abril de 1990, la oferta presentada por las Empresas “BAMI, Sociedad Anónima Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos” y “Fomento de Obras y Construcciones, S.A.” En el Pliego de Bases regulador del citado concurso se establecía que el adjudicatario debería adoptar necesariamente la forma de sociedad anónima, por lo que ambas entidades, junto con la “Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona”, constituyeron la sociedad “World Trade Center Barcelona, S.A.” que se convirtió así en concesionaria.
- 3) En la escritura pública de fecha 2 de agosto de 1990 en la que se formalizó la concesión se hizo constar (pacto tercero. “Duración”) lo siguiente:

“El plazo de duración de la concesión que regula este contrato será de 35 años, contados a partir del día de la firma de este contrato.

En la normativa reguladora del concurso se previó que, habida cuenta que antes del inicio de las obras correspondientes al edificio del Trade Center, objeto de explotación, la Sociedad Concesionaria debe ejecutar una serie de obras en todo el ámbito del Muelle de Barcelona que afectan primordialmente a la reestructuración de su subsuelo, superficie y construcciones destinadas directamente al servicio del puerto, podía la Sociedad Concesionaria solicitar que el periodo que prevé destinar a la ejecución de tales obras, o sea

calculado desde la firma de este contrato, no se tengan en cuenta al efecto del cómputo del periodo concesional.

Haciendo uso de tal derecho, la Sociedad Concesionaria ha solicitado y el P.A.B. ha accedido a que tal periodo sea de 20 meses a contar desde la referida fecha, por estar dentro de los límites que señalaba el Pliego de Condiciones Particulares Económico-Administrativas reguladoras del concurso y coincidir con lo solicitado por el concursante en su proposición.

Por tanto, el plazo de concesión terminará el día 2 de abril de 2027, a no ser que se haya otorgado prórroga del plazo de concesión o se haya extinguido ésta, con anterioridad, como consecuencia de alguna de las causas previstas en este contrato y siguiendo los procedimientos señalados en el mismo.”

- 4) De conformidad con las directrices establecidas por el Consejo de Administración del Puerto Autónomo de Barcelona en su sesión de 29 de abril de 1991 y con lo previsto en el pacto trigesimonoveno del contrato concesional suscrito el 2 de abril de 1990, se acordó la prórroga de la concesión hasta el día 2 de agosto de 2043, formalizándose ello en escritura pública de modificación de la concesión de 11 de diciembre de 1991.
- 5) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona al amparo de lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 54.6 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), adicionado por el artículo único, apartado 22, de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, acordó prorrogar, en sesión celebrada el 26 de mayo de 1999, por treinta años más el plazo de duración de la concesión que, a partir de la entrada en vigor de la LPEMM (lo que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1992) era de treinta años, de conformidad con la disposición transitoria cuarta, apartado dos, de dicho texto legal, lo que así se hizo constar en la escritura pública a que seguidamente se hace referencia. Dicha prórroga, junto con sus condiciones, fue aceptada por el Consejo de Administración de World Trade Center Barcelona, S.A. en su reunión del día 27 de julio de 1999, quedando reflejo documental de todo ello en escritura pública de 30 de julio de 1999.

En la estipulación segunda de dicha escritura pública, que lleva por rúbrica “Duración de la concesión”, se dice lo siguiente:

- “1.- En aplicación de la Disposición Transitoria Cuarta, Dos de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el plazo de duración de la concesión es de treinta años contados a partir de la entrada en vigor de la misma; en consecuencia, el plazo de duración de la concesión será hasta el día 15 de diciembre de 2022.
- 2.- La presente concesión podrá ser objeto de prórroga por 30 años de duración en los términos que se prevean en la legislación vigente”

Por su parte, la estipulación cuarta, relativa a la “Prórroga de la concesión”, dispone que:

- “1.- Se prorroga la concesión otorgada a WTCB en el Muelle de Barcelona por un periodo de 30 años más.
- 2.- La entrada en vigor de la prórroga se producirá una vez transcurrido el periodo de 30 años por el que se otorgó la concesión inicial, computándose el indicado periodo inicial de 30 años de conformidad con lo establecido por la Disposición Transitoria Cuarta. Dos de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

En consecuencia, la prórroga entrará en vigor el día 15 de diciembre del año 2022 y el nuevo periodo concesional finalizará el día 15 de diciembre del año 2052.

- 3.- La presente prórroga queda condicionada al cumplimiento por el concesionario de las obligaciones impuestas por el título concesional inicial y de las modificaciones que haya sido o pueda ser objeto dicho título, así como al cumplimiento de lo establecido en la

legislación vigente que resulte de aplicación y, en particular, en materia portuaria, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 54.6 de la vigente Ley de Puertos.

A los efectos de la presente condición reguladora de la eficacia de la prórroga, se entenderá que el concesionario ha incumplido con las obligaciones derivadas de la concesión o con las previstas por la legislación vigente en el supuesto que se den las dos circunstancias siguientes:

- Cuando así sea declarado por la A.P.B, previa incoación, instrucción y resolución del correspondiente expediente, una vez dicha resolución haya ganado firmeza.
- Y, además, el concesionario no repare el incumplimiento declarado, restableciendo lo convenido en las condiciones reguladoras de la concesión.

4.- La prórroga de la concesión se registrará por las mismas condiciones que en la actualidad regulan la concesión administrativa, las que puedan convenirse de mutuo acuerdo en el futuro, así como por las que puedan establecerse por derivar con carácter imperativo de la legislación vigente en cada momento y, en particular, de la legislación en materia portuaria.”

6) Con fundamento en los anteriores datos, el escrito de consulta, tras una exposición jurídica detallada sobre la cuestión suscitada, solicita a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado:

“..que se dictamine sobre las cuestiones relativas al plazo por el que se han de entender otorgadas las concesiones a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a 30 años, otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LPMM, así como sobre la vigencia de las prórrogas aprobadas al amparo del artículo 54.6 de la LPMM, en la redacción dada por la Ley 62/1997, que puedan resultar contrarias a la regulación contenida en el artículo 82.2 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, con especial consideración del plazo por el que se puede entender otorgada la concesión de la que es titular la sociedad WTCB y de la prórroga que fue otorgada por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona, en su sesión de 26 de mayo de 1999”

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado muestra su conformidad con las consideraciones jurídicas realizadas por Puertos del Estado en su solicitud de informe, en las que se entiende que la prórroga de la concesión otorgada a la sociedad “World Trade Center Barcelona, S.A.” (en adelante, WTCB) por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona en su sesión de 26 de mayo de 1999 es válida, lo que determina que el periodo concesional finalice el 15 de diciembre de 2052.

Con anterioridad a la aprobación de la LPEMM y al amparo de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y del Reglamento para su ejecución, fueron otorgadas numerosas concesiones en las que se atribuía a sus titulares el derecho a la ocupación y aprovechamiento del dominio público a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a 30 años, siendo frecuente, además, que las concesiones otorgadas por plazo determinado incluyesen la posibilidad de prórroga del mismo.

La LPEMM, que entró en vigor el 15 de diciembre de 1992, supuso un importante cambio en el plazo máximo de duración de las concesiones que su artículo 54.1, en relación con el artículo 66.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, fijó en 30 años.

Así las cosas, y para resolver la situación de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LPEMM a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior

a treinta años, la disposición transitoria cuarta, apartados uno, dos.1 y cinco, de dicho texto legal disponía lo siguiente:

“Uno. Sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables, que se adaptarán a lo prevenido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

Dos. 1. Se considerará, en todo caso, incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en esta Ley el mantenimiento de concesiones otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

En todos estos casos, las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por el plazo máximo de treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

(...)

Cinco. En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta Ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.

Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta años.”

De la lectura de la citada disposición se deduce claramente que todas las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LPEMM a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a treinta años pasaron, ope legis y desde la entrada en vigor de dicho texto legal, a tener un plazo máximo de duración de treinta años.

La Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la LPEMM, incluyó en el artículo 54 de este último texto legal un nuevo apartado (apartado 6), modificando el régimen jurídico de la prórroga de las concesiones, al prever en el párrafo segundo de dicho apartado la posibilidad de una prórroga excepcional que no excediese de treinta años. El nuevo apartado 6 disponía lo siguiente:

“El plazo de vencimiento de las concesiones será improrrogable, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contrario, en cuyo caso, a petición del titular y a juicio de la Autoridad Portuaria, podrá ser prorrogado siempre que aquél no haya sido sancionado por infracción grave, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión y no se superen en total el plazo máximo de treinta años.

Excepcionalmente, y de acuerdo con los criterios que se determinen reglamentariamente, entre los que se deberán de tener en cuenta, al menos, la cuantía de la inversión y el interés estratégico de la concesión, la Autoridad Portuaria podrá acordar, previo informe favorable de Puertos del Estado la prórroga de aquellas concesiones cuyo plazo inicial sea de veinticinco a treinta años y cuyo objeto se encuentre directamente vinculado con la explotación portuaria. Dicha previsión deberá establecerse expresamente en el título concesional y la prórroga no podrá exceder, en ningún caso, del plazo de treinta años, y su consideración permitirá la revisión de las condiciones de la concesión, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución de otorgamiento de la misma.”

Al amparo de dicha previsión, que no tuvo desarrollo reglamentario, las Autoridades Portuarias no sólo otorgaron nuevas concesiones incluyendo la previsión expresa de prórroga por el plazo máximo de treinta años, sino también, y a solicitud de titulares de concesiones otorgadas con anterioridad y cuyo plazo inicial era de 25 a 30 años, modificaron estos últimos títulos concesionales para hacer constar en ellos la posibilidad de otorgamiento de la prórroga



prevista en el citado precepto legal, llegando a otorgar dicha prórroga y a modificar para ello los propios títulos concesionales.

En otras palabras, tras la aprobación de la Ley 62/1997, que incorporó al artículo 54 de la LPEMM el nuevo apartado 6, las concesiones portuarias podrían encontrarse en dos situaciones:

- a) Concesiones portuarias otorgadas tras la aprobación de la Ley 62/1997 y antes de la aprobación de la Ley 48/2003 por un plazo inicial de veinticinco a treinta años en las que, de acuerdo con el artículo 54.6 de la LPEMM, y con reflejo en el título concesional, pudo preverse la prórroga por plazo de treinta años, prórroga que se podía hacer efectiva mediante la adopción del oportuno acuerdo por la respectiva Autoridad Portuaria, en el bien entendido de que, de conformidad con la interpretación contenida en el informe de este Centro Directivo de 6 de octubre de 2005 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 13/05) y en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009, esa previsión no implicaba un ulterior otorgamiento automático de la prórroga ni existía un derecho incondicionado a su obtención.
- b) Concesiones portuarias otorgadas con anterioridad a la Ley 62/1997, cuyo plazo inicial fuera de veinticinco a treinta años y que, incluidas las prórrogas, tenían limitada su duración a un plazo máximo de treinta años contado desde la entrada en vigor de la LPEMM, en las que, a solicitud de sus titulares, la respectiva Autoridad Portuaria o previó, mediante la oportuna modificación del título concesional, la posibilidad de la prórroga establecida en el artículo 54.6 de dicho texto legal u otorgó dicha prórroga.

Se llega así a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general (Ley 48/2003) que, con derogación expresa del artículo 54 de la LPEMM, modificó el plazo máximo de duración de las concesiones, elevándolo a 35 años (artículo 107.1), así como la regulación de su prórroga (artículo 107.2). Este precepto legal, tras la introducción en el mismo de alguna modificación no sustancial por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, ha pasado a ser el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM).

En lo atinente a la prórroga, la modificación más significativa introducida por la Ley 48/2003 afecta a su plazo máximo, que no puede superar la mitad del plazo inicial establecido en el título concesional (mientras que el artículo 54.6, párrafo segundo, de la LPEMM excepcionalmente permitía prórroga de hasta 30 años). Se introdujeron también diversas modificaciones en punto a las condiciones exigidas para acceder a la prórroga y que no se recogían en la anterior normativa, como son la de que hubiese transcurrido, al menos, la tercera parte del plazo de vigencia de la concesión y la reversión a la Autoridad Portuaria de obras e instalaciones, una vez vencido el plazo inicial, en el supuesto de que el título de otorgamiento no hubiera previsto expresamente la prórroga de la concesión.

Es importante resaltar que el artículo 107.2.c) –hoy artículo 82.1.c) del TRLPEMM– incorpora como supuesto de prórroga, si bien con los requisitos a los que se ha hecho mención en el párrafo anterior, un caso parecido al recogido en el artículo 54.6, párrafo segundo de la LPEMM, al disponer aquel precepto que:

“Excepcionalmente, en aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto, la Autoridad Portuaria, previo informe vinculante de Puertos del Estado, podrá autorizar prórrogas no previstas en el título administrativo que, unidas al plazo inicial, superen en total el plazo de 35 años, siempre que el concesionario se comprometa a llevar a cabo una inversión adicional, en los términos señalados en el párrafo b) anterior, que suponga una mejora de la eficacia global del servicio prestado.”

Expuesta la evolución normativa en materia de duración y prórroga de las concesiones, se suscita la cuestión relativa a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003 que hubieran incorporado, en origen o por modificación de sus condi-

ciones, la previsión de prórroga excepcional prevista en el artículo 54.6, párrafo segundo, de la LPEMM.

Para responder a esta cuestión debe determinarse, ante todo, hasta qué punto se pueden mantener en las concesiones otorgadas con anterioridad a la Ley 48/2003 las prórrogas que se hubiesen acordado al amparo del artículo 54.6, párrafo segundo, de la LPEMM, teniendo en cuenta que el apartado cinco, párrafo segundo, de la disposición transitoria cuarta de este último texto legal, en la redacción dada por la Ley 48/2003, preceptúa que “se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta y cinco años”.

Como acertadamente se indica en la solicitud de informe, el apartado cinco, párrafo segundo, de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM (en la redacción dada por la Ley 48/2003) no puede interpretarse de forma aislada, sino que se debe poner en relación con el párrafo primero del mismo apartado que prohíbe el otorgamiento de prórrogas que se opongan a lo establecido en dicha Ley o en las disposiciones que la desarrollen, lo que debe interpretarse en el sentido de que en la referencia a “esta Ley” debe hacerse extensiva a la reforma que de la LPEMM hizo la Ley 62/1997 y que, como se ha dicho, añadió un nuevo apartado al artículo 54.

En este punto, debe hacerse una precisión de la máxima relevancia. A la vista del artículo 54.6 de la LPEMM, debe indicarse que la prórroga excepcional que preveía esta norma legal debía entenderse aplicable no sólo a las concesiones otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley 62/1997, sino también a las otorgadas con anterioridad a la misma. En efecto, aunque la exigencia establecida en el inciso final del artículo 54.6, párrafo segundo –que la previsión de prórroga se establezca expresamente en el título concesional– puede dar a entender que dicha prórroga excepcional exige implícitamente que se trate de concesiones otorgadas tras la entrada en vigor de la propia Ley 62/1997, es necesario transcender el tenor literal de la norma, ya que no tendría sentido que esa prórroga excepcional se admitiese para las concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997 y no respecto de las otorgadas con anterioridad, y ello en razón de que el otorgamiento de la prórroga queda condicionado al cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en dicho precepto y dichos requisitos pueden cumplirse, habida cuenta de su configuración, tanto en las concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997 como en las concesiones otorgadas con anterioridad; dicho en otros términos, no se aprecia ninguna razón objetiva y suficiente para discriminar, a estos efectos, unas y otras concesiones. A lo dicho debe añadirse que, en la hipótesis de que, contrariamente a lo argumentado, se entendiese que el artículo 54.6 de la LPEMM no permitía el otorgamiento de la prórroga excepcional prevista en él a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997, habría que concluir que el acto de concesión de prórroga sería anulable; pues bien, siendo dicho acto anulable hubiera sido necesario que se dejase sin efecto mediante su declaración de lesividad. De no haberse efectuado ésta en el plazo de cuatro años desde que se adoptó el acuerdo de concesión de prórroga (cfr. artículo 103.2 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJ-PAC–), dicho acto sería firme y surtiría los efectos de un acto válido, consideración que tiene especial importancia en el supuesto a que se refiere el presente informe al no haber sido declarado lesivo el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 26 de mayo de 1999, siendo así que, además, el vencimiento de ese plazo cuatrienal para la declaración de lesividad se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 48/2003.

Hecha la anterior precisión, y a favor del mantenimiento del régimen jurídico derivado de la aplicación del artículo 54.6 de la LPEMM milita, como segundo argumento y según se dice acertadamente en la solicitud de informe, la disposición transitoria segunda del Código Civil, según la cual “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas...” Esta norma de derecho transitorio o intertemporal tiene,

según se reconoce unánimemente, carácter supletorio general respecto de todas aquellas normas legales que no contengan normas transitorias, como es el caso de la Ley 48/2003 respecto de la previsión contenida en el artículo 54.6 de la LPEMM.

A esta misma conclusión, con cita de la disposición transitoria segunda del Código Civil, llegó este Centro Directivo en su informe de 6 de octubre de 2005 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 13/05). En dicho informe, después de mencionarse los criterios contenidos en la disposición transitoria cuarta de la LPEMM, en la redacción dada a la misma por la disposición final veinticuatro de la Ley 48/2003, se considera que no son aplicables las restricciones al plazo de duración de las concesiones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor contenidas en los apartados dos y cinco de la disposición transitoria cuarta, diciéndose en el fundamento jurídico I lo siguiente:

“No se entienden, sin embargo, aplicables, a juicio de este Centro Directivo, las restricciones al plazo de duración de las concesiones ya existentes y de sus prórrogas previstas en los apartados dos y cinco de la citada disposición en la medida en que, como se ha razonado, no es ésta una disposición transitoria de la LRESP y su carácter restrictivo impide su utilización como criterio de interpretación analógico.

(...)

El plazo de duración de la concesión otorgada el año 2000 es de 26 años más otros 26 adicionales en concepto de prórroga, plazo establecido al amparo del apartado 6 del artículo 54 de la LPMM introducido en la reforma de este texto legal efectuada por la Ley 62/1997. Así se justifica expresamente en el título concesional, reflejándose además en su parte resolutive al expresar que el ‘plazo podrá ser prorrogado por otros 26 años, previo informe favorable de Puertos del Estado y la posibilidad de revisión de las condiciones de la concesión, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución del otorgamiento de la prórroga (...)’. Como se afirmaba al comienzo, aunque el plazo de la prórroga supera el previsto como máximo en la nueva LRESP, deberá ser respetado por no existir, a diferencia de la disposición transitoria de la propia LRESP sobre la LPMM de 1992, un régimen transitorio que establezca limitación al respecto. Ello sin perjuicio de que la previsión de una prórroga no supone su otorgamiento automático ni una ampliación ab initio de la concesión sino una expectativa sometida a la verificación en el momento de la extinción del periodo inicial como reflejo de la previa resolución”.

En la solicitud de informe se hace también referencia, para reforzar la tesis de que a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003 no les son aplicables las restricciones establecidas por este texto legal, a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003 que, aun referida a la reversión de instalaciones de una concesión anterior a la entrada en vigor de la LPEMM, establece una pauta clara acerca del mantenimiento de las previsiones legales anteriores en materia de plazos de la concesión.

A lo argumentos expuestos se puede añadir el que distingue, en el campo del derecho transitorio, entre situaciones jurídicas subjetivas o individuales y situaciones jurídicas objetivas, de carácter general e impersonal.

Las primeras, en cuanto fijadas directamente por la ley que configura así un determinado status jurídico, siguen, salvo previsión expresa en norma de derecho transitorio o intertemporal, las vicisitudes de la propia ley que las determinó, de forma que si dicha ley es modificada (o derogada) por otra posterior, las referidas situaciones objetivas se rigen por esta última norma, sin que pueda esgrimirse derecho alguno frente a una modificación normativa (principio de eficacia inmediata de la ley). Las segundas situaciones jurídicas subjetivas, determinadas en su contenido y extensión por un acto o negocio jurídico y no directamente por la ley, que se limita a hacer posible la realización de dicho acto o negocio, se rigen, salvo previsión legal en contrario, por la norma a cuyo amparo se celebró el acto o negocio en cuestión, que no puede ser afectado por la norma posterior (principio de permanencia normativa o *regla ne varietur*).

Pues bien, parece claro que la situación jurídica de una determinada concesión y, dentro de ella y más concretamente, lo relativo a su plazo de duración y prórroga constituye una situación jurídica subjetiva, por cuanto que viene determinado por un acto o negocio jurídico (otorgamiento de la concesión) y no directamente por la ley, por lo que, de conformidad con lo dicho y no existiendo previsión legal en contrario, dicha situación se rige por la norma jurídica a cuyo amparo se celebró el acto o negocio en cuestión (en este caso, al amparo de la norma bajo cuya vigencia se acordó la prórroga), lo que conduce a la aplicación del artículo 54.6 de la LPEMM.

A la tesis favorable al mantenimiento del régimen de prórroga establecido por el artículo 54.6 de la LPEMM no se opone lo manifestado por este Centro Directivo en un informe de 17 de mayo de 2011 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 10/11), citado en la solicitud de informe, que admitió la procedencia de la aplicación de las previsiones del artículo 107.2 de la Ley 48/2003 a una concesión otorgada durante la vigencia de la LPEMM en su redacción originaria, y ello en razón de que la aplicación a ese supuesto de las previsiones de la Ley 48/2003 en materia de prórroga tenía básicamente por fundamento la consideración de que la aplicación de dicho texto legal suponía una ampliación de los derechos del concesionario, lo que, obviamente, no acontece en una concesión a la que se otorgó la prórroga excepcional establecida por el artículo 54.6 de la LPEMM.

En resumen, y por las consideraciones precedentes, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado es de la opinión, en primer lugar, de que, en aplicación de las previsiones contenidas en la disposición transitoria cuarta de la LPEMM, las concesiones a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a treinta años, otorgadas con anterioridad a dicho texto legal, tenían un plazo de duración de treinta años contados a partir de la entrada en vigor de la propia LPEMM, esto es, a partir del 15 de diciembre de 1992 y, en segundo lugar, que las previsiones establecidas en el artículo 54.6 de dicho texto legal y aplicadas por las Autoridades Portuarias a concesiones otorgadas antes y después de la entrada en vigor de la Ley 62/1997 se mantienen en la actualidad.

- II -

Sentadas las anteriores conclusiones, procede determinar, por una parte, el plazo de la concesión de la que es titular la sociedad WTCB y, por otra parte, el de la prórroga que le fue otorgada por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona en su sesión de 26 de mayo de 1999.

Pues bien, comenzando por el plazo de duración de la concesión, no hay duda alguna de que, habiéndose otorgado la concesión por acuerdo del Consejo de Administración del entonces Puerto Autónomo de Barcelona de 23 de abril de 1990, con anterioridad, por tanto, a la entrada en vigor de la LPEMM, por un plazo inicial de 35 años, plazo que por otro acuerdo del mismo órgano de fecha 29 de abril de 1991 fue prorrogado hasta el 2 de agosto de 2043, la concesión citada se vio afectada claramente por la disposición transitoria cuarta, apartados dos.1 y cinco, de la LPEMM que consideró incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en el propio texto legal el mantenimiento de concesiones por plazo superior a treinta años, entendiéndose, en todo caso, contrario a lo establecido en dicha Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, excediese de treinta años.

Lo anterior queda confirmado por la estipulación segunda de la escritura pública, otorgada el 30 de julio de 1999, de protocolización del acuerdo de prórroga de la concesión adoptado al amparo del artículo 54.6 de la LPEMM; así, en dicha estipulación se establece que “el plazo de duración de la concesión es de 30 años contados a partir de la entrada en vigor de la misma; en consecuencia, el plazo de duración de la concesión será hasta el día 15 de diciembre de 2022”.

A raíz de la promulgación de la Ley 48/2003, más concretamente, de la modificación introducida en la disposición transitoria cuarta, apartados dos y cinco, de la LPEMM por la disposición final veinticuatro de la propia Ley 48/2003 en el sentido de prolongar el plazo máximo de 30 a 35 años (en concordancia con la fijación, por el artículo 107.1, de un nuevo plazo máximo de duración de las concesiones de 35 años), podría pensarse en una extensión de ese nuevo plazo a todas las concesiones afectadas por la disposición transitoria cuarta de la LPEMM, lo que supondría, en la práctica, prolongar otros cinco años más el plazo inicial de la concesión.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, siendo la finalidad de la Ley 48/2003 en este concreto extremo la prolongación del plazo inicial máximo de 30 a 35 años y el establecimiento de un nuevo régimen de prórroga en cuanto a plazo máximo, no resulta admisible aplicar la prolongación del plazo de duración de la concesión en cinco años a aquellos casos en los que, por aplicación del artículo 54.6 de la LPEMM, obtuvieron, sobre el plazo inicial (30 años), una prórroga excepcional de otros 30 años, lo que llevaría el término final de la concesión al 15 de diciembre de 2052. El alargamiento de ese periodo de duración en otros cinco años más supondría una extensión del plazo contraria al espíritu que inspira la nueva normativa.

Resuelta la cuestión relativa al plazo inicial de duración de la concesión, que es de 30 años y que abarca el periodo de tiempo comprendido entre el 15 de diciembre de 1992 al 15 de diciembre de 2022, es preciso analizar el alcance y consecuencias jurídicas de la prórroga acordada por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona en su sesión de 26 de mayo de 1999.

Este acuerdo se adoptó de conformidad con lo previsto en el artículo 54.6, párrafo segundo, de la LPEMM y que, como se ha expuesto anteriormente, permitía (excepcionalmente y de acuerdo con los criterios que se determinasen reglamentariamente, entre los que se deberían tener en cuenta, al menos, la cuantía de la inversión y el interés estratégico de la concesión) a la Autoridad Portuaria acordar, previo informe favorable de Puertos del Estado, la prórroga de aquellas concesiones cuyo plazo inicial fuese de veinticinco a treinta años y cuyo objeto se encontrase directamente vinculado con la explotación portuaria. Dicha previsión debía establecerse expresamente en el título concesional y la prórroga no podía exceder del plazo de treinta años.

El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona acordó, en sesión de 26 de mayo de 1999, la prórroga de la concesión otorgada a WTCB por un periodo de 30 años más, especificando que la entrada en vigor de esta prórroga se produciría una vez transcurrido el periodo de 30 años por el que se otorgó la concesión inicial, computándose el indicado periodo inicial de 30 años de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria cuarta, apartado dos, de la LPEMM para concluir, diciendo que, en consecuencia, la prórroga entrará en vigor el día 15 de diciembre del año 2022 y el nuevo periodo concesional finalizará el día 15 de diciembre del año 2052.

El acuerdo citado se adoptó sin el previo informe favorable de Puertos del Estado, como exigía el artículo 54.6 de la LPEMM, emitiéndose, no obstante, dicho informe unos días después, concretamente, el 9 de junio de 1999, en sentido favorable a lo solicitado, siempre y cuando se mantuviese durante el periodo concesional vigente el cumplimiento de las condiciones establecidas en dicho precepto legal. El repetido acuerdo debe entenderse válido desde el momento en que el defecto de que adolecía –falta de previo informe favorable de Puertos del Estado–, fue convalidado por la posterior emisión del informe (artículo 67.4 de la LRJ-PAC).

De lo dicho hasta ahora resulta, como se indica acertadamente en la solicitud de informe, que WTCB no es que tenga un derecho hipotético o una mera expectativa a obtener una prórroga del plazo de la concesión en los términos del artículo 54.6 de la LPEMM, sino que es titular de un derecho adquirido, ya que le fue otorgada expresa y formalmente la prórroga de la concesión por un periodo de 30 años más, como se recoge en la certificación del Secretario

del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Barcelona del acuerdo de 26 de mayo de 1999, prórroga que fue aceptada por el Consejo de Administración de WTCB en su reunión del día 27 de julio de 1999 y de lo que queda constancia en la escritura pública de 30 de julio de 1999 (estipulación cuarta).

A lo expuesto no se opone el hecho de que, según recoge esa estipulación cuarta, la entrada en vigor de la prórroga se produzca, una vez transcurrido el plazo inicial de 30 años por el que se otorgó la concesión, es decir, a partir del 15 de diciembre de 2022, al ser ello una consecuencia obligada de la propia naturaleza de cualquier prórroga.

Tampoco se opone a la validez del acuerdo de prórroga, sino a su eficacia, el sometimiento de la misma al cumplimiento de las condiciones a las que se refiere la estipulación cuarta, pues, como se indica en la propia estipulación, apartado 3, y resalta la solicitud de informe, se trata de una condición “reguladora de la eficacia de la prórroga”

Por otro lado, y siendo el régimen jurídico de la prórroga el prevenido en el artículo 54.6 de la LPEMM, no supone obstáculo legal alguno a aquélla la adopción del acuerdo de prórroga en una fase tan temprana de vigencia de la concesión, ya que dicho precepto, a diferencia del artículo 107.2 de la Ley 48/2003 (actualmente, 82.2 TRLPEMM), no establecía como condición previa para el otorgamiento el transcurso de un determinado periodo del tiempo del plazo concesional inicial. Partiendo de su carácter excepcional, bastaba que la Autoridad Portuaria tuviera en cuenta determinados criterios y el previo informe favorable de Puertos del Estado que condicionó el otorgamiento de la prórroga a que “se mantenga durante el periodo concesional vigente el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 54.6 de la vigente Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante,” condición que la Autoridad Portuaria incorporó al acuerdo como figura en la estipulación cuarta de la escritura.

Llegados a este punto, y para determinar la incidencia que ha tenido sobre el acuerdo de prórroga de la concesión adoptado por la Autoridad Portuaria de Barcelona el 26 de mayo de 1999 la regulación posterior en materia de prórroga de las concesiones contenida en el artículo 107 de la Ley 48/2003 (actualmente, artículo 82.2 TRLPEMM), basta con remitirse íntegramente a las consideraciones jurídicas expuestas en el fundamento jurídico I de este informe, con arreglo a las cuales las prórrogas otorgadas al amparo del artículo 54.6 de la LPEMM se mantienen en la actualidad (supuesto el cumplimiento de las condiciones a que se supeditaron las prórrogas concedidas).

- III -

Aunque no se recaba expresamente el parecer de esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la procedencia de la reversión de las obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario a la Autoridad Portuaria de Barcelona a la fecha de la extinción del plazo inicial de la concesión (15 de diciembre de 2022), este Centro Directivo estima oportuno examinar esta cuestión al hacerse referencia a ella en la solicitud de informe.

Para la adecuada resolución de esta cuestión se ha de tener en cuenta que a la concesión otorgada el 23 de abril de 1990 por el entonces Puerto Autónomo de Barcelona a WTCB no le resulta aplicable lo prevenido sobre el particular en el artículo 82.2.c), tercer párrafo, del TRLPEMM, ya que la citada concesión tiene, en relación con este extremo, un régimen propio, cual es el resultante de la aplicación de la disposición transitoria cuarta, apartado cuatro, de la LPEMM, régimen que no se ha visto alterado por la concesión de la prórroga excepcional del artículo 54.6 de este último texto legal y que, por tanto, impide la aplicación retroactiva del artículo 82.2.c) del TRLPEMM.

Esta es la línea seguida por la antes citada sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2003 en la que se examina el régimen que ha de seguir la reversión de las instalaciones

de una concesión otorgada antes de la entrada en vigor de la LPEMM, entendiéndose en dicha resolución judicial que es aplicable lo preceptuado en la disposición transitoria cuarta, apartado uno, de la LPEMM, declarando lo siguiente:

“...no puede olvidarse que si en 1991 se acordó como legislación aplicable a la concesión la Ley y Reglamentos de Puertos entonces en vigor, de 1928, son precisamente dicha Ley y Reglamento las normas cuya aplicabilidad hay que examinar en primer término, a tenor de lo que resulte de las disposiciones transitorias de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante de 1992, que derogó aquélla. A este respecto la Disposición Transitoria Cuarta de esta Ley, que regula las autorizaciones y concesiones, establece en su apartado primero que «las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables...». Esta previsión, no exceptuada en cuanto al régimen de la caducidad de las condiciones, nos debe llevar a estimar de aplicación prioritaria la Ley y Reglamento de Puertos de 1928”.

En efecto, a diferencia del régimen jurídico específico de reversión establecido en el artículo 82.2.c), párrafo tercero, del TRLPEMM para el supuesto de que en el título de otorgamiento de la concesión no se hubiese previsto la prórroga, supuesto en el que las obras e instalaciones deben revertir a la Autoridad Portuaria una vez transcurrido el plazo inicial de la concesión, la disposición transitoria cuarta de la LPEMM establece, en su apartado uno, que “... las concesiones vigentes a la entrada de vigor de la Ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas...” y, en su apartado cuatro, que “extinguidas las concesiones otorgadas con anterioridad a esta Ley, la Autoridad Portuaria competente resolverá sobre el mantenimiento o levantamiento de las instalaciones u obras que se hubieran ejecutado a su amparo”.

Pues bien, tanto la remisión que hace el apartado uno de la disposición transitoria cuarta a las condiciones en que se otorgó la concesión como la que hace su apartado cuatro a la extinción de la concesión como momento a partir del cual la Autoridad Portuaria resolverá sobre el mantenimiento o levantamiento de las instalaciones u obras ejecutadas determina que el momento de la reversión no puede ser otro que el de extinción de la concesión (por el vencimiento del plazo por el que se otorgó, incluida la prórroga).

En efecto, teniendo presente el apartado uno de la disposición transitoria cuarta, que sujeta las concesiones a las mismas condiciones en que se otorgaron, se observa que la condición trigésima de la concesión, relativa a su extinción, comienza diciendo que “extinguida la concesión por cualquier causa (causa de extinción sería el vencimiento del plazo concesional) revertirán al P.A.B los terrenos...”, añadiendo más adelante que “...la concesión terminará, siempre que no existiese prórroga, cuando finalice el plazo para el que se otorgó...”, lo que pone claramente de manifiesto que lo determinante para la reversión es que la concesión esté extinguida, entendiéndose terminada, de existir prórroga (como es del caso), cuando expire esta última.

Otro tanto puede decirse si se tiene en cuenta el propio tenor literal (“extinguidas las concesiones”) del apartado cuatro de la disposición transitoria cuarta, lo que difiere la decisión de la Autoridad Portuaria sobre el mantenimiento o levantamiento de las instalaciones u obras que se hubieren ejecutado a la fecha de la extinción de la concesión.

A lo anterior ha de añadirse una ulterior consideración, cual es la de que, siendo el presupuesto para la aplicación del artículo 82.2.c), tercer párrafo, del TRLPEMM que en el título concesional no se haya previsto la prórroga, en el presente caso faltaría dicho presupuesto, pues en el título de otorgamiento de la concesión (condición vigesimonovena de la concesión otorgada el 26 de abril de 1990, reflejada en la escritura pública de 2 de agosto del mismo año) y en su modificación a raíz del acuerdo de prórroga de 26 de mayo de 1999 (recogido en la estipulación segunda.2 de la escritura pública de 30 de julio de 1999) se estableció que la concesión podría ser objeto de prórroga por 30 años, prórroga

que fue dispuesta por ese mismo acuerdo y reflejada igualmente en la estipulación cuarta de esa escritura pública.

En consecuencia, debe entenderse que la reversión de las obras e instalaciones ejecutadas por la concesionaria no se producirá hasta la fecha de extinción de la concesión, incluida la prórroga otorgada, lo que tendrá lugar el 15 de diciembre de 2052, debiendo tener en cuenta la Autoridad Portuaria, a fin de decidir sobre este extremo, lo establecido en la condición trigésima de la concesión.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La concesión otorgada a la sociedad “Wold Trade Center Barcelona, S.A.” por el entonces Puerto Autónomo de Barcelona el 23 de abril de 1990 y prorrogada el 29 de abril de 1991 tiene un plazo inicial de duración de treinta años contados desde la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, lo que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1992.

**Segunda.-** El acuerdo de prórroga de la concesión otorgada a “Wold Trade Center Barcelona, S.A” adoptado al amparo de la modificación introducida en el artículo 54 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, es válido y tiene plena vigencia, lo que determina, de mantenerse el cumplimiento de las condiciones impuestas, que el periodo concesional finalice el 15 de diciembre de 2052.

**Tercera.-** La reversión de las obras e instalaciones de la concesión otorgada a “World Trade Center Barcelona S.A” no tendrá lugar hasta la extinción de la concesión por vencimiento del plazo de otorgamiento y de su prórroga.



## **122.- Informe sobre la posición jurídica del concesionario y del cesionario de uso de las concesiones sobre el dominio público portuario.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posición jurídica del concesionario y del cesionario de uso de las concesiones sobre el dominio público portuario.

- 1) En los casos de cesión del uso total de la concesión, la Autoridad Portuaria deberá seguir considerando al concesionario sujeto pasivo de las tasas portuarias, bien directamente como contribuyente, bien como sustituto del mismo, exigiéndole el importe de las citadas tasas, así como el resto de las prestaciones materiales y formales integrantes de la obligación tributaria, al margen o con independencia de la posible asunción por el cesionario del uso de la concesión, de la obligación de pago de las tasas.
- 2) Si la condición de sujeto pasivo de las tasas portuarias recae, por expreso mandato legal, en la figura del concesionario y éste goza, en tal carácter, de determinados beneficios fiscales en dichas tasas (exenciones o bonificaciones subjetivas), estos beneficios fiscales se mantienen en la persona del concesionario siempre, obviamente, que sigan concurriendo en él los requisitos o presupuestos subjetivos para el reconocimiento del beneficio fiscal.
- 3) La necesaria realización no sólo por el concesionario, sino también por el cesionario del uso de las actividades que motivaron el otorgamiento de la concesión ratifica el mantenimiento de aquellos beneficios fiscales fundados en el carácter de la actividad objeto de la concesión, siendo, por tanto, indiferente a estos fines que las actividades objeto de la concesión se realicen por el concesionario o por el cesionario del uso.
- 4) El cesionario del uso de la concesión tiene la condición de interesado en los procedimientos administrativos que se sigan en relación con la caducidad, modificación y revisión de la concesión.
- 5) En relación con el rescate de la concesión, el cesionario del uso de la misma ostenta la condición de interesado, debiendo citarle preceptivamente la Autoridad Portuaria en el procedimiento que se siga para acordar el rescate de aquélla. No tiene derecho a percibir de forma directa e independiente la indemnización que le corresponda, debiendo hacer valer su derecho a la misma sobre el justiprecio reconocido en la indemnización principal, esto es, sobre el justiprecio reconocido al concesionario.

**Ref:** A.G. ENTES PÚBLICOS 16/14 (R- 263/14)

**Fecha:** 10 de abril de 2014

**Ponentes:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posición jurídica de concesionario y del cesionario del uso de las concesiones sobre el dominio público portuario. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes en que se fundamenta la misma, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

- 1) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao autorizó de forma condicionada, con fecha 26 de febrero de 2014, la cesión del uso total, a favor de la

entidad "XXXI, S.L.," de dos concesiones otorgadas el 14 de noviembre de 2007 (C-584) y el 4 de abril de 2008 (C-589) a la empresa "YYY, S.A." en el puerto exterior de Ferrol, con destino, la primera de ellas, a la construcción y explotación de una planta de biodiesel y, la segunda, a la construcción y explotación de un atraque para carga y descarga de graneles para la planta de biodiesel y de un rak de tubería desde el atraque hasta la planta.

- 2) En el curso de la preparación de dicha autorización, la Abogacía del Estado en A Coruña, en un informe de 19 de febrero de 2014, puso de manifiesto la existencia de una posible incompatibilidad de la previsión contenida en el último inciso de la regla 30ª de la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, que aprobó el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal, con los artículos 8.c) y 17.4 (sic, debería decir 17.5) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), poniendo en duda la subrogación del cesionario en la obligación de pago de las tasas que se devenguen en las concesiones afectadas por la cesión, dado que la determinación de los obligados tributarios y de los responsables está reservada a la ley.
- 3) Las consideraciones jurídicas realizadas en este extremo por la Abogacía del Estado en A Coruña determinaron que el citado acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 26 de febrero de 2014 aprobase la cesión de uso de forma condicionada, interesando destacar aquí las siguientes condiciones:

"1. XXX queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponden a YYY según los títulos concesionales (de los cuales se declara concededor) y el resto de normativa de aplicación

2. de esta subrogación queda excluido únicamente lo referente a tasas portuarias, ya que:

- la determinación del sujeto pasivo de una tasa se encuentra afectada por el principio de reserva de ley tributaria consagrado en el art. 8 de la Ley General Tributaria, por lo que, en consecuencia, el sujeto pasivo de la tasa (definido en este caso por la Ley de Puertos del Estado en su redacción actual, ROL 212011) no puede alterarse por la previsión contenida en el inciso final de la regla 30 de la Orden FOM/1938/2008.
- conforme al art. 17.4 de la misma LGT, 'los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico- privadas.'

Consecuentemente, para las concesiones portuarias el sujeto pasivo de las dos tasas de dominio público resulta ser el titular de las concesiones (Infinita), y los sujetos pasivos de la tasa del buque y de la tasa de la mercancía pueden ser únicamente los dispuestos por dicho RDL 2/2011 (en particular, Infinita entre otros puede ser sujeto pasivo de ambas, y MIB entre otros puede ser sujeto pasivo de la tasa de la mercancía, sin perjuicio de que las reducciones y bonificaciones sobre estas dos tasas que puedan corresponder atendiendo al RDL 2/2011 por conceptos como muelle concesionado o terminal concesionada serán de aplicación sólo en caso de que el sujeto pasivo de éstas sea Infinita), todo ello con independencia de los pactos que al respecto la concesionaria haya firmado con el cesionario.

3. Quedan incluidas en la subrogación a favor de XXX, por tanto, todo el resto de obligaciones y derechos, y en particular la obligación de cumplimiento de los tráficos mínimos y de abono de la correspondiente penalización en su caso, la obligación de abono de tarifas por prestación de servicios comerciales por la Autoridad Portuaria, y la interlocución con la Autoridad Portuaria (a efectos de lo cual deberán nombrar un apoderado y un interlocutor antes del inicio de la explotación por XXX).
4. Todas las condiciones establecidas para las concesiones por los títulos concesionales y el resto de normativa de aplicación continúan vigentes a todos los efectos para ambas concesiones, a pesar de dicha subrogación (por ejemplo, la incursión en una causa de caducidad por XXX es causa de incoación de expediente de caducidad, a pesar de que la responsabilidad de la causa no sea del titular de la concesión, Infinita)

5. No obstante, la Autoridad Portuaria comunicará a Infinita las incidencias que puedan darse en el expediente concesional (causas de caducidad, o de menor rango) a efectos de que pueda intentar, en el plazo que la Autoridad Portuaria le permita, promover la resolución de las incidencias o resolverlas por sí misma.
6. Las garantías de explotación de las concesiones, hoy a nombre de Infinita, responderán por todas las obligaciones concesionales independientemente de que el causante de su incumplimiento sea YYY o XXX.
7. Dado que es frecuente que la primera aplicación de la ejecución de garantías concesionales por una Autoridad Portuaria sea el impago de tasas portuarias, la reposición y actualización de las garantías de explotación seguirá siendo responsabilidad de Infinita, si bien en las sucesivas reposiciones y actualizaciones ha de hacerse constar por la entidad avalista (si la garantía es un aval) o en el texto de presentación de la garantía (si la garantía es una fianza) que quedan cubiertas todas las obligaciones concesionales con mención expresa a aquéllas en las que se ha subrogado MIB”

A su vez, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria acordó “condicionar la aprobación de las condiciones 1 a 7 de las ‘Condiciones de la aprobación de la cesión de uso de las concesiones C-584 y C-589’ a las conclusiones del informe jurídico de la Abogacía General del Estado solicitado por el ente público Puertos del Estado”.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La cesión del uso total o parcial de las concesiones portuarias no se regula en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (en adelante, TRLPEMM), aunque en cierto modo se refiere a esa figura su artículo 81.5 en el que se regula la cesión de uso de las instalaciones de una concesión. Se trata de un supuesto singular, pues se refiere únicamente a las concesiones que incorporan instalaciones de atraque que, como se dice en la solicitud de informe, bien podría entenderse como un uso compartido de dichas instalaciones más que una cesión propiamente dicha y que, además, se impone de forma obligatoria al concesionario.

Al margen de ese supuesto, y como se ha indicado, la cesión del uso total o parcial de las concesiones portuarias no se regula con carácter general en el TRLPEMM, si bien su artículo 98.1.g) considera causa de caducidad de la concesión la “cesión a un tercero del uso total o parcial de la concesión sin autorización de la Autoridad Portuaria”, lo que permite deducir que la ley admite con carácter general este negocio jurídico.

Así lo entendió, como oportunamente se encarga de recordar el escrito de consulta, este Centro Directivo en su informe de 17 de octubre de 2006 (A.G. Entes Públicos 80/06), en cuyo fundamento jurídico II se dice lo siguiente:

“Pues bien, aunque la LRESP sólo regule la transmisión del derecho concesional (artículo 117), este texto legal no excluye la admisibilidad de la cesión del uso total, por parte del concesionario a un tercero, de los bienes objeto de concesión administrativa, acto o negocio jurídico que admite implícitamente y que lo conceptúa como un supuesto distinto de la transmisión de la concesión. En efecto, el artículo 123.1 de la LRESP establece como causas de caducidad de las autorizaciones y concesiones demaniales la “cesión a un tercero del uso total o parcial, sin autorización de la Autoridad Portuaria (letra g) y la “transferencia del título de otorgamiento, sin autorización de la Autoridad Portuaria” (letra h). Se prevén así, como supuestos distintos, la cesión del uso total o parcial los bienes objeto de la conce-

sión, manteniéndose o reteniéndose por el cedente (concesionario) el título concesional, y la transmisión o transferencia del título concesional (que es la regulada detenidamente en el artículo 117 de la propia LRESP). Pues bien, si el texto legal prevé como supuesto distinto de la transferencia o transmisión de la concesión la cesión a un tercero del uso total o parcial de los bienes objeto de la concesión, y si este último supuesto constituye causa de caducidad de la concesión administrativa cuando esa cesión de uso no la haya autorizado la respectiva Autoridad Portuaria, habrá que entender, a contrario, que, mediando esa autorización, será completamente válida y eficaz la cesión de uso total, por parte del concesionario, de los bienes objeto de la concesión a un tercero, manteniendo aquél, como se ha dicho, el título concesional o condición de concesionario”.

Si se pasa al examen del Pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal, aprobado por Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, se comprueba que su regla 30ª, bajo la rúbrica “Cesión de la concesión”, regula con detalle la cesión a un tercero del uso total o parcial de la concesión, estableciendo las condiciones que deben cumplirse para su autorización por la Autoridad Portuaria. La Orden indicada tiene su antecedente, en el extremo de que se trata, en la Orden de 2 de agosto de 1995 que aprobó el Pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario y en cuya disposición 32ª.f) se preveía como causa de caducidad de la concesión “el arrendamiento de la concesión, salvo que se encuentre expresamente previsto en el título concesional y sea previamente autorizado por la autoridad portuaria.”

El Consejo de Estado (en dictámenes de 15 de octubre de 1998, ref. 2680/98, y 1 de julio de 1999, ref. 12090/1999, mencionados expresamente en la solicitud de informe) ha fijado las diferencias entre la cesión del uso de la concesión y la transmisión de la concesión. En este sentido, en el segundo de los dictámenes mencionados se dice lo siguiente:

“Sobre la base de que a la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión, procede determinar si la cesión del uso o goce temporal de las instalaciones concesionales a título arrendaticio comporta la transmisión de la concesión.

Ciertamente, desde la perspectiva jurídico administrativa, cabe distinguir entre dos tipos de negocios en el orden concesional: a) los que comporten la sustitución del concesionario (cedente) y, por ende, la subrogación de un tercero (cesionario) en su lugar; y b) los que sin comportar la sustitución del concesionario y alterar la titularidad de la relación concesional, comportan, sin embargo, una cesión o transmisión del mero uso o goce de la concesión.

Los dos negocios parten de presupuestos distintos (la sustitución del concesionario o su mantenimiento), producen efectos diferenciados (la transmisión de la posición concesional o la cesión exclusivamente del uso o goce), pero tienen un rasgo común: que bien por la transmisión de la concesión, bien por la cesión del uso o goce de la misma, se altera el sujeto que explota la concesión. Y en la medida en que el negocio celebrado produzca una cesión del uso concesional y, por ende, traslade la explotación directa, a que está obligado el concesionario, a un tercero, abstracción hecha del título jurídico en que ampara su gestión, requiere de autorización administrativa.

Es claro que en tal caso no se produce la subrogación de un tercero en la posición jurídica del concesionario, ni alteración de la titularidad formal; no existe sustitución de uno por otro; pero sí un cambio material del sujeto que ocupa con carácter privativo, exclusivo y excluyente el dominio público y el que explota y gestiona la actividad para la que fue otorgado el aprovechamiento. El primero permanece como concesionario y concierta una cesión arrendaticia de la concesión; pero es evidente que las concesiones administrativas se otorgan por la Administración Pública para su explotación directa, de tal suerte que cualquier acto o negocio jurídico en virtud del cual un tercero se coloque en la posición del concesionario, aunque fuere de modo parcial e incluso subsistiendo la relación concesional originaria, no deja de suponer una excepción a la regla indicada, siendo de aplicación los mismos mecanismos de control arbitrados para la transmisión de la concesión. Tal criterio

viene siendo, por lo demás, doctrina del Consejo de Estado (dictamen núm. 2.680/98, de 15 de octubre de 1998).

En el caso presente, la cesión de las instalaciones concesionales, aunque fuere a título meramente arrendaticio, comporta la sustitución del sujeto que explota la actividad concedida; se da una transmisión “de facto” de la condición de concesionario; de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa establecida para tal caso, pues la Administración necesita saber quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías.”

Llegados a este punto, ha de precisarse cuál sea la posición jurídica del concesionario cedente y el cesionario de uso respecto de la Autoridad Portuaria.

Para ello, es preciso acudir, en primer término, al régimen jurídico de la cesión de la concesión, contenido, como se ha dicho, en la regla 30ª de la Orden FOM/938/2008 que, después de establecer las condiciones que han de concurrir para que la Autoridad Portuaria autorice la cesión del uso de la concesión, concluye diciendo que “en el caso de cesión del uso total el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente;” previsión idéntica a la contenida en el artículo 92.2 del TRLPEMM para los casos de transmisión de la concesión (“...subrogándose el nuevo titular en los derechos y obligaciones derivados de la concesión”).

Ante todo, debe señalarse que, no obstante el tenor literal de la regla 30ª de la Orden FOM/938/2008 y del artículo 92.2 del TRLPEMM, no puede entenderse que la posición jurídica del cesionario del uso total de la concesión sea la misma que la posición jurídica del nuevo titular de la concesión en el caso de una transmisión de la misma.

En efecto, como ha manifestado el Consejo de Estado, desde la perspectiva jurídico-administrativa, se pueden distinguir dos negocios jurídicos diferentes, aunque el efecto final respecto a la ocupación material del dominio público portuario sea idéntico. Por una parte, el negocio jurídico de transmisión de la concesión que comporta la sustitución del concesionario (cedente) y por, ende, la subrogación de un tercero en la relación jurídica-concesionaria, y, por otra parte, negocio jurídico que, sin comportar la sustitución del concesionario ni alterar, por tanto, la titularidad de la relación concesional, sólo comporta una cesión o transmisión del uso o goce de la concesión. En ambos casos se altera el sujeto que materialmente explota la concesión y, dado que las concesiones se otorgan para su explotación directa por el concesionario, cualquier cambio en virtud de cual un tercero se coloque en su posición, incluso subsistiendo la relación concesional originaria, exige la oportuna autorización administrativa, en este caso de la Autoridad Portuaria.

Siendo esto así, procede analizar las cuestiones planteadas en la solicitud de informe.

#### 1.- Determinación del sujeto obligado al pago de las tasas.

La primera cuestión planteada se refiere a la determinación del sujeto pasivo de las tasas. Partiendo de lo establecido en la regla 30ª de la Orden FOM/938/2008 que sanciona, como se ha visto, la subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente, encontrándose entre esas obligaciones la de pago de las tasas, la Abogacía del Estado en A Coruña, en su informe de 19 de febrero de 2014, pone en duda, a la vista de lo dispuesto en el inciso final de la regla 30ª de la Orden FOM/938/2008, la subrogación del cesionario en la obligación de pago de las tasas que se devenguen en las concesiones afectadas por la cesión del uso, dado que la determinación de los obligados tributarios y de los responsables está reservada a la ley –artículo 8.c) de la LGT–.

Puesto que, como se indica en la solicitud de informe, los artículos 174, 185 y 193 y siguientes del TRLPEMM determinan como sujeto pasivo de las distintas tasas portuarias, bien a título de contribuyente bien como sustituto del mismo, al concesionario, se suscita la cuestión de si estas previsiones legales quedan alteradas como consecuencia de la cláusula de subrogación contenida en la regla 30ª de la Orden FOM/938/2008.

La Abogacía del Estado en A Coruña concluye, con fundamento en el artículo 17.5 de la LGT (“los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”), que “a efectos de las tasas que se devengan en las concesiones afectadas por la cesión, el sujeto pasivo de las mismas deberá seguir siendo la titular de la concesión, a saber, INFINITA, con independencia de los pactos que la concesionaria haya firmado con el cesionario”.

Sobre esta base, ha de determinarse hasta qué punto la condición de sujeto obligado al pago de las correspondientes tasas portuarias que corresponde al concesionario (bien como contribuyente, bien como sustituto del contribuyente) se ve afectada por la cesión del uso total de la concesión a un tercero.

Pues bien, no hay duda alguna de que la obligación de pago de las tasas portuarias a las que se refiere el artículo 161 del TRLPEMM es una obligación ex lege, cuyos elementos están regulados por la ley. En este sentido, el artículo 8.c) de la LGT deja claro que la determinación de los obligados tributarios y de los responsables se encuentra reservada a la ley. Es la ley la única que puede determinar quiénes pueden ser los obligados tributarios, entendiendo por tales los previstos en el apartado 2 del artículo 35 de la propia LGT, entre los que se encuentran el contribuyente y el sustituto del contribuyente.

La reserva de ley en lo relativo a la determinación de los obligados tributarios se completa con lo dispuesto en el artículo 17.5 de la LGT, cuando dispone que “los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”.

Pues bien, el vigente TRLPEMM respeta la reserva legal contenida en el artículo 8.c) de la LGT en lo relativo a la determinación de los obligados tributarios y responsables.

Así, por lo que se refiere a las tasas relacionadas directamente con la ocupación y explotación del dominio público, como son la tasa de ocupación y la tasa de actividad, el artículo 174 (tasa de ocupación) dispone que “son sujetos pasivos de la tasa, según proceda, el concesionario o el titular de la autorización” y el artículo 184 (tasa de actividad, antigua tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios) dispone que “será sujeto pasivo de la tasa el titular de la concesión o autorización de ocupación del dominio público o el titular de la licencia de prestación de servicio portuario, según proceda”.

En cuanto a las tasas exigibles por la utilización de las instalaciones portuarias (artículo 193 del TRLPEMM), relacionadas con el objeto de las concesiones a las que se refiere este informe, en la tasa del buque son sujetos pasivos, a título de contribuyentes y solidariamente, el propietario, el naviero y el capitán del buque, y sustitutos del contribuyente el consignatario del buque, si está consignado, y el concesionario o autorizado en los muelles, pantalanes e instalaciones portuarias de atraque otorgadas en concesión o autorización (artículo 195.1 del TRLPEMM).

En cuanto a la otra tasa relacionada con el objeto concesional, la tasa de la mercancía, el artículo 212.1 del TRLPEMM distingue dos supuestos.

En primer lugar, el supuesto de mercancías y sus elementos de transporte de entrada o salida marítima o que se transborden o que se encuentren en régimen de tránsito marítimo, en el que son sujetos pasivos con carácter solidario y en calidad de contribuyentes, el naviero, el propietario de la mercancía y el capitán del buque, y en calidad de sustitutos de los anteriores, entre otros, el concesionario o autorizado en terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías otorgadas en concesión o autorización.

El segundo supuesto es el de mercancías y sus elementos de transporte que efectúen tránsito terrestre o que accedan o salgan de la zona de servicio del puerto sin utilizar la

vía marítima, en el que son sujetos pasivos, en calidad de contribuyente, el propietario de la mercancía o, cuando lo hubiere, el transitario u operador logístico que represente a la mercancía y, en calidad de sustituto del contribuyente, el titular de la concesión o autorización que expida o reciba la mercancía, cuando la mercancía tenga por destino una instalación en concesión o autorización.

Como se aprecia, y cumpliendo con las exigencias del artículo 8.c) de la LGT y con lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, (textos legales aplicables de forma supletoria a las tasas portuarias, según dispone el artículo 162 del TRLPEMM), existe una precisa determinación legal de uno de los elementos de la obligación tributaria, cual es el sujeto pasivo de la tasa (bien como contribuyente, bien como sustituto del mismo), determinación que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.5 de la LGT, no puede ser alterada por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas.

La doctrina jurisprudencial, tanto bajo la vigencia de la antigua LGT de 1963 como bajo la vigencia de la actual LGT, ha ratificado la plena vigencia y aplicación de dichas previsiones legales, pudiéndose citar las sentencias del Tribunal Supremo de 1 y 16 de julio de 2002, 13 de mayo de 2010, 11 de julio de 2011 y 16 de febrero de 2012, entre otras. En este sentido, la sentencia del Alto Tribunal de 1 de julio de 2002 donde se declara lo siguiente:

“(…) Sentado lo anterior, la Sala debe constatar que una de las consecuencias más importantes de que la determinación de los sujetos pasivos y demás obligados tributarios haya de realizarse por ley –arts. 10.a) y 31.2 LGT– es la expresamente prevista en el art. 36 LGT, según el cual, ‘la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrá ser alterada por actos o convenios de los particulares’ y ‘tales actos o convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas’. Se trata de una clara manifestación del principio de indisponibilidad de la obligación tributaria, consecuencia obligada de su naturaleza de obligación ‘ex lege’ (…).

(…)Y es que la Administración, pese a la existencia de cualquier pacto ‘inter privados’, deberá seguir exigiendo el tributo a quien sea sujeto pasivo de acuerdo con la ley y este será el constreñido a su ingreso y al cumplimiento del resto de las prestaciones materiales y formales que integran la obligación tributaria. No podrá, pues, alegar o excepcionar que un tercero ha asumido tal obligación por convenio con él concertado y, correlativamente, no podrá tampoco ese tercero subrogarse en la posición del sujeto pasivo frente a la Administración. A lo sumo, y en su caso, el tercero podría, en el ámbito de la jurisdicción civil, formular la oportuna reclamación frente al sujeto pasivo con el que hubiere convenido la asunción de contingencias fiscales si es que estimara que dicho sujeto pasivo había pagado a la Administración indebidamente (FD Cuarto):”

Esta doctrina tiene fiel reflejo en lo manifestado en la sentencia de 13 de mayo de 2010 (recurso de casación para unificación de doctrina núm. 296/2005), en cuyo fundamento de derecho cuarto se dice:

“(…) la especial configuración de la relación jurídica tributaria, que viene definida legalmente y cerrada a posibles modificaciones extrañas a la estricta configuración legal de sus elementos y alcance; impone a los sujetos de la relación los deberes y obligaciones y los correlativos derechos y garantías que surgen de la relación jurídica tributaria prefigurada legalmente. Relación jurídica tributaria definida y cerrada legalmente, como se desprende de lo dispuesto en el art. 36 de la LGT, 17.4 de la actual, que responde al principio de indisponibilidad de las posiciones tributarias; que debe relacionarse con el art. 1255 del CC, que recoge el principio de autonomía de la voluntad, la libertad civil de pactos, de suerte que los pactos y convenios que los particulares hayan tenido a bien estipular, dentro de los límites fijados en el citado artículo, incluidos, claro está, las consecuencias fiscales de los contratos o negocios que hayan realizado, serán válidos y producirán los efectos que le son propios, pero sólo entre las partes contratantes, no respecto de terceros, en este caso la Administración Tributaria, sin

que la relación jurídica tributaria sufra lo más mínimo por dichos pactos, la posición jurídica del obligado tributario resulta ajena al pacto, sólo el obligado tributario es el obligado a cumplir las obligaciones materiales y formales definidas legalmente y, evidentemente, el tercero, sean cuales sean los términos de lo pactado, en ningún caso puede sustituir al obligado tributario en la relación jurídica tributaria ni en ninguno de sus aspectos -ello sin perjuicio de su interés presente, desde luego, en la relación civil subyacente-. Limitación legal, que en atención de la finalidad impuesta, preservar la relación jurídica tributaria de inmisiones ajenas a su ámbito definido legalmente, en principio, se muestra adecuada y proporcionada en función de dicha finalidad, sin que además se quebrante el interés legítimo del tercero, que en atención a la libertad de pacto podrá convenir con el obligado tributario y dentro del ámbito natural en el que se desarrolla dicho pacto, todo aquello que preserve sus derechos e intereses, y, en su caso, ventilar los conflictos que surjan a través de la jurisdicción civil”

No hay duda alguna, por tanto, de que, siendo el concesionario sujeto pasivo de las referidas tasas portuarias, bien directamente como contribuyente, bien como sustituto del mismo, la Autoridad Portuaria, en los casos de cesión del uso total de la concesión, deberá seguir exigiendo al concesionario el importe de las citadas tasas, así como el resto de las prestaciones materiales y formales integrantes de la obligación tributaria, al margen o con independencia de la posible asunción por el cesionario de uso de la concesión (por vía de contrato) de la obligación de pago de las tasas o de las posibles acciones del cesionario de uso contra el concesionario cedente.

El cesionario, por tanto, no podrá subrogarse en la posición del sujeto pasivo de la tasa de que se trate frente a la Autoridad Portuaria, por lo que, la referencia general que hace el inciso final de la regla 30ª de la Orden FOM/938/2008 en los casos de cesión del uso total de la concesión a la subrogación del cesionario en “todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente,” debe entenderse matizada cuando de la obligación de pago de las tasas portuarias se trate. Todo ello, claro está, sin perjuicio de la oportuna reclamación que pueda formular el concesionario (cedente) contra el cesionario por el importe de las tasas satisfechas si, a través del contrato de cesión, el cesionario hubiera asumido la obligación de pago de las tasas portuarias, reclamación a la que es totalmente ajena la Autoridad Portuaria.

## 2.- Aplicación de beneficios fiscales imputables al concesionario

La segunda cuestión planteada en la solicitud de informe se refiere a la posible aplicación al cesionario del uso de determinados beneficios fiscales que corresponden al concesionario cedente. En este sentido, se indica que determinados organismos y entidades tienen reconocidas en la ley exenciones del pago de algunas tasas portuarias o bonificaciones en la cuota tributaria de las mismas, poniéndose como ejemplo las exenciones de las tasas de ocupación y actividad de los artículos 169 a) y 170 a) del TRLPEMM y la bonificación de la tasa de ocupación del artículo 181 c) del mismo texto legal.

Se sigue diciendo que “en el caso de que se produzca la cesión del uso de la concesión, previa autorización de la Autoridad Portuaria, si la conclusión a la que se llega respecto a la problemática anterior es que el sujeto pasivo de las tasas debe seguir siendo el cedente (concesionario) se plantea la duda de si este podría seguir disfrutando de los beneficios fiscales cuando de hecho no explota la concesión, y, además, si podría repercutir dichos beneficios al cesionario que no reúna los requisitos objetivos para su aplicación”

Para dar una respuesta en Derecho a esta cuestión, aparte de recordar las diferencias entre el negocio jurídico de transmisión de la concesión que comporta la sustitución del concesionario (cedente) y, por ende, la subrogación de un tercero concesionario en su lugar y aquel otro negocio jurídico que, sin comportar la sustitución del concesionario ni alterar, por tanto, la titularidad de la relación concesional, comporta una cesión o transmisión del mero uso o goce de la concesión, resulta oportuno reiterar, como se ha expuesto anteriormente, que el sujeto pasivo de las tasas portuarias, bien como contribuyente, bien como sustituto del mismo, es siempre el concesionario independientemente de la cesión de uso de la concesión.



En efecto, si la condición de sujeto pasivo de las tasas portuarias recae, por expreso mandato legal, en la figura del concesionario y éste goza, en tal carácter, de determinados beneficios fiscales en las tasas (exenciones o bonificaciones subjetivas), los beneficios en cuestión deberían mantenerse en todo caso en su persona siempre, claro está, que sigan concurriendo en el concesionario los requisitos o presupuestos subjetivos para el reconocimiento del beneficio fiscal.

Dado que la solicitud de informe parte de una posible cesión de uso de la concesión en los casos en que el concesionario sea un organismo o entidad pública que tenga reconocida por ley exenciones del pago de algunas tasas portuarias o bonificaciones en la cuota tributaria de las mismas (se ponen como ejemplo las exenciones de las tasas de ocupación y de actividad de los artículos 169.a) y 170.a) y la bonificación de la tasa de ocupación del artículo 181.c) del TRLPEMM, beneficios que van ligados al desarrollo de una determinada actividad de interés público, de interés social o cultural), es preciso determinar el alcance de esos beneficios en los supuestos de cesión del uso total de la concesión.

Pues bien, comenzando por los dos supuestos de exención de los artículos 169.a) y 170.a) del TRLPEMM, lo primero que ha ponerse de manifiesto es que resulta realmente difícil pensar en una cesión del uso total (ni siquiera parcial) de los terrenos objeto de concesión, pues los titulares de la concesión, acreedores del beneficio fiscal e hipotéticos cedentes, son órganos de las Administraciones Públicas territoriales o entidades públicas dependientes de ellas que, por necesidades de funcionamiento y para el cumplimiento de sus funciones públicas, deben ocupar el dominio público portuario en el ejercicio de sus competencias, siendo así que éstas, conforme dispone el artículo 12 de la LRJ-PAC, son irrenunciables y han de ejercerse precisamente por los órganos administrativos que las tengan atribuidas como propias.

Mayor margen de actuación tendrán los órganos de las Administraciones públicas y entidades dependientes de las mismas que realicen en el dominio público portuario actividades de interés social o cultural, en cuyo caso se harían acreedoras de la bonificación del 50 por ciento de la cuota de la tasa de ocupación a que se refiere el artículo 181.c) del TRLPEMM.

Recientemente, este Centro Directivo (informe de fecha 11 de marzo de 2014. A.G. Entes Públicos 8/14) examinó el alcance de esta bonificación con motivo de la puesta a disposición por una Autoridad Portuaria a un consorcio interadministrativo de un conjunto de bienes de dominio público portuario para la realización de una actividad de interés social (explotación de unas infraestructuras ejecutadas por el consorcio en esos terrenos que redundaron en beneficio de todos los habitantes de una ciudad y ello con la finalidad de amortizar un crédito público). Pues bien, se reconoció a dicho consorcio la bonificación indicada para el desarrollo de esa actividad, aunque no se llevase a cabo directamente por esa entidad, sino a través de un tercero –mediante arrendamiento de los terrenos– siempre y cuando con la cesión se siguiesen cumpliendo con las obligaciones a las que se comprometió el indicado Consorcio y se realizasen en ellos las actividades autorizadas.

En este sentido, la regla 20ª de la Orden FOM/938/2008, relativa a la determinación del objeto de la concesión, deja muy claro que “la concesión se destinará exclusivamente al objeto definido en el título de otorgamiento, sin que puede utilizarse el dominio público concedido, ni las obras en él ejecutadas, para usos distintos de los expresados en la concesión”.

Precisamente, la realización en todo caso, por parte también del cesionario, de las actividades que motivaron el otorgamiento de la concesión (uno de los extremos que debe examinar la Autoridad Portuaria para autorizar la cesión es si el cesionario reúne los requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad o prestación del servicio objeto de la concesión –regla 30ª de la Orden 938/2008–) o, si se prefiere, la necesaria realización por el cesionario de las actividades que figuran en el objeto del título concesional, so pena de caducidad de la concesión –artículo 98.1.f) TRLPEMM–, viene a ratificar plenamente el mantenimiento del beneficio fiscal en las tasas portuarias por el concesionario cedente,

siendo, por tanto, indiferente a estos fines que los terrenos se exploten o usen directamente por el concesionario o por un tercero.

Lo expuesto debe servir también para apreciar la posible concurrencia de cualquier otro beneficio fiscal de carácter objetivo donde debe tenerse siempre presente, como presupuesto básico, que la concesión, ya sea explotada directamente por el concesionario, ya por un tercero cesionario del uso total de la misma, debe destinarse siempre al desarrollo de actividades previstas en el título concesional, no pudiendo destinarse a usos distintos de los previstos en el mismo, ya que lo contrario sería causa de caducidad

Las concesiones C-584 y C-589 otorgadas por la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Cibrao a “YYY, S.A” a las que se refiere este informe, no son una excepción, fijándose su destino, tal y como estipulan las condiciones 22ª (construcción y explotación de una planta de biodiesel) y 21ª (construcción y explotación de un atraque para carga y descarga de materia prima y producto terminado), respectivamente, de los pliegos de condiciones de las dos concesiones otorgadas, sancionándose en ambas con la caducidad la realización de actividades que no figuren en el título (condiciones 37 f) y 36 f) en relación con el artículo 98.1.f) del TRLPEMM). Por su parte, la condición 1 del acuerdo del Consejo de Administración de 26 de febrero de 2014, aprobatorio de la cesión dispone que “MIB (el cesionario) queda subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponden a Infinita según los títulos concesionales (de los cuales se declara conocedor) y el resto de la normativa de aplicación.”

Así ha tenido oportunidad de confirmarlo el Consejo de Estado en numerosos dictámenes como los de 6 de julio de 1989 (R.53234/89), 15 de octubre de 1998 (R.2680/98) o 5 de diciembre de 2002 (R.2628/2002).

### 3.- Procedimientos de caducidad, rescate, modificación y revisión de concesiones

En la solicitud de informe se plantean dos cuestiones diferentes en relación con este epígrafe:

La primera se refiere a la consideración de interesado en dichos procedimientos administrativos y si esta condición se debería reconocer exclusivamente al cedente o si, además, debería oírse también al cesionario al ser conocido por la Autoridad Portuaria en virtud de la autorización otorgada.

La segunda cuestión consiste en determinar si en los procedimientos de rescate de la concesión, quién de los dos –concesionario o cesionario del uso– tendría derecho a percibir la indemnización que, en su caso, resultare procedente, al subrogarse el cesionario en los derechos y obligaciones del concesionario.

Posponiendo el examen de lo relativo a la condición de interesado de cesionario de uso en el rescate de la concesión por plantear diversas cuestiones, y comenzando por el análisis de tal condición en los procedimientos de caducidad, modificación y revisión de las concesiones, la respuesta a esta cuestión viene dada por la definición del interesado en el procedimiento administrativo que establece el artículo 31.1 de la LRJ-PAC. Con arreglo a este precepto, tienen la condición de interesados en el procedimiento administrativo, entre otros, “los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.” Partiendo de esta regla y combinándola con lo dispuesto en la regla 30ª de la Orden FOM/938/2008 que, como se ha dicho, dispone que en los casos de cesión de uso total el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del cedente, ha de concluirse que si el cesionario de uso se subroga en todos los derechos y obligaciones del cedente (con la matización hecha anteriormente respecto de la condición de sujeto pasivo de las tasas) y si el artículo 31.1 de la LRJ-PAC reconoce la condición de interesado a quien, sin haber promovido el procedimiento, ostente un derecho que pueda resultar afectado por la resolución que en dicho procedimiento se adopte, no puede negarse la condición de interesado al cesionario del uso.

Pasando al examen de la condición de interesado del cesionario de uso en el rescate de la concesión, debe analizarse separadamente la concurrencia de tal condición, así como, por su íntima conexión con ello, su derecho a la percepción de la indemnización que debe abonarse en rescate de la concesión, teniendo en cuenta que el rescate de la concesión se resuelve en un supuesto de expropiación forzosa de la misma.

A) Condición de interesado del cesionario del uso en el rescate de la concesión.

Resolviéndose el rescate de la concesión en la expropiación forzosa de la misma, ha de estarse ante todo a las previsiones de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF) y del Reglamento para su ejecución aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (REF).

Tras definir el artículo 1 de la LEF la expropiación forzosa como la privación singular de la propiedad privada o de derechos e intereses patrimoniales legítimos, su artículo 3 dispone lo siguiente:

- “1. Las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación.
2. Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con este carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo puede ser destruida judicialmente, o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales, o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente”

Por su parte, el artículo 4 preceptúa que:

- “1. Siempre que lo soliciten, acreditando su condición debidamente, se entenderán también las diligencias, con los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, así como con los arrendatarios cuando se trate de inmuebles rústicos o urbanos. En este último caso se iniciará para cada uno de los arrendatarios el respectivo expediente incidental para fijar la indemnización que pueda corresponderle.
2. Si de los registros que menciona el artículo 3 resultare la existencia de los titulares a que se refiere el párrafo anterior, será preceptiva su citación en el expediente de expropiación”

Pues bien, siendo la expropiación forzosa la privación singular no sólo de la propiedad privada, sino también de derechos o intereses patrimoniales legítimos, y dado que el artículo 4.1 establece que, siempre que lo soliciten, se entenderán también las diligencias del procedimiento expropiatorio con los titulares de intereses económicos directos sobre la cosa expropiada, ha de reconocerse la condición de interesado en el rescate de la concesión al cesionario de su uso, puesto que indudablemente el cesionario ostenta un interés económico directo en la “cosa expropiable”, es decir, en la concesión.

Afirmada la condición de interesado del cesionario de uso en la reversión, debe analizarse todavía si, como indica el artículo 4.1 de la LEF, el cesionario de uso ha de solicitar de la Administración expropiante (en el caso, Autoridad Portuaria), una vez ésta acuerde el rescate de la concesión, que las diligencias del procedimiento expropiatorio, esto es, del procedimiento de rescate se entiendan con él o si, por el contrario, su citación en dicho procedimiento ha de hacerse de oficio por la Autoridad Portuaria en su condición de Administración expropiante.

Atendiendo al tenor literal del artículo 4.1 de la LEF habría que concluir, en principio, que el cesionario de uso ha de solicitar (acreditando su condición de cesionario) que se entienda con él el procedimiento de rescate, dado que no es titular del derecho expropiado (concesión administrativa). Considera, sin embargo, este Centro Directivo que este criterio no es atendible, por militar argumentos de mayor entidad jurídica en favor del criterio contrario –citación de oficio del cesionario del uso por la Autoridad Portuaria–, tal y como seguidamente se expone.

El apartado 2 del artículo 4 de la LEF establece, como se ha dicho, que si de los registros que menciona el artículo 3, resulta la existencia de las personas a que se refiere el apartado 1 del propio artículo 4 (titulares de derechos reales o de intereses económicos directos sobre la cosa expropiable), será preceptiva su citación en el expediente de expropiación. Aunque el apartado 2 del artículo 4 se refiere a los registros que menciona el artículo 3 y estos registros son, en primer término, los registros públicos que produzcan presunción de titularidad que sólo pueda destruirse judicialmente y, en segundo lugar y en su defecto, registros fiscales, no puede desconocerse que el artículo 3 alude también, en el inciso final de su apartado 2, a quienes lo sean pública y notoriamente (es decir, a quienes pública y notoriamente sean titulares de derechos reales o de intereses económicos directos sobre la cosa o derecho expropiado). Pues bien, acudiendo a la interpretación sistemática del artículo 4.2 en relación con el artículo 3.2 de la propia LEF, lo coherente es entender que la combinación de ambos preceptos no trasluce sino la idea de que la Administración expropiante cite de oficio (“será preceptiva su citación”) no sólo a quienes resultan (como titulares de derechos reales o intereses económicos directos sobre la cosa expropiada) de esos registros, sino también a quienes lo sean de forma pública y notoria, pues no tendría sentido alguno que, ostentándose de forma notoria y pública la titularidad de un derecho real o de un interés económico directo sobre la cosa expropiada y, por tanto, conociéndolo la Administración expropiante, no cite de oficio ésta al titular de ese derecho real o interés económico directo sobre la cosa expropiada. En rigor, lo que el artículo 3.2 de la LEF (que, se insiste, ha de aplicarse concordadamente con el artículo 4, dada la remisión que este último precepto hace a aquél) significa es que la Administración expropiante está obligada a hacer que el expediente expropiatorio se entienda con quien resulte de forma indubitada titular (de un derecho real o de un interés económico directo sobre la cosa o derecho expropiado) y esta condición corresponde, por el siguiente orden, a quien resulte de un registro que produzca presunción de titularidad (dada la eficacia que se reconoce a este tipo de registros), de un registro fiscal (dada la exactitud que también se reconoce a estos registros) y, finalmente, a quién resulte titular de forma notoria y pública.

Así las cosas, lo lógico y razonable es entender que la Administración expropiante (Autoridad Portuaria) ha de citar de oficio (citación preceptiva) al cesionario del uso de la concesión, ya que la propia Autoridad Portuaria conoce la existencia del mismo desde el momento en el que tuvo que autorizar la cesión del uso de la concesión.

#### B) Percepción de la indemnización correspondiente por el cesionario de uso.

La cuestión que ahora se examina se suscita en razón de que la LEF (artículo 4) y el REF (artículo 6) distinguen, en punto a la percepción de la indemnización expropiatoria por los titulares de derechos o intereses económicos directos sobre la cosa o derecho expropiado, dos reglas:

– Percepción directa e independiente de la indemnización. En este primer caso, la indemnización correspondiente es percibida directamente de la Administración expropiante (Autoridad Portuaria) que ha de abrir expediente individualizado para el perceptor de la indemnización. En esta primera regla, quedan comprendidos los arrendatarios de fincas rústicas y de fincas urbanas (artículo 4.1, inciso segundo, de la LEF y artículo 6.2 del REF).

– Percepción derivada o indirecta de la indemnización. En este segundo caso, el justiprecio o indemnización expropiatoria es percibido únicamente por el titular de la cosa o derecho expropiado y solamente se reconoce a los titulares de otros derechos reales o de intereses económicos directos sobre la cosa o derecho expropiado el derecho a hacer efectiva la indemnización que les corresponda sobre el justiprecio reconocido al titular de la cosa o derecho expropiado. En esta segunda regla quedan comprendidos los titulares de derechos reales y de intereses económicos directos sobre la cosa o derecho expropiado (artículo 4.1, inciso primero, de la LEF y artículo 6.2 del REF) salvo, lógicamente, los arrendatarios de fincas rústicas y urbanas.

Pues bien, puesto que los únicos que tienen derecho a una indemnización directa e independiente del titular de la cosa o derecho expropiado son los arrendatarios de fincas rústicas y urbanas, debe determinarse si el cesionario del uso de la concesión puede conceptuarse como arrendatario.

En principio, cabría responder afirmativamente a la cuestión de si el cesionario del uso de la concesión es arrendatario, ya que, si bien el contrato de arrendamiento no consiste sino en la cesión del uso de una cosa por precio (cfr. artículo 1543 del Código Civil), se admite que el arrendamiento sea no sea sólo de cosas corporales, sino también de cosas incorporales (derechos), a lo que cabría añadir que la concesión de dominio público portuario puede calificarse como inmueble con fundamento en la enumeración que de los bienes inmuebles hace el artículo 334 del Código Civil.

Considera, sin embargo, este Centro Directivo que este criterio no es atendible por las consiguientes consideraciones:

- Este derecho a la indemnización directa e independiente de la que corresponde al titular de la cosa o derecho expropiado no es reconocida a los titulares de derechos reales que recaigan sobre la cosa o derecho expropiado, siendo así que los derechos reales tienen mayor entidad o trascendencia que los derechos personales o de crédito como es el derecho arrendaticio.
- El reconocimiento del derecho a la indemnización directa e independiente a los arrendatarios de fincas rústicas o urbanas se hace en razón de la especial protección que a los titulares de estos derechos arrendaticios se les ha venido dispensando, como lo pone de manifiesto la legislación arrendaticia especial (leyes de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 y 28 de junio de 1940, 23 de julio de 1942 y 18 de marzo de 1944, como textos legales vigentes en la fecha de promulgación de la LEF, y leyes de arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946, 31 de abril de 1949 y 23 de diciembre de 1955, como textos legales vigentes en dicha fecha).
- El carácter restrictivo con que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha aplicado la regla de la indemnización directa e independiente, pues sólo la ha reconocido a los arrendatarios de fincas rústicas y urbanas a los que únicamente ha equiparado los aparceros.
- El criterio de no reconocer la indemnización directa e independiente, si no el de reconocer al cesionario de uso de la concesión la facultad a hacer valer su derecho sobre el justiprecio reconocido al titular de la concesión es el que se establece en las condiciones 39ª y 40ª de los pliegos de las dos condiciones de las concesiones otorgadas por la Autoridad Portuaria El Ferrol-San Cibrao en las que después de señalarse que “cuando por extinción de la concesión, se produzca la reversión, quedarán extinguidos automáticamente los derechos reales o personales que pudieran ostentar terceras personas sobre el dominio público concedido y las obras e instalaciones objeto de la reversión,” se dispone, en su último párrafo, “las normas señaladas en el párrafo anterior serán igualmente aplicables a todos los supuestos de extinción, sin perjuicio de que en los casos de rescate puedan los terceros interesados ejercitar las acciones que les correspondan sobre la cantidad que, en su caso, pudiera percibir el concesionario como consecuencia de la extinción de la concesión”.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho, ha de concluirse en que: 1) el cesionario del uso de la concesión es interesado en el procedimiento de rescate, debiendo la Autoridad Portuaria citarle preceptivamente en dicho procedimiento al constarle su existencia de forma indubitada (al haber tenido que autorizar la cesión de uso); 2) no tendrá derecho a percibir de forma directa e independiente la indemnización que le corresponda, sino a hacer valer su derecho a la misma sobre el justiprecio reconocido en la indemnización principal, esto es, sobre el justiprecio reconocido al concesionario.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** En los casos de cesión del uso total de la concesión, la Autoridad Portuaria deberá seguir considerando al concesionario sujeto pasivo de las tasas portuarias, bien directamente como contribuyente, bien como sustituto del mismo, exigiéndole el importe de las citadas tasas, así como el resto de las prestaciones materiales y formales integrantes de la obligación tributaria, al margen o con independencia de la posible asunción por el cesionario del uso de la concesión, de la obligación de pago de las tasas.

**Segunda.-** Si la condición de sujeto pasivo de las tasas portuarias recae, por expreso mandato legal, en la figura del concesionario y éste goza, en tal carácter, de determinados beneficios fiscales en dichas tasas (exenciones o bonificaciones subjetivas), estos beneficios fiscales se mantienen en la persona del concesionario siempre, obviamente, que sigan concurriendo en él los requisitos o presupuestos subjetivos para el reconocimiento del beneficio fiscal.

**Tercera.-** La necesaria realización no sólo por el concesionario, sino también por el cesionario del uso de las actividades que motivaron el otorgamiento de la concesión ratifica el mantenimiento de aquellos beneficios fiscales fundados en el carácter de la actividad objeto de la concesión, siendo, por tanto, indiferente a estos fines que las actividades objeto de la concesión se realicen por el concesionario o por el cesionario del uso.

**Cuarta.-** El cesionario del uso de la concesión tiene la condición de interesado en los procedimientos administrativos que se sigan en relación con la caducidad, modificación y revisión de la concesión.

**Quinta.-** En relación con el rescate de la concesión, el cesionario del uso de la misma ostenta la condición de interesado, debiendo citarle preceptivamente la Autoridad Portuaria en el procedimiento que se siga para acordar el rescate de aquélla. No tiene derecho a percibir de forma directa e independiente la indemnización que le corresponda, debiendo hacer valer su derecho a la misma sobre el justiprecio reconocido en la indemnización principal, esto es, sobre el justiprecio reconocido al concesionario.

## **123.- Informe sobre cancelación de un aval bancario constituido en garantía de las obligaciones contraídas por el otorgamiento de una concesión portuaria.**

### **Resumen**

Consulta sobre la cancelación de un aval bancario constituido en garantía de las obligaciones contraídas por el otorgamiento de una concesión portuaria. Posible colisión entre el régimen de la garantía que resulta de las normas legales de aplicación y el que deriva de las condiciones contractuales en que aquella fue constituida y aceptada. Análisis del artículo 118.3 de la Ley 48/2003, que establece la pérdida de la garantía constituida en caso de renuncia al título y del documento de aval constituido donde se recogen las obligaciones del concesionario de las que responderá el avalista sin mención alguna a la pérdida del aval en caso de renuncia al título concesional.

Improcedencia de la ejecución del aval a pesar de la renuncia, dando primacía a las obligaciones contraídas en el documento de aval en base a las exigencias de la buena fe y de la confianza legítima, que han de presidir el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 del Código Civil), la ejecución de los contratos (artículo 1258 del Código Civil) y las relaciones la Administración y los administrados (artículo 3 de la Ley 30/1992). Interpretación restrictiva, en todo caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1827 del Código Civil.

**Ref:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 21/14 (R-752/14)

**Fecha:** 2 de octubre de 2014.

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, de conformidad con lo prevenido en el artículo 27.1 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, el proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en Pontevedra sobre la cancelación de un aval bancario constituido en garantía de las obligaciones contraídas por el otorgamiento de una concesión portuaria. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Vigo, en sesión celebrada el 25 de febrero de 2005, otorgó a la entidad “XXX, S.A.” una concesión para la construcción y explotación de un puerto deportivo en el lugar de O Salgueirón, término municipal de Cangas de O Morrazo.
- 2) El pliego de condiciones de la concesión, incorporado como “Disposiciones generales” a la misma, preveía (disposición 5ª) que dentro del plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución, el concesionario debía consignar en la Autoridad Portuaria, y a disposición de la Presidencia de la misma, la fianza definitiva o de construcción, equivalente al 5% del presupuesto total de las obras, en metálico o aval bancario. Dicha fianza –prosigue la disposición–, “responderá, no solo de la ejecución de las obras, sino también del resto de las obligaciones derivadas de esta concesión, incluyendo expresamente la garantía del cumplimiento de las obligaciones de compensación a los titulares de autorizaciones para faenar en la zona afectada por las obras, de acuerdo con lo que establezca la administración competente en la concesión de dichas autorizaciones”.

- 3) El 22 de abril de 2005, la concesionaria presentó ante la Autoridad Portuaria de Vigo un aval prestado por una entidad de crédito que textualmente garantizaba ante el Presidente de la Autoridad Portuaria a la concesionaria:

“(…) por las deudas que contraiga el afianzado ante la Autoridad Portuaria de Vigo por las obligaciones derivadas de las liquidaciones realizadas por cualquiera de las tasas y/o tarifas aprobadas por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Vigo de acuerdo con lo establecido en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, por las tasas devengadas por cualquier concesión o autorización de la que sea titular, y por cualesquiera indemnizaciones, penalidades o multas que se originen con ocasión del ejercicio de las actividades del avalado. Asimismo se hace constar que el presente Aval garantiza el cumplimiento de las obligaciones de compensación a que está sujeto el afianzado con el objeto de paliar la afección de los caladeros de pesca y la pérdida de fondos marinos para el marisqueo y la recolección de algas comestibles”

- 4) “XXX, S.A.” fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra de fecha 19 de noviembre de 2012. Por auto de 5 de febrero de 2013 se acordó la apertura de la fase de liquidación; con fecha de 12 de abril siguiente se dictó auto por el que se aprobó el plan de liquidación formulado por la administración concursal y en el que se preveía la renuncia a la concesión otorgada.
- 5) Mediante escrito de fecha 29 de enero de 2013, la administración concursal de “XXX, S.A.” manifestó su voluntad de renunciar a la concesión, siendo aceptada la renuncia por resolución del Consejo de Administración de 22 de marzo de 2013 que declaró extinguida la concesión, quedando firme y consentida dicha resolución.
- 6) Por escrito fechado el 24 de abril de 2014, con entrada en la Autoridad Portuaria el día siguiente, la administración concursal solicitó la cancelación del aval constituido o la justificación de los motivos que lo impidiesen.
- 7) El 12 de junio de 2014 se solicitó por la Autoridad Portuaria a la Abogacía del Estado en Pontevedra informe sobre la devolución del aval solicitada. Dicha Unidad emitió, el 18 de junio siguiente, un informe acerca de la contradicción entre el régimen de la garantía que resulta de las normas legales de aplicación y el que deriva de la condiciones contractuales en que aquélla fue constituida y aceptada.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Tal y como se comienza diciendo en el proyecto de informe remitido, dada la fecha de otorgamiento de la concesión, resulta aplicable la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (Ley 48/2003) que en su artículo 118 se refería a la garantía provisional y a la garantía definitiva que habían de prestar los solicitantes de concesiones administrativas sobre el dominio público portuario y los concesionarios. El actual Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), reproduce literalmente en su artículo 93 la regulación contenida en el artículo 118 de la Ley 48/2003.

Pues bien, centrándose la cuestión sometida al parecer de este Centro Directivo, como se ha dicho, en la colisión entre el régimen de la garantía que resulta de las normas legales de aplicación y el que deriva de la condiciones contractuales en que aquélla fue constituida y aceptada, hay que partir, en primer lugar, de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 118 de la Ley 48/2003 que preceptuaba lo siguiente:



“Otorgada la concesión, se constituirá garantía definitiva o de construcción equivalente al cinco por ciento del presupuesto total de las obras e instalaciones adscritas a la concesión incluidas en el proyecto, que responderá de la ejecución de las obras y del resto de las obligaciones derivadas de la concesión”

El apartado 3 del artículo 118 añadía que:

“Si el interesado desistiera injustificadamente, a juicio de la Autoridad Portuaria, de la petición o renunciara al título, perderá la garantía constituida.”

El pliego de condiciones de la concesión, como se ha expuesto también, preveía la constitución por la concesionaria de la garantía definitiva o de construcción en los términos previstos en el artículo 118.2 de la Ley 48/2003, aunque nada indicaba acerca de la posible pérdida de la garantía constituida por desistimiento injustificado de la petición o renuncia al título.

Sobre esta base se constituyó la garantía en forma de aval bancario a primer requerimiento en garantía de las obligaciones recogidas en el documento de aval aportado y que son las siguientes:

- Obligaciones derivadas de las liquidaciones realizadas por cualquiera de las tasas y/o tarifas aprobadas por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Vigo.
- Tasas devengadas por cualquier concesión o autorización de la que sea titular el afianzado.
- Indemnizaciones, penalidades o multas que se originen con ocasión del ejercicio de la actividad del avalado.
- Obligaciones de compensación a que esté sujeto el afianzado con el objeto de paliar la afección de los caladeros de pesca y la pérdida de fondos marinos para el marisqueo y la recolección de algas comestibles.

De los datos suministrados y una vez extinguida la concesión por renuncia del concesionario (aceptada por la Autoridad Portuaria), se deduce que el concesionario no tiene pendiente obligación alguna de las previstas en el documento de aval y por las que estaría obligado a responder la entidad de crédito avalista. No obstante ello, habiéndose producido la renuncia al título concesional, surge la duda de si la renuncia a ese título determinaría, de acuerdo con el tenor literal del artículo 118.3 de la Ley 48/2003 (actualmente, artículo 93.3 del TRLPEMM), la pérdida de la garantía constituida, con la consiguiente obligación de la entidad avalista de entregar a la Autoridad Portuaria la totalidad de la suma garantizada.

Lo que en rigor se produce es una colisión o conflicto entre el contenido del aval, en el que se recogen las concretas obligaciones por las que debe responder el avalista y que están en línea con la previsión contenida en el artículo 118.2 de la Ley 48/2003, según el cual la garantía definitiva o de construcción responderá de la ejecución de las obras y del resto de las obligaciones derivadas de la concesión, y la existencia de una prescripción legal que, con independencia de lo anterior, establece que la renuncia al título concesional determina la pérdida de la garantía constituida (artículo 118.3 de la Ley 48/2003).

Es cierto que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, según el artículo 6.1 del Código Civil y que, en este sentido, al margen de las concretas obligaciones de las que responde el avalista según el documento de aval, puede argumentarse que por encima de ellas está la previsión legal contenida precisamente en el precepto dedicado a las garantías provisional y definitiva en las concesiones sobre el dominio público portuario, según la cual la renuncia al título determina la pérdida de la garantía constituida, lo que obligaría al avalista, por este solo hecho, a entregar la suma garantizada a requerimiento de la Autoridad Portuaria.

Ahora bien, frente a ello, no puede desconocerse que la entidad avalista limitó su responsabilidad, siendo aceptado el aval por la Autoridad Portuaria, a unas concretas obligaciones para el caso de que fuesen incumplidas por el concesionario, lo que, como se ha dicho reiteradamente, no ha ocurrido, sin que en el texto del documento contractual en el que deben plasmarse las obligaciones a cargo del avalista se haya hecho referencia alguna a la posible pérdida de la garantía constituida en caso de renuncia al título concesional.

- II -

Así las cosas, debe entenderse, a juicio de este Centro Directivo, que en el caso a que se refiere el presente informe no procede la ejecución del aval prestado, y ello con fundamento en las siguientes consideraciones:

- 1) El aval se constituyó de buena fe (así ha de presumirse), siendo aceptada la garantía por la Autoridad Portuaria (pese a no recogerse la pérdida de la garantía constituida por renuncia a la concesión); siendo ello así, las exigencias de la buena fe y de la confianza legítima que han de presidir en todo caso el ejercicio de los derechos (artículo 7.1 del Código Civil) y la ejecución de los contratos (artículo 1258 del Código Civil) y, de modo particular, las relaciones entre la Administración y los administrados (artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) conducen a entender que no procede acordar la incautación del aval.
- 2) Es regla característica del contrato de fianza (una de cuyas modalidades es el aval, en cuanto al alcance o extensión de las obligaciones asumidas por el fiador (avalista), la de su interpretación restrictiva, tal y como resulta del artículo 1827 del Código Civil, según el cual “la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella”. Es por ello por lo que en el caso de que se trata no procede la ejecución del aval, al no recogerse como contenido de la obligación de la entidad avalista la entrega de la garantía constituida por ella en caso de renuncia a la concesión.

Alcanzada la anterior conclusión –improcedencia de ejecutar el aval, exigiendo su entrega en la entidad avalista–, este Centro Directivo aconseja, y así lo propone, que para evitar situaciones como la producida se formalice un modelo de aval en el que, además de recogerse las obligaciones legales de que responde el concesionario y que actualmente enumera el artículo 93.2 del TRLPEMM, se recoja igualmente y de forma expresa la incautación de la garantía en el caso de renuncia a la concesión tal y como establece el artículo 93.3 del texto legal

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

No obstante la renuncia a la concesión, no resulta procedente la incautación de la garantía constituida a favor de la sociedad “XXX, S.A.”

## **124.- Informe sobre la posibilidad de conceder a una entidad la prórroga de una concesión otorgada a la misma para construir una zona deportiva en la zona de servicio del puerto, permitiendo el uso hotelero del que dispone en la actualidad.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posibilidad de conceder a una entidad una posibilidad de conceder a una entidad la prórroga de la concesión otorgada a la misma para construir una zona deportiva en la zona de servicio del puerto de Alcudia, permitiendo el uso hotelero del que dispone en la actualidad.

No es posible otorgar la prórroga de cinco años del artículo 82.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM) a la concesión administrativa otorgada el 29 de julio de 1988 a la entidad para construir una zona deportiva en la zona de servicio del puerto de Alcudia, de acuerdo con la disposición transitoria segunda.1.cinco del TRLPEMM, por incluirse en la misma un edificio destinado a hotel residencia, lo cual resulta contrario a lo prevenido en el artículo 72.3 del mismo TRLPEMM.

El concesionario puede solicitar una ampliación del plazo inicial de la concesión, que no podrá ser superior al tercio del plazo inicial, antes del 5 de enero de 2015, de conformidad con las previsiones contenidas en la disposición transitoria décima del TRLPEMM, añadida al mismo por el artículo 56.Cinco del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que entró en vigor el 5 de julio siguiente.

**Ref:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 17/14(R-716/14)

**Fecha:** 12 de septiembre de 2014

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

El Abogado del Estado- Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con Puertos del Estado ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Illes Balears sobre la posibilidad de conceder a la entidad "XXX, S.A." la prórroga de la concesión otorgada a la misma para construir una zona deportiva en la zona de servicio del puerto de Alcudia, permitiendo el uso hotelero del que dispone en la actualidad.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1.- Por acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de julio de 1988 se otorgó a la entidad XXX,S.A. (hoy S.L.), al amparo de la Ley 55/1969, de 26 de abril, de Puertos Deportivos, una concesión administrativa para construir una zona deportiva en la zona de servicio del puerto de Alcudia.

La concesión, según la condición 2ª, se otorgó por un plazo de 30 años, sin posibilidad de prórroga.

2.- Por resolución de 11 de febrero de 1999, se modificó la condición 3ª del Proyecto al que debían ajustarse las obras. En dicha condición 3ª se preveía la construcción del llamado Poblado Marinero. En este sentido, se afirma en el proyecto de informe remitido, que, en el artículo 6 del Reglamento de ejecución de la Ley 55/1969, se preveía que, en los puertos de invernada, existirán unidades de habitación de uso público, cuyo número no será inferior

al 5% del número de atraques y que, al cumplimiento de esta norma, responde el proyecto de Poblado Marinero.

Las obras de la concesión y en concreto las del Poblado Marinero fueron ejecutadas conforme a las modificaciones del proyecto aprobadas y así se recoge en el acta de reconocimiento de las mismas levantada el 28 de febrero de 2000.

- 3.- El 30 de septiembre de 2002, la Autoridad Portuaria de Baleares emitió un informe, firmado por los entonces Director y Presidente, en el que, entre otras cosas, se señalaba que “la expresión de Poblado Marinero, más bien ha de corresponder a una ocupación relacionada con el turismo que no a otra de tipo residencial, lo cual es consecuente con la documentación aportada de origen municipal. Así pues, determinados los usos posibles con arreglo al Reglamento y Proyecto citados, entiende esta Dirección que el uso – por estos antecedentes – no se opone ni se encuentra prohibido dentro de la concesión administrativa de referencia.”
- 4.- El 7 de marzo de 2003, la entidad YYY,S.A. solicita a la Consellería de Turismo del Govern de las Illes Balears, autorización para la apertura de un establecimiento denominado Hotel Apartaments YYY, con una categoría de 4 estrellas y una capacidad de 106 unidades de alojamiento y 201 plazas situado en el Puerto Deportivo del Puerto de Alcudia. Con todos los informes pertinentes favorables, la Consellería de Turismo otorgó en fecha 28 de mayo de 2003 la citada autorización para la explotación de un Hotel Apartamento de cuatro estrellas en el referido Poblado Marinero, bajo el nombre de ZZZ.
- 5.- El 23 de julio de 2014 el Presidente de la Autoridad Portuaria de Baleares solicita informe a la Abogacía del Estado sobre si es posible la concesión de una prórroga de 5 años (de 30 a 35 años) del artículo 82.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Puertos a la entidad XXX, S.L. permitiéndole continuar con la explotación del Hotel Apartamento Botel Alcudiamar de la que disfruta en la actualidad.
- 6.- El 29 de julio de 2014, se emite proyecto de informe por la Abogacía del Estado en las Islas Baleares en el que, en base a una serie de consideraciones jurídicas, se muestra favorable al otorgamiento de la prórroga por cinco años solicitada.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La respuesta en Derecho a la cuestión suscitada hace necesario referirse, en primer término, a la concesión administrativa otorgada por el Consejo de Ministros a la entidad XXX, S.A. el 29 de julio de 1988, al amparo de lo dispuesto en la Ley 55/1969, de 26 de abril de Puertos Deportivos y en el Reglamento de ejecución de la misma, aprobado por Real Decreto 2486/1980, de 26 de septiembre. para construir una Zona Deportiva en la zona de servicio del puerto de Alcudia,

En este sentido, el artículo 15 de la Ley 55/1969, de Puertos Deportivos, vigente en el año 1988, preveía que “la construcción y explotación de puertos deportivos por clubs náuticos u otros deportivos con actividades náuticas y demás personas jurídicas o naturales, de nacionalidad española, deberá ser solicitada al Ministerio de Obras Públicas, acompañando a la petición, el proyecto y demás documentos que se determinen reglamentariamente (...).”

Por su parte, los artículos 26 y siguientes del Reglamento para la ejecución de esa Ley desarrollan el procedimiento concreto para obtener la concesión oportuna, procedimiento que, dada la remisión que hace el artículo 27 del mismo al artículo 22, concluye, como aquí ha ocurrido, con una resolución del Consejo de Ministros.

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, derogó expresamente la Ley 55/1969, de Puertos Deportivos (disposición derogatoria única.2.o), si bien la disposición transitoria Cuarta, relativa a las autorizaciones y concesiones, comienza diciendo que “sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas (...)”. Ello permitió salvar plenamente la concesión de referencia otorgada en el año 1988 por un plazo improrrogable de 30 años.

Como se ha indicado, en el año 1999 se modifica una de las condiciones de la concesión, la 3ª, donde se preveía, como se ha expuesto, la construcción del llamado Poblado Marino. La citada infraestructura, según se indica en el proyecto de informe remitido, encuentra su fundamento en el artículo 6 del Reglamento de ejecución de la Ley 55/1969, donde se dispone que, en los puertos de internada, puedan existir un número determinado de unidades de habitación de uso público, si bien, posteriormente, en el año 2002, tal y como se recoge en los antecedentes de este informe, se entendió que la expresión Poblado Marino había de corresponder más bien a una ocupación relacionada con el turismo, posibilitando ello después que, en el año 2003, la entidad ZZZ, S.A. solicitara y obtuviera autorización para la apertura y explotación de un establecimiento hotelero. Desde esa esa fecha hasta la actualidad se mantiene ese uso hotelero

- II -

Dando ya respuesta a la cuestión concreta suscitada que no es otra que la posibilidad de obtener la prórroga por 5 años de la concesión, de acuerdo con el artículo 82.2.b) del TRLPEMM, permitiendo a la concesionaria continuar, durante ese plazo adicional, con la explotación del Hotel- Apartamento, el punto de partida, como bien dice el proyecto de informe, no es otro que la actual disposición transitoria segunda.1.cinco del TRLPEM.

Esa disposición transitoria lleva por título, “Régimen transitorio de las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, cuya vigencia se mantiene” y comienza diciendo que, “a los solos efectos de la regulación de los supuestos en ellas previstos y con el alcance que de ellas resulta, se mantiene la vigencia de las disposiciones transitorias de las leyes que se citan en los términos siguientes:

De la Ley 27/1992, de 24 de noviembre.

a) La disposición transitoria cuarta sobre autorizaciones y concesiones

“Uno. Sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables que se adaptarán a lo prevenido en dicha Ley y disposiciones que la desarrollen

(...)

Cinco. En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre en condiciones que se opongan a lo establecido en esta ley o en las disposiciones que al desarrollen y, en particular, la que diera lugar a un plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años.”

Como bien dice el proyecto de informe, esa disposición debe ponerse en relación con el artículo 72.3 del TRLPEMM que, de forma taxativa, establece que “están prohibidas aquellas

ocupaciones y utilizaciones del dominio público portuario que se destinen a edificaciones para residencia o habitación (...):”

Del tenor de ese precepto se deduce con claridad que no es posible otorgar la prórroga solicitada pues el dominio público está ocupado por un inmueble dedicado a residencia o habitación o, dicho de otra manera, a explotación hotelera, actividad prohibida claramente dentro del dominio público portuario.

A ello no es obstáculo el hecho de que la concesión fuera otorgada en su momento, en el año 1988, por el Consejo de Ministros no pudiéndose, en absoluto, equiparar la resolución del Consejo de Ministros que puso fin en su día al procedimiento de concesión para la construcción de un puerto deportivo, de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Puertos Deportivos, con la regla especial contenida en el artículo 72.4 del TRLPEMM que, excepcionalmente, por razones de interés general debidamente acreditadas y previo informe de Puertos del Estado, permite al Consejo de Ministros levantar la prohibición de instalaciones hoteleras en espacios del dominio público portuario destinados a zonas de actividades logísticas y, especialmente, a usos vinculados a la interacción puerto- ciudad, que nada tienen que ver con los usos náutico-deportivos (artículo 72.1.c del TRLPEMM), destino de la concesión de referencia, haciendo inaplicable, en todo caso, dicha regla.

No es admisible, por tanto, desde un punto de vista jurídico, el amparo de la prórroga solicitada en la resolución del Consejo de Ministros de 1988, otorgando, con carácter ordinario, la concesión para la construcción del puerto deportivo y del llamado Poblado Marinero, en los términos del artículo 6 del Reglamento, ante los claridad de la disposición transitoria segunda.1.cinco del TRLPEMM que prohíbe de forma taxativa (“en ningún caso” comienza) la prórroga de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, en condiciones que se opongan a lo establecido en la ley y esta, ya se ha dicho, prohíbe la ocupación del dominio público con inmuebles dedicados a residencia o habitación.

En consecuencia, no es posible otorgar la prórroga por cinco años del plazo concesional del artículo 82.2.b) del TRLPEMM al prohibirse taxativamente por la actual disposición transitoria segunda.1.cinco del TRLPEMM el otorgamiento de prorrogas de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, como es el caso, en condiciones que se opongan a lo establecido en esa Ley, siendo obvio que la existencia, dentro del dominio público ocupado por una concesión para usos náutico- deportivos, de una instalación hotelera resulta contraria a la prohibición de dichas instalaciones en el citado dominio público portuario establecida en el artículo 72.3 del TRLPEMM.

- III -

Ahora bien, la imposibilidad legal del otorgamiento de la prórroga solicitada no significa, como se va a exponer y se llega a insinuar en el proyecto de informe remitido, que el concesionario no pueda solicitar una ampliación del plazo concesional al amparo de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, añadida al mismo por el artículo 56.Cinco del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que entró en vigor el 5 de julio siguiente, día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición final quinta).

La citada disposición transitoria lleva por título “Ampliación del plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”, y viene a configurar una categoría especial, la ampliación del plazo concesional, diferente a la prórroga del plazo concesional regulada en el artículo 82.2 del TRLPEMM.

En este sentido, el apartado 1 de esa nueva disposición comienza diciendo que “el plazo inicial de las concesiones otorgadas con anterioridad a la a entrada en vigor de esta Ley (se está refiriendo a la Ley 27/1992) podrá ser ampliado por la Autoridad Portuaria, a petición del

concesionario y previo informe favorable de Puertos del Estado, cuando el concesionario se comprometa a, por lo menos, alguno de los siguientes supuestos: (...).

Como se observa, no se habla ya de prórroga del plazo concesional (en los términos, –se entiende–, del artículo 82.2 del TRLPEMM) sino de ampliación del plazo inicial de las concesiones, no existiendo en la disposición citada una previsión similar a la contenida en la disposición transitoria segunda.1.cinco del TRLPEMM que, como se ha visto, prohibía tajantemente el otorgamiento de prórrogas en condiciones que se opusieran a lo establecido en la ley, por lo que sería factible indicar al concesionario que recondujera su pretensión de alargar el plazo concesional a esta disposición transitoria décima.

Los supuestos que permitirían la ampliación del plazo inicial de treinta años de la concesión, no transcurrido aún, son los mencionados en la nueva disposición transitoria décima, no pudiendo la ampliación del plazo ser superior al tercio del plazo inicial. Deben cumplirse, por otro lado, como es obvio con la totalidad de las previsiones recogidas en la misma.

El concesionario, por último, dispondrá de un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley (plazo que concluirá el 5 de enero de 2015) para formular su solicitud ante la Autoridad Portuaria, que deberá ir acompañada de las memorias económico- financieras de la concesión en el momento de su otorgamiento y en el momento de la solicitud de ampliación, en la que se incluya los compromisos de inversión, la contribución a la financiación de infraestructuras de conexión y de mejora de las redes de transporte y/o la rebaja tarifaria propuesta (apartado 2 de la disposición).

En virtud de lo expuesto, se formulan las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** No es posible otorgar la prórroga de cinco años del artículo 82.2.b) del TRLPEMM a la concesión administrativa otorgada el 29 de julio de 1988 a la entidad XXX,S.A. para construir una zona deportiva en la zona de servicio del puerto de Alcodía, de acuerdo con la disposición transitoria segunda.1.cinco del TRLPEMM, por incluirse en la misma un edificio destinado a hotel residencia, lo cual resulta contrario a lo prevenido en el artículo 72.3 del mismo TRLPEMM.

**Segunda.-** El concesionario puede solicitar una ampliación del plazo inicial de la concesión, que no podrá ser superior al tercio del plazo inicial, antes del 5 de enero de 2015, de conformidad con las previsiones contenidas en la disposición transitoria décima del TRLPEMM, añadida al mismo por el artículo 56.Cinco del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que entró en vigor el 5 de julio siguiente.

## **125.- Informe sobre diversas cuestiones relativas a la concurrencia de la legislación portuaria y la del sector eléctrico en materia de ocupación de dominio público por líneas aéreas eléctricas de alta tensión.**

### **Resumen**

Consulta sobre diversas cuestiones relativas a la concurrencia de la legislación portuaria y la del sector eléctrico en materia de ocupación de dominio público por líneas aéreas eléctricas de alta tensión.

- 1) Es necesaria la autorización de la Ministra de Fomento a que se refiere el artículo 72.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, para otorgar cualquier concesión que ampare el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público portuario con independencia de que se trate del otorgamiento de una nueva concesión o de la renovación de una concesión existente al amparo del artículo 91 de dicho texto legal.
- 2) Comparte este Centro Directivo las consideraciones realizadas en la solicitud de informe acerca del alcance de los conceptos jurídicos indeterminados “circunstancias excepcionales y de utilidad pública” que establece el artículo 72.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, así como sobre los extremos que han de valorarse a fin de que puedan autorizarse los tendidos aéreos de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público portuario.
- 3) La coexistencia de competencias distintas –en materia energética y en materia portuaria– no significa, por más que la titularidad de dichas competencias quede residenciada en la Administración del Estado, que cuando la Administración competente en materia portuaria tenga que tramitar la renovación de las concesiones a la que se refiere el artículo 91 del repetido texto legal pueda prescindir de la necesaria autorización del Ministro de Fomento para levantar la prohibición del tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión sobre el dominio público portuario.
- 4) La Autoridad Portuaria competente para el otorgamiento de la autorización para la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica debe tener presente, en la determinación de los posibles sujetos que pretendan realizar esa actividad, la normativa eléctrica que limita dichos sujetos a los que tengan la consideración de empresas distribuidoras.
- 5) Tanto por aplicación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y por aplicación del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su condición de normas sectoriales, como por aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su condición de norma general, corresponde al concesionario, una vez extinguida la concesión, asumir el coste de desmantelamiento o retirada de las obras, instalaciones y equipos de transporte, distribución, producción de energía eléctrica y líneas directas que hubiese realizado en el dominio público portuario.
- 6) Si el Ministro de Fomento no autorizase el tendido aéreo y quien solicitase la concesión siguiese teniendo interés en la ocupación del dominio público portuario, la Autoridad Portuaria podría imponer, con fundamento en el artículo 72.3 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el soterramiento de la línea y a costa del concesionario.
- 7) La asunción del coste de la variación del trazado de la línea eléctrica corresponderá a la Administración Pública competente para la aprobación del plan o proyecto del que derive la necesidad de variar el trazado del tendido; en consecuencia si la variación del trazado viene impuesta por un plan o proyecto elaborado por la correspondiente Autoridad Portuaria, será de cuenta de ésta asumir el coste que suponga la variación.

**Ref:** A.G. ENTES PÚBLICOS 56/14(R-774/14)

**Fecha:** 27 de octubre de 2014

**Ponentes:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla



## Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta remitida por el Presidente de Puertos del Estado, con arreglo a lo previsto en el convenio de asistencia jurídica suscrito entre la Administración General del Estado y dicha entidad pública, sobre diversas cuestiones relativas a “la concurrencia de la legislación portuaria y la del sector eléctrico en materia de ocupación de dominio público por líneas aéreas eléctricas de alta tensión”. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo informa lo siguiente:

- I -

La primera y más importante de las cuestiones planteadas en la consulta consiste en determinar si, como se dice en el escrito de consulta, “para el otorgamiento de cualquier concesión que ampare el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público portuario” es necesaria la autorización del Ministro de Fomento.

Para la mejor comprensión de la cuestión planteada, se debe comenzar indicando que el artículo 55.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), por primera vez y sin excepción alguna, prohibió la ocupación y utilización del dominio público portuario con destino, entre otros usos que no hacen al caso, al tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión.

En efecto, el citado precepto legal, que llevaba por rúbrica “Actividades, instalaciones y construcciones permitidas”, después de establecer en su apartado 1 que en la zona de servicio de los puertos solo podrían llevarse a cabo las actividades, instalaciones o construcciones que fuesen acordes con los usos portuarios y con los fines propios de las Autoridades Portuarias, dispuso en su apartado 2 lo siguiente:

“En concreto, quedan prohibidas aquellas ocupaciones y utilizaciones del dominio público portuario que se destinen a edificaciones para la residencia o habitación, al tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión (...):”

Por tanto, y de conformidad con lo establecido en dicho precepto, desde la fecha de entrada en vigor de la LPEMM (lo que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1992) quedó prohibida la ocupación y utilización del dominio público portuario con tendidos aéreos para líneas eléctricas de alta tensión, sin que se admitiese, como se ha dicho, excepción alguna.

No fue hasta el año 2003, con motivo de la aprobación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, cuando se dulcificó esa prohibición.

En este sentido, el artículo 94 de la Ley 48/2003, tras reiterar en su apartado 3 la prohibición de las ocupaciones y utilizaciones de dominio público portuario con destino al tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión, en su apartado 4, segundo párrafo, exceptuó esa prohibición, disponiendo que “el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión podrá ser autorizado por el Ministro de Fomento cuando se aprecien circunstancias excepcionales y de utilidad pública.” Dicho precepto legal pasó con idéntica redacción al artículo 72.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM).

De acuerdo con dichas normas, y como bien se dice en la solicitud de informe, rige con carácter general la prohibición de ocupaciones y utilizaciones del dominio portuario con destino al tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión, si bien, a partir de la entrada en vigor de la Ley 48/2003, el Ministro de Fomento puede autorizar dicho tendido cuando se aprecien circunstancias excepcionales y de utilidad pública.

De lo expuesto hasta ahora puede decirse que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 48/2003, cuando se pretenda ex novo tender una línea eléctrica de alta tensión dentro del dominio público portuario será necesario recabar la autorización expresa del Ministro de Fomento, que la otorgará cuando se aprecien circunstancias excepcionales y de utilidad pública.

Ahora bien, la cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo se suscita con ocasión de la renovación de las concesiones portuarias a las que se refiere el artículo 91 del TRLPEMM.

Este precepto, reproduciendo el contenido del artículo 116 de la Ley 48/2003, que había seguido, a su vez, las pautas del artículo 66.3 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, bajo la rúbrica de “Renovación de determinadas concesiones”, dispone lo siguiente:

- “1. Cuando el objeto de una concesión de ocupación de dominio público portuario, extinguida por el transcurso del plazo previsto en el artículo 82 de esta ley, fuese el ejercicio de una actividad amparada por otro título otorgado por la Administración General del Estado por un plazo superior, para la extracción de recursos minerales o para usos energéticos o industriales, su titular podrá solicitar, con antelación a su extinción, que se le otorgue una nueva concesión de ocupación de dominio público portuario por un plazo igual al que reste de vigencia a la concesión de la actividad extractiva, energética o industrial, con un máximo de 35 años. Esta renovación de la concesión podrá reiterarse hasta completar el plazo superior.
2. Para el otorgamiento de la nueva concesión de utilización del dominio público, será condición necesaria que se mantenga la misma actividad para la que se otorgó la concesión inicial, que se encuentre el concesionario al corriente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la anterior concesión, y que sean aceptadas las condiciones del nuevo título concesional”

A la vista de este precepto, la cuestión se suscita en relación con aquellas concesiones de ocupación del dominio público portuario cuyo objeto fuese el ejercicio de una actividad amparada por otro título otorgado por la Administración General del Estado, con anterioridad a la entrada en vigor de la LPEMM y por un plazo superior al de la concesión de dominio público portuario, para la extracción de recursos minerales o para usos energéticos o industriales. En este supuesto, el titular de la concesión de dominio público portuario puede solicitar, con antelación a su extinción, el otorgamiento de una nueva concesión por un plazo igual al que reste de vigencia al título por el que se le autorizó la actividad de extracción de recursos minerales o los usos energéticos o industriales, suscitándose la duda, ante la inexistencia de disposición transitoria alguna en la Ley 48/2003, sobre la necesidad o no de solicitar en este supuesto la autorización del Ministro de Fomento a que se refiere el artículo 72.4 del TRLPEMM.

La respuesta al anterior interrogante ha de ser afirmativa, en línea con lo argumentado por Puertos del Estado en su solicitud de informe. Las razones que llevan a este Centro Directivo a mantener este criterio son las siguientes:

- 1) La literalidad del artículo 91 del TRLPEMM (primer criterio interpretativo de las normas jurídicas según el artículo 3.1 del Código Civil), ya que dicho precepto alude a “nueva concesión” y a “nuevo título concesional”. Se trata, como acertadamente se indica en la solicitud de informe, de una nueva concesión distinta de la primera respecto de la cual se prevé la posibilidad de que se impongan nuevas condiciones, como viene claramente a señalar el último inciso del apartado 2 del precepto (“ y que sean aceptadas las condiciones del nuevo título concesional”).

Si se trata, como es el caso, del otorgamiento de una nueva concesión de ocupación del dominio público portuario y no de una mera prórroga de la concesión inicialmente otorgada, para el tendido aéreo de líneas de alta tensión habrá que tener en cuenta, como es lógico, la normativa vigente al tiempo del otorgamiento del nuevo título concesional y dicha normativa no es otra que la constituida por el artículo 72, apartados 3 y 4, del TRLPEMM que, por una parte, prohíbe la ocupación del demanio portuario por tendidos aéreos de líneas eléctricas de alta

tensión y, por otra parte, admite que dichos tendidos puedan ser autorizados por el Ministro de Fomento cuando se aprecien circunstancias excepcionales y de utilidad pública.

- 2) La locución “tendido,” empleada por el artículo 72.4 del TRLPEMM, queda referida al sustantivo y no a un tiempo verbal como lo prueba la circunstancia de que dicho término sea calificado por un adjetivo (“aéreo”) y vaya seguido de un genitivo (“de líneas eléctricas”). Así las cosas, no cabe interpretar el citado precepto legal en el sentido de que la necesaria autorización del Ministerio de Fomento sólo es exigible a los tendidos que proyectasen realizarse tras la entrada en vigor de Ley 48/2003 y no a los tendidos existentes en concesiones de dominio público portuario otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 48/2003 y que precisen de la renovación a que se refiere el artículo 91 del TRLPEMM.
- 3) El criterio que aquí se mantiene queda confirmado por la regla contenida en la disposición transitoria cuarta.1.a).Cinco del TRLPEMM, en relación con el artículo 91 del TRLPEMM.

La disposición transitoria indicada establece que “en ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en condiciones que se opongan a lo establecido en esta ley o en las disposiciones que la desarrollen...” El artículo 72.3 del TRLPEMM prohíbe expresamente, como se ha indicado antes, la ocupación del demanio portuario con destino al tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión.

Pues bien, si, con arreglo a la disposición transitoria de que se ha hecho mención, en ningún caso puede otorgarse una prórroga del plazo de una concesión existente a la entrada en vigor de la LPEMM en condiciones que se opongan a lo establecido en dicho texto legal, y no cabe duda de que la condición que permitiese el tendido aéreo de una línea eléctrica de alta tensión no autorizado por el Ministro de Fomento sería contraria a la vigente legislación portuaria, con igual o mayor motivo no podrá otorgarse, al amparo del artículo 91 del TRLPEMM, una nueva concesión en la que se admita, salvo que lo autorice el Ministro de Fomento, el tendido aéreo de una línea eléctrica de alta tensión.

- 4) De entenderse que la autorización prevista en el artículo 72.4 del TRLPEMM no es aplicable a las concesiones a que se refiere el artículo 91 de dicho texto legal, esto es, a las concesiones cuyos titulares se acojan a la renovación prevista en dicho precepto por un plazo igual al que reste de vigencia a la concesión a la actividad extractiva, energética o industrial, se produciría lo que ha venido a denominarse una petrificación del ordenamiento jurídico que impediría la aplicación, durante un dilatado periodo de tiempo, del régimen dispuesto por el precepto legal primeramente citado, lo que resulta incoherente.

En este sentido, puede traerse a colación la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia nº 73/2000 en la que se declara lo siguiente: “pues bien, dado que la Sala no ha formulado tacha alguna de arbitrariedad en cuanto al contenido del nuevo régimen jurídico de las zonas periféricas de protección de las Reservas naturales establecido por la Ley Foral 9/1996, es evidente que, si se prescinde de la indicada premisa por las razones ya expuestas, el presupuesto de la duda de inconstitucionalidad sólo radicaría en el hecho de que, estando pendiente la resolución del recurso contencioso-administrativo, el legislador navarro ha modificado la normativa que fue aplicada por los órganos jurisdiccionales en el proceso a quo. Pero en tal supuesto resulta difícil admitir que la Ley cuestionada incurra en arbitrariedad, pues es claro que lo contrario supondría constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una determinada materia o de un concreto sector del Ordenamiento; y conduciría, en última instancia, a la petrificación de cualquier régimen normativo tan pronto se hubiera dictado una sentencia aplicando el régimen jurídico precedente. De lo que resultaría, en suma, que el ordenamiento perdería el carácter evolutivo y dinámico que es propio de los sistemas normativos modernos”

Así las cosas, parece claro que la previsión contenida en el artículo 72.4 del TRLPEMM, relativa a la necesidad de que el Ministro de Fomento, cuando se aprecien circunstancias excepcionales y de utilidad pública, autorice el tendido de líneas eléctricas de alta tensión sobre el

dominio público portuario, resulta aplicable a los concesionarios que se acojan a la renovación de sus títulos con fundamento en lo dispuesto en el artículo 91 del TRLPEMM.

5) Por último, y desde otra perspectiva, debe señalarse que la aplicación del artículo 72.4 del TRLPEMM no se puede obviar entendiendo que el título habilitante para el ejercicio de una actividad extractiva, energética o industrial a que se refiere el artículo 91 del TRLPEMM supliría la autorización del Ministro de Fomento para excepcionar la prohibición de tendido aéreo de línea eléctrica de alta tensión a que se refiere el artículo 72.4 del TRLPEMM, ya que, como se indica en la solicitud de informe, los ámbitos competenciales en que se enmarcan el título habilitante para el ejercicio de una actividad extractiva, energética o industrial y el título habilitante para la ocupación del dominio público portuario (concesión) son distintos, de aquí que se otorguen por órganos distintos y, en su otorgamiento o denegación, se consideren y valoren intereses públicos diferentes.

En suma, y a modo de recapitulación de todo lo dicho es necesaria la autorización del Ministro de Fomento para otorgar cualquier concesión que ampare el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público portuario con independencia de que se trate del otorgamiento de una nueva concesión o de la renovación de una concesión ya existente a la que se refiere el artículo 91 del TRLPEMM.

- II -

En el escrito de consulta se solicita también el parecer de este Centro Directivo sobre cuál debe ser la interpretación de la mención introducida en el artículo 72.4 del TRLPEMM relativa a “circunstancias excepcionales y de utilidad pública” como circunstancias que justifiquen la exoneración o dispensa de la prohibición de tendidos aéreos de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público portuario.

Sobre este particular, la solicitud de informe desarrolla una amplia argumentación acerca del alcance de esos conceptos jurídicos, con referencia a menciones análogas en otras normas jurídicas y a pronunciamientos judiciales acerca de ellos, terminando con un análisis detallado acerca de lo que se ha denominado “concepto jurídico indeterminado”, donde se cita a esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo. Como es obvio, este Centro Directivo hace suyas todas esas consideraciones generales.

Esa conformidad se extiende también a los extremos a valorar como circunstancias excepcionales y de utilidad pública para autorizar esos tendidos en el dominio público portuario, a las que también se hace referencia en la solicitud de informe y que, como es obvio, deberán ser objeto de la oportuna ponderación en cada caso por el Ministro de Fomento, partiendo, lógicamente, por un lado, de la prohibición de este tipo de tendidos (artículo 72.3 del TRLPEMM) y, por otro, de la necesaria justificación por parte del concesionario de la concurrencia de los elementos de excepcionalidad y de utilidad pública que actúan como presupuesto básico para el levantamiento de la prohibición (artículo 72.4 del TRLPEMM) .

- III -

La tercera cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo se refiere al ámbito de aplicación del artículo 91.1 del TRLPEMM en punto a las competencias del Estado en general sobre el dominio público portuario y en materia energética.

De una forma más precisa, se recaba la opinión de este Centro Directivo sobre si es necesaria la autorización del Ministro de Fomento para el levantamiento de la prohibición de tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público portuario a la que se refiere el artículo 72.4 del TRLPEMM o si, por el contrario, concurriendo en el ámbito

de la Administración del Estado tanto la competencia para otorgar el título autorizante de la actividad de extracción de recursos minerales o de usos energéticos o industriales como la competencia para el levantamiento de la prohibición de líneas aéreas de alta tensión, bastaría que Puertos del Estado aplicara la previsión de renovación de las concesiones a que se refiere el artículo 91 del TRLPEMM prescindiendo de la autorización de la Ministra de Fomento.

La respuesta a esta cuestión se encuentra también en la propia solicitud de informe en la que, partiendo de la coexistencia, en el ámbito de la Administración del Estado, de competencias distintas –para otorgar la autorización necesaria para el ejercicio de la actividad de extracción de recursos minerales o para usos energéticos o industriales y para otorgar concesiones sobre dominio público portuario–, se insiste en la idea de que esa coexistencia de competencias no permite que el ejercicio de una de ellas –otorgamiento del título habilitante para el ejercicio de actividades de extracción de recursos minerales, actividades industriales y energéticas– desplace el ejercicio de la otra competencia –otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario y exoneración o dispensa, en su caso, de la prohibición de tendidos aéreos de líneas eléctricas de alta tensión sobre el demanio portuario–, pues con ello se negaría esa diversidad de competencias que sanciona la normativa vigente y, por tanto, su ejercicio por el titular de cada una de ellas, siendo así que el ejercicio de la competencia es irrenunciable, conforme dispone el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En definitiva, la coexistencia de competencias distintas –en materia energética y en materia portuaria– no significa, por más que la titularidad de dichas competencias quede residenciada en la Administración del Estado, que cuando la Administración competente en materia portuaria tenga que tramitar la renovación de la concesiones a la que se refiere el artículo 91 del TRLPEMM pueda prescindir de la necesaria autorización del Ministro de Fomento para levantar la prohibición del tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión sobre el dominio público portuario.

#### - IV -

La cuarta y última de las cuestiones planteadas engloba diversos supuestos concretos en los que confluyen la normativa portuaria y la del sector eléctrico.

1.- El primer supuesto se refiere a la concesión administrativa de ocupación del dominio público portuario para el ejercicio de la actividad de distribución eléctrica y viene totalmente condicionada por un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre ella. Se trata de la sentencia de 22 de noviembre de 2013 en la que se analiza la validez de un pliego de condiciones generales de autorización para la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica y condiciones generales para el otorgamiento de una concesión demanial de ocupación del dominio público portuario en una dársena de determinado puerto.

En dicho pliego no se tuvo en cuenta por la Autoridad Portuaria la legislación eléctrica, según la cual sólo los distribuidores habilitados al efecto pueden realizar la actividad de distribución eléctrica, permitiendo la concurrencia de operadores que no ostentaban tal condición.

Pues bien, como se indica en la solicitud de informe, el Alto Tribunal considera que el hecho de que la distribución eléctrica se desarrolle en el espacio portuario no elimina las previsiones de la normativa eléctrica que impiden que la distribución de energía eléctrica se pueda atribuir a operadores distintos que no sean empresas distribuidoras.

Sobre esta base, este Centro Directivo suscribe plenamente las conclusiones a las que llega el ente público Puertos del Estado en favor de la necesaria aplicación por las Autoridades Portuarias de la normativa reguladora del sector eléctrico, de forma que quienes pretendan prestar el servicio comercial de distribución de energía eléctrica en el dominio

público portuario sean exclusivamente empresas distribuidoras que cumplan los requisitos exigidos por la LSE y sus normas de desarrollo

2.- El segundo supuesto concreto queda referido a la asunción de los costes de cierre de instalaciones eléctricas realizadas por el concesionario en el dominio público portuario en caso de extinción de la concesión.

En relación con este supuesto, debe indicarse que, aunque confluyan dos normativas sectoriales –legislación del sector eléctrico y legislación portuaria–, no existe conflicto o colisión entre sus previsiones en el extremo relativo a la asunción del coste de cierre y desmantelamiento de los equipos e instalaciones existentes en el dominio público portuario cuando se extinga la concesión, correspondiendo al concesionario la asunción de esos costes

En este sentido, y comenzando por la normativa reguladora del sector eléctrico, el artículo 53.5 de la LSE regula la necesaria autorización administrativa para la transmisión y cierre de las instalaciones de transporte, distribución, producción y líneas directas con la obligación del titular de proceder a su desmantelamiento tras el cierre definitivo, disponiendo que:

“La transmisión y cierre definitivo de las instalaciones de transporte, distribución, producción y líneas directas, así como el cierre temporal de las instalaciones de producción requerirán autorización administrativa previa en los términos establecidos en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo. El titular de la instalación tendrá la obligación de proceder al desmantelamiento de la misma tras el cierre definitivo, salvo que la autorización administrativa de cierre definitivo permita lo contrario (...).”

Por lo que se refiere a la normativa portuaria, el artículo 100 del TRLPEMM, dispone lo siguiente:

“1.Extinguida la autorización o concesión, el titular tendrá derecho a retirar fuera del espacio portuario los materiales, equipos o instalaciones desmontables que no reviertan gratuitamente a la Autoridad Portuaria en función de lo previsto en el título, estando obligado a hacerlo cuando así lo determine la Autoridad Portuaria, la cual podrá efectuar la retirada con cargo al titular de la autorización o concesión extinguida, cuando el mismo no la efectúe en el momento o plazo que se indique.

2. En todos los casos de extinción de una concesión, la Autoridad Portuaria decidirá sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones no desmontables, que revertirán gratuitamente y libre de cargas a la Autoridad Portuaria, o decidirá su levantamiento y retirada del dominio público por aquél y a sus expensas (...).”

Por último, y como norma general para todas las concesiones demaniales, el artículo 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) dispone que:

“1. Cuando se extinga la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la Administración a costa del concesionario, a menos que su mantenimiento hubiera sido previsto expresamente en el título concesional o que la autoridad competente para otorgar la concesión así lo decida (...).”

En definitiva, tanto por aplicación de la LSE y por aplicación del TRLPEMM, en su condición de normas sectoriales, como por aplicación de la LPAP, en su condición de norma general, corresponde al concesionario, una vez extinguida la concesión, asumir el coste de desmantelamiento o retirada de las obras, instalaciones y equipos de transporte, distribución, producción de energía eléctrica y líneas directas que hubiese realizado en el dominio público portuario.

3.- El tercer supuesto se refiere al soterramiento de líneas eléctricas en el dominio público portuario.

Para responder a esta cuestión hay que comenzar recordando que la prohibición de tendidos aéreos de líneas eléctricas de alta tensión puede quedar dispensada por el Ministro de Fomento

cuando concurren circunstancias excepcionales y de utilidad pública, otorgando para ello la correspondiente autorización (artículo 72.4, penúltimo párrafo, del TRLPEMM). La autorización, como se expuso anteriormente, es necesaria tanto para los tendidos aéreos que se pretendan establecer en concesiones de dominio público portuario que deban otorgarse ex novo para la realización de actividades de extracción de recursos minerales y actividades energéticas o industriales, como para los tendidos aéreos ya existentes en concesiones de dominio público portuario ya otorgadas que, en su caso, deban renovarse con arreglo al artículo 91 del TRLPEMM.

Pues bien, tanto para uno como otro supuesto, si el Ministro de Fomento no autorizase el tendido aéreo y quien solicitase la concesión siguiese teniendo interés en la ocupación del dominio público portuario, no cabe duda de que la Autoridad Portuaria podría imponer, con fundamento en el artículo 72.3 del TRLPEMM, el soterramiento de la línea y a costa del concesionario

4.- El cuarto y último caso concreto planteado se refiere a la variación del trazado de la línea motivada bien por acuerdo de la Administración competente en materia eléctrica, bien por acuerdo de otra Administración Pública, incluida la respectiva Autoridad Portuaria, en el ejercicio de las competencias de que sea titular.

La cuestión se suscita en razón de la posible colisión entre el artículo 59 de la LSE y los artículos 81 y siguientes del TRLPEMM.

El artículo 59 de la LSE dispone lo siguiente:

“1.- La servidumbre de paso de energía eléctrica no impide al dueño del predio sirviente cercarlo o edificar sobre él dejando a salvo dicha servidumbre, siempre que sea autorizado por la Administración Pública competente, que tomará en especial consideración la normativa vigente en materia de seguridad.

Podrá asimismo el dueño solicitar el cambio de trazado de la línea, si no existen dificultades técnicas, corriendo a su costa los gastos de la variación.

2.- La variación de la ubicación o trazado de una instalación de transporte o distribución de energía eléctrica como consecuencia de proyectos o planes aprobados por la Administración comportará el pago del coste de dicha variación por parte de la Administración competente sobre dicho proyecto o plan”

Por su parte, y según se indica en la solicitud de informe, los artículos 81 y siguientes del TRLPEMM impondrían al concesionario las concretas condiciones de la concesión, correspondiéndole a éste realizar las oportunas inversiones, en particular las relativas a los posibles nuevos trazados.

Sobre esta base, en la solicitud de informe se indica que las consideraciones sobre el cambio de trazado dependerán de si dicho trazado obedece a una planificación energética (o a cualquier otra razón de interés público) o si, por el contrario, responden a un interés portuario. En el primer caso, se entiende que la Administración competente en materia eléctrica (o la Administración competente en la concreta materia de que se trate) tendrá que asumir el coste de la variación del trazado de la línea. En el segundo caso, (variación del trazado por razones de interés portuario) se entiende que el titular de la línea es el que debe asumir el coste de la variación del trazado de la línea.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, aunque pudiera pensarse que la Administración a que alude el artículo 59.2 de la LSE es la Administración competente en materia eléctrica, ha de entenderse que la Administración a que alude dicho precepto legal (que es la Administración a la que corresponde asumir el coste de la variación del trazado) es la Administración a la que corresponda, en el ejercicio de la competencia sectorial de que en cada caso se trate (eléctrica, medioambiental, urbanística, etc.), la aprobación del plan o proyecto del que derive la necesidad de variar el trazado de la línea. En consecuencia, es indiferente, a efectos de determinar quién ha de asumir el coste que suponga la variación del trazado de la línea, que la variación venga motivada por un plan o proyecto en materia eléctrica o por un plan o proyecto de distinta naturaleza. Así resulta de las dos siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, debiendo interpretarse la norma de rango legal por la norma de rango reglamentario que ejecute y desarrolle aquélla, no puede desconocerse la previsión del artículo 154 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Dicho precepto reglamentario dispone lo siguiente:

“1. En la elaboración por parte de las distintas Administraciones públicas de proyectos o planes que puedan variar el tendido de una línea ya existente, se dará audiencia a la entidad titular de la línea, con objeto de que formule las alegaciones pertinentes sobre los aspectos técnicos, económicos y de cualquier otro orden respecto a la variación que se proyecte.

2 En el expediente a que se refiere en el apartado anterior deberá emitir informe la Dirección General de Política Energética y Minas o el órgano autonómico que resulte competente.

3. La Administración competente sobre el proyecto o plan del que derive la necesidad de variación de la línea, una vez que éste haya sido aprobado, abonará al titular de la línea el coste de la variante y los perjuicios ocasionados.”

Del precepto transcrito se deduce claramente (apartado 1) que la Administración que elabora y aprueba el plan o proyecto que motiva la variación del trazado y a la que corresponde asumir el coste de la variación no es única y exclusivamente la Administración competente en materia eléctrica, sino también cualquier otra Administración que, en el ejercicio de la competencia sectorial de que se trate (urbanismo, medio ambiente, etc.), elabore y apruebe el plan o proyecto correspondiente. No cabe duda, por tanto, de que si es la Administración competente en materia portuaria la que elabora y aprueba un plan o proyecto del que deriva la necesidad de variar el trazado de una línea, será a dicha Administración portuaria a la que corresponderá asumir el coste de la variación del trazado de la línea. Dicho en otros términos, no existe razón alguna para que el coste de la variación del trazado lo asuma la Administración que elabora y aprueba un plan o proyecto sectorial del que deriva la necesidad de la alteración del trazado y, en cambio, que ese coste no lo asuma la Administración portuaria cuando sea ella la que elabore y apruebe un plan o proyecto de su competencia del que resulte la necesidad de modificar el trazado.

2) En segundo lugar, la obligación de que la Administración que aprueba el plan o proyecto asuma el coste de la variación del trazado de la línea conecta directamente con la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, siendo la regla que sanciona el artículo 59.2 de la LSE y el artículo 154.3 del citado Real Decreto 1955/2000 un supuesto de aplicación particularizada de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por funcionamiento normal: si la variación del trazado es una exigencia impuesta por razones de interés general (lo que se materializa en la aprobación del correspondiente plan o proyecto), justo es que el coste de la variación lo asuma la Administración que aprobó el plan y no el titular de la línea, pues de asumirlo este último soportaría de forma singular y particular una carga general o colectiva (recuérdese que la variación viene impuesta por un plan o proyecto que obedece a una necesidad de interés general). En este sentido y como ha tenido oportunidad de señalar el Consejo de Estado en numerosos dictámenes (como los de 8 de julio de 1971, 14 de junio de 1984, 29 de octubre de 1987, 12 de noviembre de 1998, 9 de octubre de 2003, etc), el concepto de carga general (no indemnizable) y el de carga especial o desigual (indemnizable) se determinan en función de la incidencia de la nueva norma en la posición jurídica de los administrados: si todos los que se encuentran en la misma posición jurídica quedan igualmente afectados por la nueva norma, la prohibición, restricción o limitación que ésta implanta tendrá la consideración de carga general de obligado acatamiento y, por lo tanto, no indemnizable; por el contrario, si no todos los que se encuentran en la misma posición jurídica quedan afectados por la nueva norma, por alcanza la prohibición o restricción establecida por ésta solamente a determinados de ellos, no cabe duda de que se estará en presencia de una carga especial o singular que comporta un sacrificio desigual (pues sólo incide en unos agentes del sector y no en todos los que operan en el mismo) lo que dará lugar a la pertinente indemnización o compensación.



Debe, por tanto, concluirse que la asunción del coste de la variación del trazado de la línea eléctrica corresponderá a la Administración Pública competente para la aprobación del plan o proyecto del que derive la necesidad de variar el trazado del tendido; en consecuencia si la variación del trazado viene impuesta por un plan o proyecto elaborado por la correspondiente Autoridad Portuaria, será de cuenta de ésta asumir el coste que suponga la variación.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Es necesaria la autorización de la Ministra de Fomento a que se refiere el artículo 72.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, para otorgar cualquier concesión que ampare el tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público portuario con independencia de que se trate del otorgamiento de una nueva concesión o de la renovación de una concesión existente al amparo del artículo 91 de dicho texto legal.

**Segunda.-** Comparte este Centro Directivo las consideraciones realizadas en la solicitud de informe acerca del alcance de los conceptos jurídicos indeterminados “circunstancias excepcionales y de utilidad pública” que establece el artículo 72.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, así como sobre los extremos que han de valorarse a fin de que puedan autorizarse los tendidos aéreos de líneas eléctricas de alta tensión en el dominio público portuario.

**Tercera.-** La coexistencia de competencias distintas –en materia energética y en materia portuaria– no significa, por más que la titularidad de dichas competencias quede residenciada en la Administración del Estado, que cuando la Administración competente en materia portuaria tenga que tramitar la renovación de la concesiones a la que se refiere el artículo 91 del repetido texto legal pueda prescindir de la necesaria autorización del Ministro de Fomento para levantar la prohibición del tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión sobre el dominio público portuario.

**Cuarta.-** La Autoridad Portuaria competente para el otorgamiento de la autorización para la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica debe tener presente, en la determinación de los posibles sujetos que pretendan realizar esa actividad, la normativa eléctrica que limita dichos sujetos a los que tengan la consideración de empresas distribuidoras.

**Quinta.-** Tanto por aplicación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y por aplicación del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su condición de normas sectoriales, como por aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su condición de norma general, corresponde al concesionario, una vez extinguida la concesión, asumir el coste de desmantelamiento o retirada de las obras, instalaciones y equipos de transporte, distribución, producción de energía eléctrica y líneas directas que hubiese realizado en el dominio público portuario.

**Sexta.-** Si el Ministro de Fomento no autorizase el tendido aéreo y quien solicitase la concesión siguiese teniendo interés en la ocupación del dominio público portuario, la Autoridad Portuaria podría imponer, con fundamento en el artículo 72.3 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el soterramiento de la línea y a costa del concesionario.

**Séptima.-** La asunción del coste de la variación del trazado de la línea eléctrica corresponderá a la Administración Pública competente para la aprobación del plan o proyecto del que derive la necesidad de variar el trazado del tendido; en consecuencia si la variación del trazado viene impuesta por un plan o proyecto elaborado por la correspondiente Autoridad Portuaria, será de cuenta de ésta asumir el coste que suponga la variación.

**126.- Informe sobre la interpretación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante -LPEMM - en la redacción dada a la misma por la Ley 18/2014, de 15 de octubre y, en particular, sobre la posibilidad de otorgar la prórroga que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, a las concesiones anteriores a la Ley 27/1992.**

**Resumen**

Consulta sobre posible prórroga excepcional en concesiones portuarias otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Posibilidad de prórroga excepcional a que se refiere el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, al amparo de la Disposición Transitoria Cuarta, apartado cinco, de la LPEMM, tras la redacción dada por la Ley 18/2014.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 9/15 (R- 106/2015)

**Fecha:** 9 de marzo de 2015.

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por la Presidencia de Puertos del Estado sobre la interpretación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en la redacción dada a la misma por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, y, en particular, sobre la posibilidad de otorgar la prórroga que establece el artículo 82.2.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo de 2/2011, de 5 de septiembre, a las concesiones anteriores a la Ley 27/1992, de 24 de noviembre. En relación con dicha consulta este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- | -

Para dar debida respuesta a la cuestión suscitada y a las concretas preguntas que se contienen en la parte final de la consulta, resulta oportuno hacer referencia a la evolución normativa que ha tenido lugar en materia de prórroga de las concesiones portuarias.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), y al amparo de la antigua Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y del Reglamento para su ejecución, se otorgaron numerosas concesiones en las que se atribuía a sus titulares el derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público portuario a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a 30 años.

La entrada en vigor de la LPEMM, lo que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1992, supuso la limitación a 30 años del plazo máximo de las concesiones sobre dominio público portuario (dicho plazo era el fijado para las concesiones de dominio público marítimo-terrestre en materia de costas, aplicándose a las concesiones de dominio público portuario dada la remisión de la LPEMM a la legislación de costas –artículo 66.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas).

Con el fin de atenuar el efecto de la LPEMM en las situaciones jurídicas existentes con anterioridad a su entrada en vigor, la disposición transitoria cuarta, apartados uno, dos.1 y cinco, preceptuó lo siguiente:

**“Uno.** Sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán sujetas a las

mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables, que se adaptarán a lo previsto en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

**Dos.** 1. Se considerará, en todo caso, incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en esta Ley el mantenimiento de concesiones otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

En todos estos casos, las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por el plazo máximo de treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

**Cinco.** En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta Ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.

Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta años”.

De acuerdo con estas previsiones, todas las concesiones vigentes a la fecha de entrada en vigor de la LPEMM otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a treinta años se entendieron otorgadas por el plazo máximo de treinta años a contar desde la fecha de entrada en vigor de dicho texto legal.

De igual forma, quedó también claro que no era posible otorgar prórroga del plazo de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM en condiciones que se opusieran a lo establecido en la propia LPEMM o en las disposiciones que la desarrollasen, entendiéndose, en todo caso, contrario a lo establecido en dicha Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, excediera del límite de treinta años.

La Ley 62/1997 introdujo un nuevo apartado –apartado 6– en el artículo 54 de la LPEMM. Dicho apartado disponía lo siguiente:

“El plazo de vencimiento de las concesiones será improrrogable, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contrario, en cuyo caso a petición del titular y a juicio de la Autoridad Portuaria, podrá ser prorrogado siempre que aquél no haya sido sancionado por infracción grave, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión y no se superen en total el plazo máximo de treinta años.

Excepcionalmente, y de acuerdo con los criterios que se determinen reglamentariamente, entre los que se deberán tener en cuenta, al menos, la cuantía de la inversión y el interés estratégico de la concesión, la Autoridad Portuaria podrá acordar, previo informe favorable de Puertos del Estado la prórroga de aquellas concesiones cuyo plazo inicial sea de veinticinco a treinta años y cuyo objeto se encuentre directamente vinculado con la explotación portuaria. Dicha previsión deberá establecerse expresamente en el título concesional y la prórroga no podrá exceder, en ningún caso, del plazo de treinta años, y su consideración permitirá la revisión de las condiciones de la concesión, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución de otorgamiento de la misma”.

La Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en puertos de interés general (LREPS) derogó expresamente el artículo 54 de la LPEMM y modificó el plazo máximo de duración de las concesiones, elevándolo a 35 años (artículo 107.1), así como también el régimen de las prórrogas (artículo 107.2). En concreto, el apartado c) de este último precepto, relacionado en cierto modo con la previsión del derogado artículo 54.6 de la LPEMM (en la redacción de la Ley 62/1997), dispuso lo siguiente:

“Excepcionalmente, en aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto, la Autoridad Portuaria, previo informe vinculante de Puertos del

Estado, podrá autorizar prórrogas no previstas en el título administrativo que, unidas al plazo inicial, superen en total el plazo de 35 años, siempre que el concesionario se comprometa a llevar a cabo una inversión adicional, en los términos señalados en el párrafo b) anterior, que suponga una mejora de la eficacia global del servicio prestado...”

La disposición final veinticuatro de la LREPS dio nueva redacción a los apartados dos, 1 y 2, y cinco de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM en el único sentido de ampliar el plazo máximo de duración y el límite de la prórroga, fijándole en 35 años. Dichos apartados, tras la modificación introducida por la LREPS, pasaron a tener la siguiente redacción:

“1. Se considera, en todo caso, incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en esta ley el mantenimiento de concesiones otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a 35 años a contar desde la entrada en vigor de esta ley.

En todos estos casos, las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por el plazo máximo de 35 años a contar desde la entrada en vigor de esta ley.

2. En los demás supuestos, la revisión de las cláusulas concesionales requerirá la tramitación de un expediente, con audiencia al interesado en la forma y con los criterios que reglamentariamente se determinen.

**Cinco.** En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.

Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años”

El Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM) mantuvo, en su disposición transitoria segunda, la vigencia de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM, con la siguiente redacción de su apartado cinco:

“En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992 en condiciones que se opongan a lo establecido en esta ley o en las disposiciones que la desarrollen y, en particular, la que diera lugar a un plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años”

Pues bien, dado el tenor del artículo 54.6 de la LPEMM, en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997, se suscitó la cuestión relativa a la aplicación de dicho precepto (y luego la aplicación del artículo 107.2.c) de la LREPS) a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LREPS.

A ello se dio respuesta en un informe de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2013 (A.G. Entes Públicos 95/13) en el que, entre otras cosas, puede leerse lo siguiente:

“Para responder a esta cuestión debe determinarse, ante todo, hasta qué punto se pueden mantener en las concesiones otorgadas con anterioridad a la Ley 48/2003 las prórrogas que se hubiesen acordado al amparo del artículo 54.6, párrafo segundo, de la LPEMM, teniendo en cuenta que el apartado cinco, párrafo segundo, de la disposición transitoria cuarta de este último texto legal, en la redacción dada por la Ley 48/2003, preceptúa que ‘se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta y cinco años.’

Como acertadamente se indica en la solicitud de informe, el apartado cinco, párrafo segundo, de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM (en la redacción dada por la Ley 48/2003) no puede interpretarse de forma aislada, sino que se debe poner en relación

con el párrafo primero del mismo apartado que prohíbe el otorgamiento de prórrogas que se opongan a lo establecido en dicha Ley o en las disposiciones que la desarrollen, lo que debe interpretarse en el sentido de que en la referencia a 'esta Ley' debe hacerse extensiva a la reforma que de la LPEMM hizo la Ley 62/1997 y que, como se ha dicho, añadió un nuevo apartado al artículo 54.

En este punto, debe hacerse una precisión de la máxima relevancia. A la vista del artículo 54.6 de la LPEMM, debe indicarse que la prórroga excepcional que preveía esta norma legal debía entenderse aplicable no sólo a las concesiones otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley 62/1997, sino también a las otorgadas con anterioridad a la misma. En efecto, aunque la exigencia establecida en el inciso final del artículo 54.6, párrafo segundo –que la previsión de prórroga se establezca expresamente en el título concesional– puede dar a entender que dicha prórroga excepcional exige implícitamente que se trate de concesiones otorgadas tras la entrada en vigor de la propia Ley 62/1997, es necesario trascender el tenor literal de la norma, ya que no tendría sentido que esa prórroga excepcional se admitiese para las concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997 y no respecto de las otorgadas con anterioridad, y ello en razón de que el otorgamiento de la prórroga queda condicionado al cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en dicho precepto y dichos requisitos pueden cumplirse, habida cuenta de su configuración, tanto en las concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997 como en las concesiones otorgadas con anterioridad; dicho en otros términos, no se aprecia ninguna razón objetiva y suficiente para discriminar, a estos efectos, unas y otras concesiones”

Como se deduce de dicho informe, y en relación con el artículo 54.6 de la LPEMM (en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997 y que constituye el precedente de la prórroga excepcional que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM), se advirtió una antinomia entre la literalidad de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM, en su redacción originaria (que impide el otorgamiento de prórrogas del plazo de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM en condiciones que se opongan a lo establecido en propia Ley y, en particular, las que dieran lugar a un plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, excediera del límite de 30 años –luego 35–, a partir de la entrada en vigor de la LREPS) y los preceptos posteriores indicados que reformaron la LPEMM posibilitando la prórroga excepcional de las concesiones.

A la vista de ello, y como primera conclusión, se entendió que la referencia a “esta Ley” contenida en la disposición transitoria de continua cita no sólo aludía a la LPEMM en su redacción originaria, sino también a las sucesivas reformas de que la misma había sido objeto a lo largo del tiempo, en concreto, a las reformas introducidas en materia de prórroga por la Ley 62/1997, primero, y por la LREPS, después.

La segunda conclusión a la que se llegó fue que las nuevas previsiones en materia de prórroga contenidas en la Ley 62/1997 y en la LREPS eran aplicables no sólo a las concesiones otorgadas a partir de la entrada en vigor de dichos textos legales, sino también a las concesiones otorgadas con anterioridad, incluidas las existentes a la entrada en vigor de la LPEMM, y ello con fundamento en lo que seguidamente se dice.

La lectura del artículo 107.2.c) de la LREPS y del artículo 82.2.c) del TRLPEMM pone de manifiesto la intención del legislador de posibilitar, excepcionalmente, la prórroga del plazo de las concesiones portuarias, en cuyo título no esté prevista la prórroga, en el caso de aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto (y por extensión, para el desarrollo económico de la zona de influencia del puerto) o supongan una mejora de la eficacia global del servicio prestado. Siendo ello así, no existe una justificación objetiva y razonable para excluir de la posibilidad de obtener la prórroga excepcional que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, siempre que se cumplan los requisitos de este precepto y por el tiempo máximo fijado en el mismo, a las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM, pues la finalidad que justifica la

concesión de la prórroga excepcional que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, en los términos antes indicados, puede cumplirse por las concesiones otorgadas con anterioridad a la LPEMM.

- II -

Expuesta la evolución normativa que ha tenido lugar desde la LPEMM hasta el TRLPEMM, se llega al Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia que en su artículo 56 vuelve a modificar los preceptos del TRLPEMM relativos a los plazos concesionales. Dichas modificaciones, resumidamente expuestas, son las siguientes:

En primer término, se amplía el plazo máximo de las concesiones de dominio público portuario a 50 años.

En segundo lugar, se mantienen, con determinados cambios en cuanto a los requisitos para su otorgamiento, las posibilidades de prórroga concesional contenidas en el artículo 82 del TRLPEMM.

Por último, se incorpora una nueva disposición transitoria décima donde se regula la ampliación del plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad al propio Real Decreto-ley.

Durante la tramitación del anterior Real Decreto-ley como Proyecto de Ley, lo que ha dado lugar a la actual Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se modificó la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM, que ha quedado con la siguiente redacción:

“En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992 en condiciones que se opongán a lo establecido en esta ley o en las disposiciones que la desarrollen y, en particular, la que diera lugar a un plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años, excepto en los supuestos y condiciones a que se refiere la disposición transitoria décima de esta Ley”

La novedad respecto a la redacción anterior contenida en el TRLPEMM ha consistido en la introducción de un último inciso (“...excepto en los supuestos y condiciones a que se refiere la disposición transitoria décima de esta Ley”), fruto de una enmienda de Grupo Parlamentario Catalán que pretendía con ello evitar contradicción entre la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM y la disposición transitoria décima del TRLPEMM, relativa a la ampliación del plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014.

A la vista de lo expuesto, la cuestión que debe analizarse consiste en determinar si la nueva redacción dada a la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM por la Ley 18/2014 restringe de alguna forma la posibilidad de otorgar la prórroga excepcional a que se refiere el artículo 82.2.c) del TRLPEMM a las concesiones anteriores a la entrada en vigor de la LPEMM.

Ante todo, debe indicarse que, pese a hacerse referencia en la nueva redacción de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM introducida por la Ley 18/2014, norma circunscrita a la prórroga, a la disposición transitoria décima, norma referida a la ampliación del plazo inicial de la concesión, una y otra figura –prórroga y ampliación del plazo inicial de la concesión– son distintas como claramente lo ponen de manifiesto los apartados 4, 5 y 6 de la disposición transitoria décima introducidos por la Ley 18/2014.

Dicho lo anterior, y aunque, como acaba de indicarse, en la redacción vigente de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM se introduzca un inciso referido a una figura jurídica distinta (ampliación del plazo inicial de la concesión), el sentido

real de dicha norma transitoria es el de limitar la duración (entendido este término en una acepción amplia) de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM; pues bien, dado que la duración de la relación concesional viene determinada (prescindiendo, a los efectos que aquí interesan, de su plazo inicial) por dos factores, cuales son la prórroga y la ampliación del plazo inicial, y puesto que la norma transitoria que se analiza admite en su inciso final, como excepción a lo que se dispone en su primera parte (relativa a la prórroga), la ampliación del plazo inicial, lo razonable y coherente con ello consiste en entender, por vía de reducción, que no cabe la prórroga, quedando únicamente la ampliación del plazo inicial de la concesión como único mecanismo de prolongación de la duración de la concesión.

Suprimida, tras la entrada en vigor de la Ley 18/2014 (lo que tuvo lugar el 17 de octubre de 2014, conforme resulta de su disposición final quinta), la posibilidad de otorgar prórroga a las concesiones existentes a la fecha de entrada en vigor de la LPEMM, deben examinarse las distintas situaciones que pueden producirse, teniendo en cuenta, a estos efectos, las previsiones del Real Decreto-ley 8/2014 que no afectó en modo alguno a la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM. Dichas situaciones serían las siguientes:

1.- Prórroga de la concesión solicitada con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio (lo que tuvo lugar el 5 de julio de 2014, conforme resulta de su disposición final quinta) y que esté en tramitación en esa fecha.

En este caso, el concesionario tendrá derecho a la obtención de la prórroga en los términos contenidos en el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, de acuerdo con el criterio recogido en el informe de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2013 (A.G. Entes Públicos 95/13) al que anteriormente se hizo mención.

Respecto de la solicitud de prórroga en tramitación a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, debe indicarse que el concesionario, de acuerdo con el nuevo apartado 4 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM (apartado introducido por la Ley 18/2014), tendrá derecho a optar, en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, entre la continuación del procedimiento con arreglo a la legislación anterior o por la mejora voluntaria de la solicitud de prórroga a los efectos de adaptarla a la nueva regulación.

Por lo demás, la prórroga que, en su caso, se otorgue será compatible con la ampliación del plazo concesional, tal y como establece el nuevo apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, al ser la solicitud de prórroga anterior al Real Decreto-ley 8/2014.

2.- Prórroga de la concesión solicitada con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 (5 de julio de 2014) y con anterioridad la entrada en vigor de la Ley 18/2014 (17 de octubre de 2014).

En este caso, y teniendo presente que en la fecha de solicitud de prórroga todavía no se había producido la modificación de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM por la Ley 18/2014 –modificación que, como se ha dicho, ha supuesto la supresión de las prórrogas–, sería posible también obtener la prórroga de la concesión con arreglo al artículo 82.2.c) del TRLPEMM, pudiendo el concesionario ejercer igualmente la opción a que se refiere el apartado 4 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, aplicable a todos los concesionarios que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014 hubieran solicitado prórrogas.

Por el contrario, la posible prórroga del plazo concesional que se otorgue en este segundo supuesto que ahora se examina no será compatible con una posterior ampliación del plazo concesional, al haberse formulado la solicitud de prórroga con posterioridad al Real Decreto-ley 8/2014, tal y como se deduce a sensu contrario del apartado 6 de

la disposición transitoria décima del TRLPEMM. Conviene precisar que dicho apartado no impide la prórroga de la concesión, ya que ésta no se suprime hasta la entrada en vigor de la Ley 18/2014, que, como se ha dicho, introdujo un inciso final en la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM del que se deduce, según lo indicado, la improcedencia de la prórroga. Lo que el apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM únicamente prohíbe es la compatibilidad de la ampliación del plazo concesional con la prórroga otorgada o tramitada antes del Real Decreto-ley 8/2014, pero lo que dicha norma no prohíbe es que se pueda solicitar y obtener únicamente prórroga.

3.- Prórroga de la concesión solicitada después de la entrada en vigor de la Ley 18/2014.

De acuerdo con la nueva redacción dada a la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM por la Ley 18/2014 y según se ha razonado, no es posible otorgar prórroga alguna del plazo concesional, aunque sí su ampliación en los supuestos y condiciones a que se refiere la disposición transitoria décima del TRLPEMM.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

En relación con la posibilidad de otorgar la prórroga excepcional a que se refiere el artículo 82.2.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, a las concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y la Marina Mercante, deberían tenerse en cuenta los criterios fijados para los distintos supuestos recogidos en el apartado II, 1, 2 y 3 del presente informe.



## **127.- Informe sobre la posible prórroga excepcional de las concesiones portuarias otorgadas al “Club X” en la zona de servicio del Puerto de Palma de Mallorca, el 17 de octubre de 1969 y el 22 de octubre de 1973.**

### **Resumen**

Consulta sobre posible prórroga excepcional en concesiones portuarias otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Posibilidad de prórroga excepcional a que se refiere el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, al amparo de la Disposición Transitoria Cuarta, apartado cinco, de la LPEMM, tras la redacción dada por la Ley 18/2014.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/15 (R-105/2015)

**Fecha:** 9 de marzo de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo de lo prevenido en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Illes Balears sobre posible prórroga excepcional de las concesiones otorgadas al “Club X”, en la zona de servicios del Puerto de Palma de Mallorca, el 17 de octubre de 1969 y el 22 de octubre de 1973, con destino a la construcción de una dársena deportiva. En relación con dicha consulta este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Tal y como se indica en el fundamento de derecho I del proyecto de informe remitido, dos son las cuestiones sobre las que se solicita el parecer de la Abogacía del Estado consultante:

- 1) Si las concesiones otorgadas al Club X el 17 de octubre de 1969 y el 22 de octubre de 1973, pueden ser objeto de prórroga, habida cuenta que dichas concesiones se otorgaron antes de la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) y que el plazo de 25 años acumulado al inicialmente otorgado (50 años es el plazo de la primera concesión; la segunda concesión se otorgó haciendo coincidir su finalización con la de la primera) excede del límite de 35 años.
- 2) Si las referidas concesiones pueden acogerse a la excepción establecida en la disposición transitoria décima del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM).

Es importante poner de manifiesto que la prórroga de las concesiones se solicitó el 8 de agosto de 2014, amparándose expresamente en el artículo 82.2.c) del TRLPEMM; por otro lado, y como se ha indicado anteriormente, el plazo de prórroga de 25 años solicitado, acumulado al inicialmente otorgado, excede del límite de 35 años.

Este Centro Directivo ya adelanta que comparte la conclusión a la que ha llegado la Abogacía del Estado consultante, favorable al otorgamiento de la prórroga, al haberse solicitado antes de la entrada en vigor de la Ley 18/2014, pudiendo tramitarse y otorgarse con arreglo a la legislación anterior siempre que, por parte del concesionario, no se opte por la aplicación de la nueva legislación.

- II -

Dado que, en la misma fecha de emisión de este informe, se ha emitido por la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, a solicitud de Puertos del Estado, otro informe sobre la interpretación de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM en la redacción dada a la misma por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, y, en particular, sobre la posibilidad de otorgar la prórroga que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM a las concesiones anteriores a la LPEMM, se considera oportuno reproducir el contenido del mismo. Dicho informe dice así:

- III -

Para dar debida respuesta a la cuestión suscitada y a las concretas preguntas que se contienen en la parte final de la consulta, resulta oportuno hacer referencia a la evolución normativa que ha tenido lugar en materia de prórroga de las concesiones portuarias.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), y al amparo de la antigua Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 y del Reglamento para su ejecución, se otorgaron numerosas concesiones en las que se atribuía a sus titulares el derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público portuario a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a 30 años.

La entrada en vigor de la LPEMM, lo que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1992, supuso la limitación a 30 años del plazo máximo de las concesiones sobre dominio público portuario (dicho plazo era el fijado para las concesiones de dominio público marítimo-terrestre en materia de costas, aplicándose a las concesiones de dominio público portuario dada la remisión de la LPEMM a la legislación de costas –artículo 66.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas).

Con el fin de atenuar el efecto de la LPEMM en las situaciones jurídicas existentes con anterioridad a su entrada en vigor, la disposición transitoria cuarta, apartados uno, dos.1 y cinco, preceptuó lo siguiente:

**“Uno.** Sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables, que se adaptarán a lo previsto en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

**Dos. 1.** Se considerará, en todo caso, incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en esta Ley el mantenimiento de concesiones otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

En todos estos casos, las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por el plazo máximo de treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

**Cinco.** En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta Ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.

Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta años.”

De acuerdo con estas previsiones, todas las concesiones vigentes a la fecha de entrada en vigor de la LPEMM otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a

treinta años se entendieron otorgadas por el plazo máximo de treinta años a contar desde la fecha de entrada en vigor de dicho texto legal.

De igual forma, quedó también claro que no era posible otorgar prórroga del plazo de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM en condiciones que se opusieran a lo establecido en la propia LPEMM o en las disposiciones que la desarrollasen, entendiéndose, en todo caso, contrario a lo establecido en dicha Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, excediera del límite de treinta años.

La Ley 62/1997 introdujo un nuevo apartado –apartado 6– en el artículo 54 de la LPEMM. Dicho apartado disponía lo siguiente:

“El plazo de vencimiento de las concesiones será improrrogable, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contrario, en cuyo caso a petición del titular y a juicio de la Autoridad Portuaria, podrá ser prorrogado siempre que aquél no haya sido sancionado por infracción grave, se encuentre al corriente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión y no se superen en total el plazo máximo de treinta años.

Excepcionalmente, y de acuerdo con los criterios que se determinen reglamentariamente, entre los que se deberán de tener en cuenta, al menos, la cuantía de la inversión y el interés estratégico de la concesión, la Autoridad Portuaria podrá acordar, previo informe favorable de Puertos del Estado la prórroga de aquellas concesiones cuyo plazo inicial sea de veinticinco a treinta años y cuyo objeto se encuentre directamente vinculado con la explotación portuaria. Dicha previsión deberá establecerse expresamente en el título concesional y la prórroga no podrá exceder, en ningún caso, del plazo de treinta años, y su consideración permitirá la revisión de las condiciones de la concesión, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución de otorgamiento de la misma.”

La Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en puertos de interés general (LREPS) derogó expresamente el artículo 54 de la LPEMM y modificó el plazo máximo de duración de las concesiones, elevándolo a 35 años (artículo 107.1), así como también el régimen de las prórrogas (artículo 107.2). En concreto, el apartado c) de este último precepto, relacionado en cierto modo con la previsión del derogado artículo 54.6 de la LPEMM (en la redacción de la Ley 62/1997), dispuso lo siguiente:

“Excepcionalmente, en aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto, la Autoridad Portuaria, previo informe vinculante de Puertos del Estado, podrá autorizar prórrogas no previstas en el título administrativo que, unidas al plazo inicial, superen en total el plazo de 35 años, siempre que el concesionario se comprometa a llevar a cabo una inversión adicional, en los términos señalados en el párrafo b) anterior, que suponga una mejora de la eficacia global del servicio prestado...”

La disposición final veinticuatro de la LREPS dio nueva redacción a los apartados dos, 1 y 2, y cinco de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM en el único sentido de ampliar el plazo máximo de duración y el límite de la prórroga, fijándole en 35 años. Dichos apartados, tras la modificación introducida por la LREPS, pasaron a tener la siguiente redacción:

“1. Se considera, en todo caso, incompatible con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en esta ley el mantenimiento de concesiones otorgadas a perpetuidad, por tiempo indefinido o por plazo superior a 35 años a contar desde la entrada en vigor de esta ley.

En todos estos casos, las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por el plazo máximo de 35 años a contar desde la entrada en vigor de esta ley.

2. En los demás supuestos, la revisión de las cláusulas concesionales requerirá la tramitación de un expediente, con audiencia al interesado en la forma y con los criterios que reglamentariamente se determinen.

Cinco. En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de esta ley en condiciones que se opongan a lo establecido en la misma o en las disposiciones que la desarrollen.

Se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años.”

El Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM) mantuvo, en su disposición transitoria segunda, la vigencia de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM, con la siguiente redacción de su apartado cinco:

“En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992 en condiciones que se opongan a lo establecido en esta ley o en las disposiciones que la desarrollen y, en particular, la que diera lugar a un plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años.”

Pues bien, dado el tenor del artículo 54.6 de la LPEMM, en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997, se suscitó la cuestión relativa a la aplicación de dicho precepto (y luego la aplicación del artículo 107.2.c) de la LREPS) a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LREPS.

A ello se dio respuesta en un informe de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2013 (A.G. Entes Públicos 95/13) en el que, entre otras cosas, puede leerse lo siguiente:

“Para responder a esta cuestión debe determinarse, ante todo, hasta qué punto se pueden mantener en las concesiones otorgadas con anterioridad a la Ley 48/2003 las prórrogas que se hubiesen acordado al amparo del artículo 54.6, párrafo segundo, de la LPEMM, teniendo en cuenta que el apartado cinco, párrafo segundo, de la disposición transitoria cuarta de este último texto legal, en la redacción dada por la Ley 48/2003, preceptúa que “se entenderá, en todo caso, contraria a lo establecido en esta Ley la prórroga por plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de treinta y cinco años.”

Como acertadamente se indica en la solicitud de informe, el apartado cinco, párrafo segundo, de la disposición transitoria cuarta de la LPEMM (en la redacción dada por la Ley 48/2003) no puede interpretarse de forma aislada, sino que se debe poner en relación con el párrafo primero del mismo apartado que prohíbe el otorgamiento de prórrogas que se opongan a lo establecido en dicha Ley o en las disposiciones que la desarrollen, lo que debe interpretarse en el sentido de que en la referencia a “esta Ley” debe hacerse extensiva a la reforma que de la LPEMM hizo la Ley 62/1997 y que, como se ha dicho, añadió un nuevo apartado al artículo 54.

En este punto, debe hacerse una precisión de la máxima relevancia. A la vista del artículo 54.6 de la LPEMM, debe indicarse que la prórroga excepcional que preveía esta norma legal debía entenderse aplicable no sólo a las concesiones otorgadas tras la entrada en vigor de la Ley 62/1997, sino también a las otorgadas con anterioridad a la misma. En efecto, aunque la exigencia establecida en el inciso final del artículo 54.6, párrafo segundo –que la previsión de prórroga se establezca expresamente en el título concesional– puede dar a entender que dicha prórroga excepcional exige implícitamente que se trate de concesiones otorgadas tras la entrada en vigor de la propia Ley 62/1997, es necesario transcender el tenor literal de la norma, ya que no tendría sentido que esa prórroga excepcional se admitiese para las concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997 y no respecto de las otorgadas con anterioridad, y ello en razón de que el otorgamiento de la prórroga queda condicionado al cumplimiento de los requisitos objetivos establecidos en dicho precepto y dichos requisitos pueden cumplirse, habida cuenta de su configuración, tanto en las concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997 como en las concesiones otorgadas con anterioridad; dicho en otros términos, no se aprecia ninguna razón objetiva y suficiente para discriminar, a estos efectos, unas y otras concesiones.”

Como se deduce de dicho informe, y en relación con el artículo 54.6 de la LPEMM (en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997 y que constituye el precedente de la prórroga excepcional que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM), se advirtió una antinomia entre la literalidad de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM, en su redacción originaria (que impide el otorgamiento de prórrogas del plazo de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM en condiciones que se opongan a lo establecido en propia Ley y, en particular, las que dieran lugar a un plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, excediera del límite de 30 años –luego 35–, a partir de la entrada en vigor de la LREPS) y los preceptos posteriores indicados que reformaron la LPEMM posibilitando la prórroga excepcional de las concesiones.

A la vista de ello, y como primera conclusión, se entendió que la referencia a “esta Ley” contenida en la disposición transitoria de continua cita no sólo aludía a la LPEMM en su redacción originaria, sino también a las sucesivas reformas de que la misma había sido objeto a lo largo del tiempo, en concreto, a las reformas introducidas en materia de prórroga por la Ley 62/1997, primero, y por la LREPS, después.

La segunda conclusión a la que se llegó fue que las nuevas previsiones en materia de prórroga contenidas en la Ley 62/1997 y en la LREPS eran aplicables no sólo a las concesiones otorgadas a partir de la entrada en vigor de dichos textos legales, sino también a las concesiones otorgadas con anterioridad, incluidas las existentes a la entrada en vigor de la LPEMM, y ello con fundamento en lo que seguidamente se dice.

La lectura del artículo 107.2.c) de la LREPS y del artículo 82.2.c) del TRLPEMM pone de manifiesto la intención del legislador de posibilitar, excepcionalmente, la prórroga del plazo de las concesiones portuarias, en cuyo título no esté prevista la prórroga, en el caso de aquellas concesiones que sean de interés estratégico o relevante para el puerto (y por extensión, para el desarrollo económico de la zona de influencia del puerto) o supongan una mejora de la eficacia global del servicio prestado. Siendo ello así, no existe una justificación objetiva y razonable para excluir de la posibilidad de obtener la prórroga excepcional que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, siempre que se cumplan los requisitos de este precepto y por el tiempo máximo fijado en el mismo, a las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM, pues la finalidad que justifica la concesión de la prórroga excepcional que establece el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, en los términos antes indicados, puede cumplirse por las concesiones otorgadas con anterioridad a la LPEMM.

#### - IV -

Expuesta la evolución normativa que ha tenido lugar desde la LPEMM hasta el TRLPEMM, se llega al Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia que en su artículo 56 vuelve a modificar los preceptos del TRLPEMM relativos a los plazos concesionales. Dichas modificaciones, resumidamente expuestas, son las siguientes:

En primer término, se amplía el plazo máximo de las concesiones de dominio público portuario a 50 años.

En segundo lugar, se mantienen, con determinados cambios en cuanto a los requisitos para su otorgamiento, las posibilidades de prórroga concesional contenidas en el artículo 82 del TRLPEMM.

Por último, se incorpora una nueva disposición transitoria décima donde se regula la ampliación del plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad al propio Real Decreto-ley.

Durante la tramitación del anterior Real Decreto-ley como Proyecto de Ley, lo que ha dado lugar a la actual Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para

el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, se modificó la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM, que ha quedado con la siguiente redacción:

“En ningún caso podrá otorgarse prórroga del plazo de concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992 en condiciones que se opongan a lo establecido en esta ley o en las disposiciones que la desarrollen y, en particular, la que diera lugar a un plazo que, acumulado al inicialmente otorgado, exceda del límite de 35 años, excepto en los supuestos y condiciones a que se refiere la disposición transitoria décima de esta Ley”

La novedad respecto a la redacción anterior contenida en el TRLPEMM ha consistido en la introducción de un último inciso (“...excepto en los supuestos y condiciones a que se refiere la disposición transitoria décima de esta Ley”), fruto de una enmienda de Grupo Parlamentario Catalán que pretendía con ello evitar contradicción entre la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM y la disposición transitoria décima del TRLPEMM, relativa a la ampliación del plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014.

A la vista de lo expuesto, la cuestión que debe analizarse consiste en determinar si la nueva redacción dada a la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM por la Ley 18/2014 restringe de alguna forma la posibilidad de otorgar la prórroga excepcional a que se refiere el artículo 82.2.c) del TRLPEMM a las concesiones anteriores a la entrada en vigor de la LPEMM.

Ante todo, debe indicarse que, pese a hacerse referencia en la nueva redacción de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM introducida por la Ley 18/2014, norma circunscrita a la prórroga, a la disposición transitoria décima, norma referida a la ampliación del plazo inicial de la concesión, una y otra figura –prórroga y ampliación del plazo inicial de la concesión– son distintas como claramente lo ponen de manifiesto los apartados 4, 5 y 6 de la disposición transitoria décima introducidos por la Ley 18/2014.

Dicho lo anterior, y aunque, como acaba de indicarse, en la redacción vigente de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM se introduzca un inciso referido a una figura jurídica distinta (ampliación del plazo inicial de la concesión), el sentido real de dicha norma transitoria es el de limitar la duración (entendido este término en una acepción amplia) de las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM; pues bien, dado que la duración de la relación concesional viene determinada (prescindiendo, a los efectos que aquí interesan, de su plazo inicial) por dos factores, cuales son la prórroga y la ampliación del plazo inicial, y puesto que la norma transitoria que se analiza admite en su inciso final, como excepción a lo que se dispone en su primera parte (relativa a la prórroga), la ampliación del plazo inicial, lo razonable y coherente con ello consiste en entender, por vía de reducción, que no cabe la prórroga, quedando únicamente la ampliación del plazo inicial de la concesión como único mecanismo de prolongación de la duración de la concesión.

Suprimida, tras la entrada en vigor de la Ley 18/2014 (lo que tuvo lugar el 17 de octubre de 2014, conforme resulta de su disposición final quinta), la posibilidad de otorgar prórroga a las concesiones existentes a la fecha de entrada en vigor de la LPEMM, deben examinarse las distintas situaciones que pueden producirse, teniendo en cuenta, a estos efectos, las previsiones del Real Decreto-ley 8/2014 que no afectó en modo alguno a la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM. Dichas situaciones serían las siguientes:

- 1.- Prórroga de la concesión solicitada con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio (lo que tuvo lugar el 5 de julio de 2014, conforme resulta de su disposición final quinta) y que esté en tramitación en esa fecha.

En este caso, el concesionario tendrá derecho a la obtención de la prórroga en los términos contenidos en el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, de acuerdo con el criterio recogido en el informe de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2013 (A.G. Entes Públicos 95/13) al que anteriormente se hizo mención.

Respecto de la solicitud de prórroga en tramitación a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, debe indicarse que el concesionario, de acuerdo con el nuevo apartado 4 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM (apartado introducido por la Ley 18/2014), tendrá derecho a optar, en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, entre la continuación del procedimiento con arreglo a la legislación anterior o por la mejora voluntaria de la solicitud de prórroga a los efectos de adaptarla a la nueva regulación.

Por lo demás, la prórroga que, en su caso, se otorgue será compatible con la ampliación del plazo concesional, tal y como establece el nuevo apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, al ser la solicitud de prórroga anterior al Real Decreto-ley 8/2014.

2.- Prórroga de la concesión solicitada con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 (5 de julio de 2014) y con anterioridad la entrada en vigor de la Ley 18/2014 (17 de octubre de 2014).

En este caso, y teniendo presente que en la fecha de solicitud de prórroga todavía no se había producido la modificación de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM por la Ley 18/2014 –modificación que, como se ha dicho, ha supuesto la supresión de las prórrogas–, sería posible también obtener la prórroga de la concesión con arreglo al artículo 82.2.c) del TRLPEMM, pudiendo el concesionario ejercer igualmente la opción a que se refiere el apartado 4 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, aplicable a todos los concesionarios que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014 hubieran solicitado prórrogas.

Por el contrario, la posible prórroga del plazo concesional que se otorgue en este segundo supuesto que ahora se examina no será compatible con una posterior ampliación del plazo concesional, al haberse formulado la solicitud de prórroga con posterioridad al Real Decreto-ley 8/2014, tal y como se deduce a sensu contrario del apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM. Conviene precisar que dicho apartado no impide la prórroga de la concesión, ya que ésta no se suprime hasta la entrada en vigor de la Ley 18/2014, que, como se ha dicho, introdujo un inciso final en la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM del que se deduce, según lo indicado, la improcedencia de la prórroga. Lo que el apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM únicamente prohíbe es la compatibilidad de la ampliación del plazo concesional con la prórroga otorgada o tramitada antes del Real Decreto-ley 8/2014, pero lo que dicha norma no prohíbe es que se pueda solicitar y obtener únicamente prórroga.

3.- Prórroga de la concesión solicitada después de la entrada en vigor de la Ley 18/2014.

De acuerdo con la nueva redacción dada a la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM por la Ley 18/2014 y según se ha razonado, no es posible otorgar prórroga alguna del plazo concesional, aunque sí su ampliación en los supuestos y condiciones a que se refiere la disposición transitoria décima del TRLPEMM.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración la siguiente

## CONCLUSIÓN

En relación con la posibilidad de otorgar la prórroga excepcional a que se refiere el artículo 82.2.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, a las concesiones existentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y la Marina Mercante, deberían tenerse en cuenta los criterios fijados para los distintos supuestos recogidos en el apartado II, 1, 2 y 3 del presente informe “

**- V -**

A la vista de las consideraciones recogidas en el informe que acaba de transcribirse, y teniendo en cuenta que la prórroga excepcional de la concesión a que se refiere el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Illes Balears fue solicitada con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, concretamente, el 8 de agosto de 2014, y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014, sería posible obtener la prórroga de las concesiones al amparo del artículo 82.2.c) del TRLPEMM, pudiendo el concesionario ejercer la opción a que se refiere el apartado 4 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, aplicable, como se ha dicho, a todos los concesionarios que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014 hubieran solicitado prórrogas.

Por el contrario, como se razona en el informe indicado, la posible prórroga concesional que se otorgue en este caso no será compatible con una posterior ampliación del plazo concesional, al haberse formulado la solicitud de prórroga con posterioridad al Real Decreto-ley 8/2014.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## **CONCLUSION**

Procede confirmar la conclusión del proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Illes Balears, favorable a la tramitación y otorgamiento, en su caso, de la prórroga excepcional de concesiones portuarias a que se refiere el artículo 82.2.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, pudiendo optar el concesionario, en relación con dicha prórroga, por la aplicación de la normativa anterior o posterior a la Ley 18/2014, sin que la prórroga que, en su caso, se conceda sea compatible con una posterior ampliación del plazo concesional.



## **128.- Informe sobre la solicitud de modificación de una concesión otorgada por la Autoridad Portuaria de Baleares formulada por la entidad “X, S.L.” para adaptar el proyecto constructivo de la concesión, a la interpretación de las previsiones del Plan Especial efectuada por el Consell Insular de Formentera.**

### **Resumen**

Consulta sobre la solicitud de modificación de una concesión otorgada por la Autoridad Portuaria para adaptar el proyecto de la concesión a la interpretación de las previsiones del Plan Especial. Aplicación de los principios de proporcionalidad e interés público portuario para acceder a la modificación de la concesión mediante adaptación del proyecto constructivo originario al Plan Especial.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 17/15 (R-139/2015)

**Fecha:** 13 de abril de 2015.

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de la Presidencia de Puertos del Estado sobre la solicitud de modificación de una concesión otorgada por la Autoridad Portuaria de Baleares, formulada por la sociedad “X, S.L.” el 23 de mayo de 2014, en su condición de empresa titular de la concesión. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1.- El 20 de septiembre de 2012, tras el oportuno concurso público, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares (en lo sucesivo, APB) otorgó a la sociedad “X, S.L.” una concesión para la explotación de un edificio con destino a aparcamientos, locales y despachos situados en la calzada de poniente del puerto de La Sabina (Formentera).
- 2.- El Consell Insular de Formentera, por acuerdo adoptado el 12 de febrero de 2013, denegó a la entidad concesionaria la correspondiente licencia urbanística para la realización de las obras que integran el proyecto constructivo de la concesión de referencia.
- 3.- El 23 de mayo de 2014 la sociedad concesionaria se dirigió a la APB solicitando la modificación de la concesión otorgada en su día. Dicha modificación consiste en adaptar el proyecto constructivo de la concesión a la interpretación de las previsiones del Plan Especial efectuada por el Consell Insular de Formentera y que dio lugar a la denegación de la licencia urbanística para realizar las obras. A tal efecto, la sociedad concesionaria presentó al organismo portuario otro proyecto constructivo que sustituiría al anterior.
- 4.- La APB solicitó informe a la Abogacía del Estado en Illes Balears sobre la solicitud de modificación de la concesión indicada, emitiéndose por dicha Unidad un informe, fechado el 27 de noviembre de 2014, en el que se formula la siguiente conclusión:  
“Al no afectar la modificación propuesta los elementos esenciales de la adjudicación, esta Abogacía del Estado entiende que dicha modificación es admisible y que, en consecuencia, no se ve afectado el principio de libre concurrencia por la modificación pretendida.”
- 5.- La APB, en atención a lo conflictivo del asunto en cuestión, solicitó informe a la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, que lo emitió el 18 de diciembre de 2014 con la siguiente consideración final:

“El supuesto de hecho analizado, esto es, la no obtención de la licencia urbanística por parte del concesionario para iniciar las obras no constituye una causa de modificación de una concesión del dominio público portuario, sino que, tal y como hemos expuesto, y de conformidad con la regla 11 de la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, que aprueba el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal, la solución estaría constituida, en primer lugar, por la posible renuncia del concesionario con devolución de la garantía de construcción y, en segundo lugar, y para el caso de no producirse la renuncia, la Autoridad Portuaria incoará el correspondiente expediente de caducidad de la misma, en el bien entendido sentido de que la declaración de caducidad supone la pérdida de todas las garantías constituidas”

6.- A la vista de la disparidad de criterios entre la Abogacía del Estado en Illes Balears y la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado y a petición expresa del Presidente de la APB, el ente público Puertos del Estado solicita informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la solución que proceda en Derecho.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La modificación concesional propuesta encuentra, en principio, fundamento en el artículo 88 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), fiel trasunto del artículo 113 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general, según el cual “la Autoridad Portuaria podrá autorizar a solicitud del interesado modificaciones de las condiciones de una concesión”, distinguiendo, acto seguido, a efectos del procedimiento que debe seguirse en cada caso, entre modificaciones sustanciales (las previstas concretamente en el apartado 2 de ese artículo) y no sustanciales.

Al margen de la consideración o no de dicha modificación (consistente, como se ha dicho, en la adaptación del proyecto constructivo originario a la interpretación de las previsiones del Plan Especial realizada por el Consell Insular de Formentera, sustituyendo el proyecto inicial por otro nuevo adaptado) como sustancial o no –consta en los antecedentes remitidos un pronunciamiento de la APB en el que se considera que la modificación es sustancial–, la primera y principal cuestión que debe examinarse es la incidencia que en la decisión que deba tomarse al respecto por el Consejo de Administración de la APB tiene lo dispuesto en la regla 11 de la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, que aprueba el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal.

Dicha regla, que lleva por rúbrica “Incumplimiento de los plazos de inicio y de terminación de las obras”, en su párrafo segundo, dispone que:

“En los supuestos en los que el concesionario acredite que no puede iniciar las obras en el plazo establecido ante la imposibilidad de obtener las licencias, permisos u autorizaciones necesarias por causas no imputables al mismo, éste podrá renunciar a la concesión, en cuyo caso se le devolverá la garantía de construcción. En el caso de que no renuncie a la concesión, la Autoridad Portuaria incoará el expediente de caducidad de la misma. Si el concesionario incumpliera el plazo de terminación de las obras, fijado con arreglo a la Regla 9, la Autoridad Portuaria iniciará el expediente de caducidad de la concesión, salvo que, a petición del concesionario, la Autoridad Portuaria aprecie la concurrencia de causa que justifique el otorgamiento de prórroga del plazo. En todo caso, la declaración de caducidad de la concesión implicará la pérdida de la garantía de construcción”

Como se ha expuesto anteriormente, y frente al criterio de la Abogacía del Estado en Illes Balears, la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado entiende que la falta de obtención

de la licencia urbanística por parte de la sociedad concesionaria para iniciar las obras no constituye una causa de modificación de la concesión del dominio público portuario, viniendo dada la solución de la cuestión planteada por la aplicación de las previsiones de la regla 11 de la Orden FOM/938/2008 o, lo que es lo mismo, por la renuncia a la concesión por parte de la sociedad concesionaria con devolución de la garantía de construcción constituida o, caso de no renunciar a la concesión, por la incoación de expediente de caducidad del título concesional.

- II -

La adecuada resolución de la cuestión planteada ha de partir de la premisa de que no puede resolverse mediante la aislada y exclusiva aplicación de la regla 11 de la Orden FOM/938/2008, sino de la aplicación conjunta y concordada de dicha regla y de las previsiones del TRLPEMM sobre modificación de las concesiones, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen y que hacen referencia a la aplicación conjunta de las previsiones (legales y reglamentarias) que integran un grupo normativo, a la regla del favor acti, al principio de jerarquía normativa y al principio de proporcionalidad.

Si el ordenamiento jurídico constituye un todo único y sistemático, integrado por diversas partes que están interrelacionadas, este postulado cobra mayor rigor o intensidad en su aplicación cuando las normas que han de tomarse en consideración pertenecen a un mismo grupo o bloque normativo, como acontece en el caso de que se trata, cual es el constituido por la normativa sobre puertos de interés general en el que se integra, obviamente, la Orden FOM/938/2008 y cuya norma de cabecera es precisamente el TRLPEMM.

Es cierto que el supuesto que se examina tiene encaje en la regla del artículo 11 de la mencionada Orden Ministerial. Ahora bien, no es menos cierto que ante la imposibilidad de iniciar las obras por no haberse podido obtener la preceptiva licencia urbanística, la situación producida puede reconducirse para su solución a la modificación de la concesión –sin que ello suponga necesariamente que pueda y deba modificarse el título concesional otorgado, extremo este sobre el que se volverá más adelante–, pues, de ser posible la modificación de la concesión, de forma que ésta subsista con un nuevo proyecto ajustado a las previsiones del Plan Especial, se conseguiría mantener el título concesional que es lo que postula el principio general del “favor acti”, esto es, el principio general que propugna el mantenimiento de los actos o negocios jurídicos siempre que ello sea legalmente posible y de cuya aplicación son ejemplos, entre otros, los artículos 65, 66 y 67 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Pues bien, en esta línea de pensamiento que, como se ha dicho, parte de la aplicación conjunta y concordada del TRLPEMM y de la Orden FOM/938/2008, no se advierte ninguna razón de peso para que, teniendo en cuenta la superior jerarquía del TRLPEMM por su condición de norma con rango de ley, no pueda acudir, una vez elaborado un nuevo proyecto que se ajuste a las exigencias del Plan Especial, al mecanismo de la modificación de la concesión –se insiste que ello no significa que necesariamente deba accederse a la modificación– que regula dicho texto legal a fin de determinar si es posible la modificación de la concesión y, de ser ello así, mantener la concesión evitando, lo que no tiene sentido, la aplicación automática y literalista de una norma infralegal –simple Orden Ministerial– que conduce a la extinción de la concesión.

En efecto, desde el momento en que la norma legal –TRLPEMM– regula la modificación de las concesiones y puesto que este texto legal, a diferencia de lo que acontece en la legislación sobre contratación administrativa, no determina las causas de modificación de las concesiones de dominio público portuario, sino solamente las clases de modificaciones a efectos del procedimiento que deba seguirse para su tramitación –modificaciones sustan-

ciales y modificaciones no sustanciales—, no existe ninguna razón para no acudir a la vía de la modificación, y ello con objeto de evitar el resultado de no utilizar en absoluto las posibilidades que ofrece la norma con rango de ley y de resolver la cuestión mediante la exclusiva aplicación de la norma infralegal, dando así lugar a la sustitución de la aplicación de la norma legal por la aplicación de la norma reglamentaria, lo que no es admisible.

Puesto que la legislación urbanística no prohíbe, una vez denegada la licencia urbanística pedida para un determinado proyecto, solicitar nueva licencia para un proyecto modificado (en el que se subsanen las deficiencias e irregularidades que determinaron la denegación de la licencia), y puesto que, como se ha indicado, el TRLPEMM admite y regula la modificación de las concesiones de dominio público portuario sin condicionarlas a causas tasadas —por lo que, en principio, no podría denegarse una modificación por la circunstancia de recaer ésta sobre un proyecto que difiere del inicialmente presentado, cuando ello obedece a la necesidad de cumplir la legalidad urbanística—, no puede apreciarse ningún impedimento jurídico para que, no pudiendo iniciarse las obras de la concesión por razón de la denegación de la licencia urbanística, se redacte un nuevo proyecto que subsane las deficiencias o irregularidades determinantes de la denegación de la licencia urbanística y sobre la base de ese nuevo proyecto se solicite de la Autoridad Portuaria la modificación de la concesión. Entender lo contrario con fundamento en la literalidad de la regla 11 de la Orden FOM 938/2008 no resultaría conforme con la regla de la interpretación y aplicación de la norma reglamentaria en función de la norma con rango de ley y, en definitiva, conforme con el principio de aplicación conjunta y concordada de las normas que integran un grupo o bloque normativo, así como tampoco, en la aplicación de dichas normas, con el principio de jerarquía normativa.

A las consideraciones anteriores y sobre la base de ellas se une otra que cobra especial importancia, cual es la interpretación de la regla 11 de la Orden Ministerial de continua referencia a la luz del principio de proporcionalidad.

Es función de los principios generales del Derecho informar el ordenamiento jurídico (artículo 1.4 del Código Civil), siendo claro que, si dichos principios han de inspirar la norma habilitante que atribuye una potestad a la Administración, dicha potestad ha de ejercerse conforme a las exigencias de dichos principios. Uno de dichos principios, reiteradamente invocado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 6 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1987, 16 de octubre de 1989, 3 de diciembre de 1991 y 18 de febrero de 1992, entre otras muchas) y sancionado por el artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, 84.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y artículo 39.bis.1 de la LRJ-PAC, es el principio de proporcionalidad que opera en dos tipos de supuestos:

- a) Con carácter ordinario o general en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables; en este primer supuesto, ha de elegirse aquel medio de intervención que suponga menor restricción para la situación jurídica del administrado.
- b) Con carácter excepcional, y en conexión con el principio de buena fe, en los supuestos en los que, aun existiendo un único medio, éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso de que se trate; en este segundo supuesto, el resultado a que conduce la aplicación de ese único medio de intervención ha de quedar si no excluido, sí modulado o matizado, acudiendo para ello a lo que determinen otras normas jurídicas que guarden conexión con el supuesto de que se trate y evitando así ese resultado inadecuado o excesivo.

Configurado en los términos indicados el principio de proporcionalidad, lo coherente con las exigencias que dicho principio comporta es que deba trascenderse la literalidad del inciso inicial de la regla 11 de la Orden FOM/938/2008, de forma que, como quiera que el TRLPEMM admite la modificaciones de las concesiones de dominio público portuario, ante la denegación de una licencia urbanística sea posible, como se ha apuntado, que se elabore un nuevo proyecto que se ajuste a la legalidad urbanística y, una vez efectuado ello, se solicite con base

en el nuevo proyecto la modificación de la concesión. De ser procedente la modificación de la concesión, deberá acordarse así, posibilitando el mantenimiento y la efectividad del derecho concesional; de no ser procedente la modificación de la concesión, procederá ya la aplicación de lo previsto en el inciso inicial de la referida regla. Es así como se compagina la aplicación del principio de proporcionalidad con el mandato de la repetida regla.

- III -

Resuelta la cuestión planteada en los términos indicados, debe examinarse, en primer término, si en el caso de accederse a la modificación de la concesión, esta modificación afecta al principio de libre concurrencia, ya que la concesión portuaria se otorgó por concurso público.

En efecto, aunque no se diga expresamente en el TRLPEMM, no resulta posible la modificación del título concesional cuando, habiéndose otorgado la concesión con arreglo a un procedimiento de concurrencia competitiva, el propio contenido de la modificación u otras circunstancias de la misma determinen una conculcación del principio de libre concurrencia. Tal es el criterio que el Consejo de Estado viene manteniendo desde sus dictámenes de 14 de marzo de 1954, 22 de diciembre de 1955, 3 de mayo de 1956 y 16 de julio de 1981 hasta la actualidad.

Pues bien, independientemente de que, según se recoge en la documentación remitida, en el trámite de información pública seguido de acuerdo con el artículo 85.3 del TRLPEMM una vez calificada la modificación propuesta como sustancial, no se presentó alegación alguna, el otro licitador que no resultó adjudicatario –“Y, S.L.”– tampoco cumplía las exigencias del Plan Especial, tal y como se indica en un informe técnico de la APB de 18 de septiembre de 2013, del que se hace eco, la Abogacía del Estado en Illes Balears; en dicho informe se dice lo siguiente:

“(...) el proyecto que forma parte de la otra oferta presentada al concurso, Y, S.L. tampoco cumpliría con el Plan Urbanístico, según la interpretación que hace el Consell de Formentera en cuanto a la edificabilidad y altura y/o número de plantas?” (conclusión 3 del informe técnico)

Todo ello determina que no pueda hablarse de afectación del principio de libre concurrencia por la modificación pretendida.

- IV -

Alcanzada la anterior conclusión, debe, por último, determinarse cuál sea la pauta que debe tener en cuenta la APB para resolver sobre la procedencia o no de la modificación. Esta pauta no puede ser otra que el interés público portuario. En otras palabras, lo que debe tenerse en cuenta por la APB, recabando, a tal fin, el oportuno informe de sus servicios técnicos es si la modificación propuesta por el concesionario adaptando su proyecto constructivo originario a la interpretación que realizó el Consell Insular de Formentera de las previsiones del Plan Especial es compatible o no con el interés público portuario.

Si la respuesta a este interrogante es positiva, podrá accederse, con el condicionado que se estime oportuno, a la modificación concesional. Si no es así y se denegase la misma, se estaría ya en condiciones de poder aplicar las previsiones contenidas en la regla 11 de la Orden FOM/938/2008 para los supuestos de no inicio de las obras en el plazo establecido por imposibilidad de obtener las licencias por causas no imputables al concesionario.

En esta línea es importante destacar que en la documentación remitida obra una propuesta de modificación de la concesión y de resolución aprobatoria del proyecto constructivo modi-

ficado realizada por el Director de la APB y dirigida al Presidente, donde, entre cosas, puede leerse:

“(…) la modificación de la concesión propuesta por X, S.L. sirve para poder lograr la licencia de obras municipal, denegada con el primitivo Proyecto constructivo y ayuda a rebajar el impacto paisajístico y la afección de obras al entorno. Por lo que resulta adecuado y conveniente atender esta modificación, que también supone el mantenimiento de los servicios ofertados y de la inversión inicialmente prevista, así como de todas las condiciones del título concesional. (...) Dicho Proyecto constructivo modificado respeta la superficie de ocupación y el aspecto exterior de los espacios portuarios, de forma adecuada a la calidad del servicio que se pretende ofrecer, y en concordancia con lo recogido en la Base 2.2 del Pliego de Bases que rige el citado concurso”

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La denegación de la licencia urbanística por parte del Consell Insular de Formentera para la realización de las obras que integran el proyecto constructivo de la concesión, otorgada el 20 de septiembre de 2012, por la Autoridad Portuaria de Baleares a la entidad “X, S.L.” para la explotación de un edificio destinado a aparcamientos, locales y despachos situados en la calzada de poniente del puerto de La Sabina (Formentera) no es obstáculo para que pueda instarse la modificación de la concesión portuaria con la presentación de un nuevo proyecto constructivo ajustado a las determinaciones adoptadas por el Consell Insular de Formentera en su acuerdo denegatorio.

**Segunda.-** La modificación de la concesión no afecta al principio de libre competencia.

**Tercera.-** La decisión que se tome por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares sobre la modificación pretendida deberá tener en cuenta únicamente el interés público portuario recabando, a tal fin, el oportuno informe de sus servicios acerca de si la modificación propuesta por el concesionario, adaptando su proyecto constructivo originario a la interpretación que hizo el Consell Insular de Formentera de las previsiones del Plan Especial, es compatible o no con el indicado interés público portuario.

## **129.- Informe sobre reversión de obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario en los supuestos de prórroga del plazo concesional.**

### **Resumen**

Consulta sobre reversión de obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario en los supuestos de prórroga del plazo concesional. Imposibilidad la figura de la reversión anticipada en los títulos concesionales, una vez suprimida por el Real Decreto-Ley 8/2014 y mantenida la supresión en las reformas posteriores.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 86/15 (R-745/2015)

**Fecha:** 19 de noviembre de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Organismo público Puertos del Estado sobre reversión de las obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario en los supuestos de prórroga del plazo concesional. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe.

- I -

La solicitud de informe contiene una amplia exposición de la cuestión suscitada que comienza con una mención de los diversos preceptos referentes a la reversión de obras e instalaciones desde la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) hasta el vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), tras las modificaciones introducidas en este texto legal, especialmente en su artículo 82, por el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, tramitado posteriormente como proyecto de ley y que dio lugar a la aprobación de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, que volvió a modificar dicho precepto.

Expone seguidamente el escrito de consulta unas extensas consideraciones sobre la cuestión planteada, haciendo una detallada referencia a los dos criterios que se mantienen sobre ella, a favor y en contra del reconocimiento a las Autoridades Portuarias de la posibilidad de exigir la reversión de las obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario a la extinción del plazo concesional inicial.

- II -

Con carácter general, y así se destaca en la solicitud de informe, la reversión a la Administración que otorgó la concesión correspondiente de las obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario es una consecuencia jurídica que tradicionalmente se viene anudando a la extinción del título concesional, de forma que, vencido el plazo por el que fue otorgada la concesión, incluidas sus prórrogas, o concurriendo cualquier otra causa de extinción de aquélla, se produce la reversión o el levantamiento de las obras e instalaciones conforme a lo indicado en la legislación aplicable y en el título concesional.

Así está recogido en diversas leyes sectoriales, entre ellas, en la legislación portuaria desde la aprobación de la LPEMM, cuyo artículo 54.1, si bien no regulaba expresamente este extremo, se remitía con carácter general al régimen jurídico establecido en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, cuyo artículo 72 reconocía a la Administración el derecho a optar entre la reversión y el levantamiento de las obras e instalaciones construidas por el concesionario, régimen extensivo a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LPEMM conforme

estableció su disposición transitoria cuarta.cuatro. Dicho régimen jurídico, con una regulación más completa, se mantuvo en el artículo 125 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (LREPS), desarrollado por la regla 34<sup>a</sup> de la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, por la que se aprueba el Pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones, pasando definitivamente al artículo 100 del TRLPEMM.

No obstante, la LREPS, además de regular la reversión de las obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario a la extinción de la concesión, introdujo en su artículo 107 una importante novedad que es la que motiva la solicitud de informe.

En efecto, el artículo 107 de dicho texto legal regulaba en su apartado 2 el régimen de prórroga de las concesiones portuarias, conteniendo un último párrafo que disponía lo siguiente:

“No obstante, cuando en el título de otorgamiento no se haya previsto la prórroga, las obras e instalaciones realizadas por el titular al amparo de la concesión demanial deberán revertir a la Autoridad Portuaria una vez transcurrido el plazo inicial del título administrativo, debiendo modificarse el mismo a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, incrementando la tasa de ocupación privativa del dominio público portuario en la parte correspondiente a las obras e instalaciones revertidas”

Esta concreta previsión legal no se vio alterada por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general que, sin embargo, dio nueva redacción al Título I de la LREPS. El artículo 10, apartado 3, letra c), ordinal 2º.4 de este texto legal (contenido en el Capítulo III de su Título I) en la redacción dada por la citada Ley 33/2010 dispuso lo siguiente:

“En caso de prórroga de la concesión o autorización, se procederá a una nueva tasación de las obras e instalaciones cuando éstas reviertan a la Autoridad Portuaria”

Las dos indicadas previsiones legales, esto es, la relativa a la reversión anticipada de las obras e instalaciones en caso de prórroga de la concesión –la reversión tiene lugar cuando concluye el plazo inicial de la concesión y no cuando concluye la prórroga– y la relativa a la nueva tasación de aquéllas para la liquidación de la tasa de ocupación pasaron sin modificación alguna a los artículos 82.2.c), último párrafo, y 175.2º.4 del TRLPEMM, respectivamente.

No hay duda alguna, por tanto, de que hasta el Real Decreto-ley 8/2014 existía la figura de la reversión anticipada de las obras e instalaciones realizadas por el titular en la concesión demanial en los supuestos de prórroga no prevista en el título concesional con el consiguiente modificación de la liquidación de la tasa de ocupación.

El artículo 56. dos del Real Decreto-Ley 8/2014 dio nueva redacción al artículo 82 del TRLPEMM, desapareciendo completamente de este precepto cualquier referencia a la llamada reversión anticipada de la concesión en caso de prórroga no prevista en el título de otorgamiento, bastando para ello comparar la redacción del artículo 82 del TRLPEMM anterior y posterior al Real Decreto-ley 8/2014.

Es clara, por tanto, a juicio de este Centro Directivo, la supresión de la regla de reversión anticipada, supresión que se mantiene en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, que vuelve a modificar el artículo 82 del TRLPEMM.

Los argumentos que llevan a esta conclusión son los que a continuación se exponen.

En primer lugar, la indicada supresión por el Real Decreto-Ley 8/2014 del párrafo del artículo 82 del TRLPEMM en el que se establecía la regla de la denominada reversión anticipada (supresión que, como se ha dicho, se mantiene por la Ley 18/2014, de 15 de octubre), por lo que lo coherente es entender que esa figura ha dejado de existir al desaparecer la norma sustantiva que la establecía. La regla o principio general que sigue la legislación española es, como más adelante se indicará, la de la reversión a la extinción de la concesión, por lo que la figura de la reversión anticipada constituyó una excepción, y así lo confirma la circunstancia de que su reconocimiento en el dominio público portuario hubo de efectuarse mediante norma con rango de ley (artículo



107 de la LREPS). Pues bien, una vez suprimida la figura de la reversión anticipada por el Real Decreto-ley 8/2014 y mantenida la supresión por la Ley 18/2014, lo que no es posible es entender que a las Autoridades Portuarias les asiste la facultad de establecerla en los títulos concesionales que otorguen, pues precisamente su naturaleza de excepción al régimen general de reversión exige que su aplicación esté expresamente establecida en norma con rango de ley, lo que, obviamente, no acontece tras el Real Decreto-ley 8/2014. Dicho en otros términos, no tendría sentido alguno que, suprimida la reversión anticipada por el Real Decreto-ley 8/2014, se reconociese a las Autoridades Portuarias la facultad de establecerla en los títulos concesionales, pues en tal caso habría sido totalmente superflua la supresión de dicha figura por el citado Real Decreto-ley.

En segundo lugar, no desvirtúa el criterio que aquí se mantiene la regla contenida en el artículo 67.1.d) del TRLPEMM, que encuentra su antecedente más próximo en el artículo 93.1.d) de la LREPS, según la cual pertenecen al dominio público portuario estatal, “las obras construidas por los titulares de una concesión de dominio público portuario, cuando reviertan a la Autoridad Portuaria,” pues el precepto en cuestión se limita a calificar los bienes de dominio público portuario sin determinar el momento en que tiene lugar la reversión al no ser ello el objeto de dicho precepto. No cabe, por tanto, invocar el artículo 67.1.d) del TRLPEMM como argumento para justificar la subsistencia de la reversión anticipada.

En tercer lugar, frente al criterio que aquí se mantiene no puede oponerse válidamente lo prevenido en el apartado 3 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, referida a la ampliación del plazo concesional, que fue introducida por el Real Decreto-Ley 8/2014 y modificada por la Ley 18/2014. Dicha norma transitoria dispone lo siguiente:

“La ampliación del plazo concesional a que se refiere el apartado 1 de esta Disposición transitoria no será tenido en cuenta a los efectos de la valoración del rescate o de la revisión de la concesión y no alterará la situación jurídica existente respecto de las obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario que, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, hayan revertido a la Autoridad Portuaria, así como la tasa de ocupación que corresponda exigirse por su uso. Respecto de las obras e instalaciones que no hubieran revertido, será de aplicación el régimen previsto en esta Ley”

El precepto transcrito no puede utilizarse como argumento en contra del criterio que aquí se mantiene, y ello en razón de las dos siguientes consideraciones:

- a) Tratándose de una disposición transitoria, no puede admitirse su aplicación con carácter general o indiferenciado al ser ello contrario a su naturaleza de norma de derecho intertemporal, esto es, de norma que tiene por objeto determinar el régimen que han de seguir las situaciones y relaciones jurídicas surgidas bajo la vigencia de la ley antigua y que subsisten bajo la vigencia de la nueva ley, quedando exclusivamente limitada su aplicación, en consonancia con dicha naturaleza, a las citadas situaciones y relaciones, sin que, por tanto, pueda ser objeto de una aplicación general y extensiva a supuestos completamente distintos.
- b) El inciso final de dicha disposición transitoria décima.3 (“Respecto de las obras e instalaciones que no hubieran revertido, será de aplicación el régimen previsto en esta ley”), introducido por la Ley 18/2014 como consecuencia de una enmienda presentada por Grupo Parlamentario Catalán con el fin de clarificar el régimen de reversión de obras e instalaciones no revertidas de las concesiones anteriores al Real Decreto-Ley 8/2014, resulta coherente con el contenido de la propia disposición transitoria décima.3, ya que la reversión anticipada subsistió hasta el Real Decreto-Ley 8/2014, por lo que, cuando la norma que se examina utiliza la locución “será de aplicación el régimen previsto en esta ley”, el régimen a que dicha locución se refiere es el actual, es decir, el régimen en el que ya no existe reversión anticipada. El contenido de esta disposición transitoria décima.3 revela claramente que hasta el Real Decreto-Ley 8/2014 existía reversión anticipada y que tras esta norma dicha reversión quedó suprimida.

En cuarto lugar, tampoco se opone a la tesis que aquí se sostiene –supresión de la reversión anticipada– la subsistencia de la regla establecida en el artículo 175.c).2º.4 del TRLPEMM,

relativo a la base imponible de la tasa de ocupación, según la cual “en caso de prórroga de la concesión o autorización, se procederá a una nueva tasación de las obras e instalaciones cuando éstas reviertan a la Autoridad Portuaria.”

En efecto, la regla indicada es una norma tributaria que, en su condición de tal, no puede invocarse como argumento para suplir la inexistencia de una norma sustantiva como es la que regula la reversión anticipada y que fue suprimida por el Real Decreto-Ley 8/2014. La norma tributaria en este caso no es más que la consecuencia y no la causa de la norma sustantiva: una vez establecida la reversión anticipada por el artículo 107 de la LRPS hubo de completarse esta figura en su aspecto o dimensión fiscal por la Ley 33/2010, que introdujo esa regla en el nuevo artículo 10.c).2º.4 de la LRJPS, pasando a quedar recogida al actual artículo 175.c).2º.4 del TRLPEMM.

Pues bien, suprimida la reversión anticipada por el Real Decreto-Ley 8/2014, lo que no puede hacerse para justificar la subsistencia de aquélla es invocar una norma tributaria que, como se ha dicho, es mera consecuencia de la norma sustantiva que estableció dicha figura y que, una vez suprimida esta última, carece ya de sentido aquélla. La subsistencia de la regla del artículo 175.c).2º.4 del TRLPEMM se explica por un defecto de técnica normativa, puesto que debería haberse suprimido al desaparecer la reversión anticipada.

Por último, las posibles dudas que se pudieran suscitar al respecto deberían resolverse conforme a los principios generales contenidos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y en las demás leyes administrativas sectoriales reguladoras de distintas clases o categorías del demanio natural, en las que se establece que la reversión se produce cuando se extingue la concesión y no antes, siendo así que la extinción de la concesión tiene lugar no sólo cuando, no habiéndose otorgado prórroga, vence el plazo fijado en el título concesional, sino también cuando, otorgada prórroga, vence el plazo de ésta, así como por otras causas que no guardan relación con la dimensión temporal del derecho concesional.

En este sentido, y como se indica en la propia solicitud de informe, baste recordar el artículo 101 de la LPAP, como norma más general, donde se dispone que “cuando se extinga la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la Administración a costa del concesionario, a menos que su mantenimiento hubiera sido previsto expresamente (...). En tal caso, las obras, construcciones e instalaciones serán adquiridas gratuitamente y libres de cargas y gravámenes por la Administración General del Estado o el organismo público que hubiera otorgado la concesión.”

Por su parte, el artículo 53.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de junio, determina que “al extinguirse el derecho concesional, revertirán a la Administración competente gratuitamente y libres de cargas cuantas obras hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico (...)”. Otro tanto puede decirse del artículo 72.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, según el cual “en todos los casos de extinción de una concesión, la Administración del Estado decidirá sobre el mantenimiento de las obras e instalaciones o su mantenimiento y retirada del dominio público y de su zona de servidumbre de protección por el interesado y a sus expensas (...)”.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración la siguiente

## CONCLUSION

La reversión anticipada prevista en el artículo 82 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, en la redacción de dicho precepto anterior a la aprobación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, ha sido suprimida por éste, no siendo, por tanto, posible, a partir de la fecha de la entrada en vigor de esta última norma legal, condicionar el otorgamiento de la prórroga de las concesiones a la reversión anticipada de las obras e instalaciones a la extinción del plazo inicial.

### **130.- Informe sobre compatibilidad entre ampliación del plazo inicial de las concesiones portuarias con las prórrogas solicitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio.**

#### **Resumen**

Informe sobre compatibilidad entre ampliación del plazo inicial de las concesiones portuarias con las prórrogas solicitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio. Principio de igualdad como criterio interpretativo lógico-finalista para igualar las posiciones jurídicas de los titulares de concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2014 y con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

**REF:** A.G.-ENTES PÚBLICOS 18/16 (R-174/16)

**Fecha:** 17 de marzo de 2016

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su solicitud de informe sobre la compatibilidad entre la ampliación del plazo inicial de las concesiones portuarias y las prórrogas solicitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

La solicitud de informe toma por base el artículo 56. Cinco del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que modificó el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), en el sentido de añadir una nueva disposición transitoria –disposición transitoria décima– que permite, previo cumplimiento de determinadas condiciones, la ampliación del plazo inicial de las concesiones otorgadas a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014.

La redacción original de la disposición transitoria décima del Real Decreto-ley 8/2014 fue objeto de modificación por el artículo 56. Seis de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, resultante de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 8/2014 y que, en lo que aquí interesa, introdujo un nuevo apartado 6, con la siguiente redacción:

“La ampliación del plazo concesional será compatible con las prórrogas otorgadas o tramitadas con anterioridad al Real Decreto- ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, con sujeción en todo caso a lo establecido en esta disposición.”

Pues bien, el alcance de dicho apartado 6 fue analizado en el contexto de un informe solicitado por ese Organismo Público a la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado y emitido el 9 de marzo de 2015 (ref: A.G. ENTES PÚBLICOS 9/15) sobre la interpretación que había de darse a la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), en la redacción dada a la misma por el artículo 56. Cinco de la Ley 18/2014. En concreto, se trataba de precisar si la citada disposición restringía de alguna forma la posibilidad de otorgar la prórroga excepcional del artículo 82.2.c) del TRLPEMM a las concesiones anteriores a la entrada en vigor de la LPEMM (lo que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1992).

En el citado informe, con carácter general y a la vista del tenor de dicha disposición transitoria, se concluyó que en las concesiones existentes a la entrada en vigor de la LPEMM no

cabía dicha prórroga excepcional, quedando la ampliación del plazo inicial de la concesión como único mecanismo de prolongación del título concesional.

No obstante, se distinguieron tres posibles situaciones en relación con el derecho a obtener la prórroga excepcional del artículo 82.2.c) del TRLPEMM:

“1.- Prórroga de la concesión solicitada con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio (lo que tuvo lugar el 5 de julio de 2014, conforme resulta de su disposición final quinta) y que esté en tramitación en esa fecha.

En este caso, el concesionario tendrá derecho a la obtención de la prórroga en los términos contenidos en el artículo 82.2.c) del TRLPEMM, de acuerdo con el criterio recogido en el informe de este Centro Directivo de 28 de noviembre de 2013 (A.G. Entes Públicos 95/13) al que anteriormente se hizo mención.

Respecto de la solicitud de prórroga en tramitación a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, debe indicarse que el concesionario, de acuerdo con el nuevo apartado 4 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM (apartado introducido por la Ley 18/2014), tendrá derecho a optar, en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley, entre la continuación del procedimiento con arreglo a la legislación anterior o por la mejora voluntaria de la solicitud de prórroga a los efectos de adaptarla a la nueva regulación.

Por lo demás, la prórroga que, en su caso, se otorgue será compatible con la ampliación del plazo concesional, tal y como establece el nuevo apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, al ser la solicitud de prórroga anterior al Real Decreto-ley 8/2014.

2.- Prórroga de la concesión solicitada con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 (5 de julio de 2014) y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014 (17 de octubre de 2014).

En este caso, y teniendo presente que en la fecha de solicitud de prórroga todavía no se había producido la modificación de la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM por la Ley 18/2014 –modificación que, como se ha dicho, ha supuesto la supresión de las prórrogas–, sería posible también obtener la prórroga de la concesión con arreglo al artículo 82.2.c) del TRLPEMM, pudiendo el concesionario ejercer igualmente la opción a que se refiere el apartado 4 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, aplicable a todos los concesionarios que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014 hubieran solicitado prórrogas.

Por el contrario, la posible prórroga del plazo concesional que se otorgue en este segundo supuesto que ahora se examina no será compatible con una posterior ampliación del plazo concesional, al haberse formulado la solicitud de prórroga con posterioridad al Real Decreto-ley 8/2014, tal y como se deduce a sensu contrario del apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM. Conviene precisar que dicho apartado no impide la prórroga de la concesión, ya que ésta no se suprime hasta la entrada en vigor de la Ley 18/2014, que, como se ha dicho, introdujo un inciso final en la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM del que se deduce, según lo indicado, la improcedencia de la prórroga. Lo que el apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM únicamente prohíbe es la compatibilidad de la ampliación del plazo concesional con la prórroga otorgada o tramitada antes del Real Decreto-ley 8/2014, pero lo que dicha norma no prohíbe es que se pueda solicitar y obtener únicamente prórroga.

3.- Prórroga de la concesión solicitada después de la entrada en vigor de la Ley 18/2014.

De acuerdo con la nueva redacción dada a la disposición transitoria cuarta, apartado cinco, de la LPEMM por la Ley 18/2014 y según se ha razonado, no es posible otorgar prórroga alguna del plazo concesional, aunque sí su ampliación en los supuestos y condiciones a que se refiere la disposición transitoria décima del TRLPEMM.”

## - II -

La aplicación del apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, introducido por la Ley 18/2014, tal y como se interpretó en el segundo de los supuestos del informe de este Centro Directivo de 9 de marzo de 2015, ha determinado que algunas Autoridades Portuarias se cuestionen si la interpretación mantenida en dicho informe sería extensible a todas las concesiones y no sólo a las otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LPEMM, objeto de ese informe, razón por la que se formula consulta sobre la compatibilidad entre la ampliación del plazo inicial de las concesiones portuarias y las prórrogas solicitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto- ley 8/2014, de 4 de julio.

Pues bien, la respuesta a la cuestión suscitada exige rectificar el repetido informe de la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 9 de marzo de 2015 en tanto en cuanto la conclusión a la que se llegó en el supuesto 2) sobre la incompatibilidad de la prórroga concesional solicitada después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014 con una posterior ampliación del plazo concesional, a la vista del apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, en la redacción dada al mismo por la Ley 18/2014, entra en contradicción con las consideraciones jurídicas que seguidamente se exponen sobre la cuestión planteada, que tiene un alcance más general que la que dio origen al informe antes indicado.

Pasando al examen de la cuestión consultada, se debe comenzar diciendo que el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, como declara el apartado VI de su Preámbulo, introdujo diversas modificaciones en el TRLPEMM, "...que van dirigidas a potenciar la competitividad en el sector portuario y el incremento de la inversión privada en infraestructuras portuarias y de conexión entre los modos de transporte marítimo y terrestre, lo que coadyuvará a potenciar el transporte intermodal".

Continúa diciendo el Preámbulo que:

"Así las medidas que, en este sentido, se adoptan en el presente Real Decreto-Ley van dirigidas, básicamente : a) al incremento del plazo de las concesiones demaniales portuarias, elevándolo al límite máximo de 50 años, lo que lleva aparejada la necesidad de introducir la correspondiente norma de derecho transitorio que regule la ampliación del plazo inicial de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley; b) a la introducción de un nuevo supuesto de prórroga extraordinaria asociada a la contribución para la financiación de infraestructuras de conectividad portuaria y mejora de las redes de transporte de mercancías;...."

Más adelante, en relación con los plazos concesionales y con especial incidencia en la cuestión analizada, el Preámbulo declara que:

"En relación con lo anterior, también es necesario incluir una norma de derecho transitorio, aplicable a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, a fin de permitir que los titulares de las mismas puedan, bajo determinadas condiciones, beneficiarse de la ampliación del plazo máximo de las concesiones a 50 años, lo que permitirá igualar la posición competitiva de estos concesionarios con la de aquéllos que en el futuro obtengan su concesión sin el límite de los 35 años de plazo máximo concesional vigente hasta ahora"

Pues bien, sobre esta base, el artículo 56. Dos del Real Decreto-ley 8/2014, por un lado, da nueva redacción al artículo 82 del TRLPEMM para recoger en este precepto la elevación del límite máximo del plazo concesional a 50 años, así como para incorporar el nuevo supuesto de prórroga extraordinaria.

Por otro lado, el apartado Cinco del citado artículo 56 añade una nueva disposición transitoria décima al TRLPEMM, referida a la ampliación del plazo de las concesiones otorgadas "con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley" (así se dice en la rúbrica de dicha disposi-

ción transitoria), que, pese a su tenor literal, sólo podía referirse a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del propio Real Decreto-ley 8/2014.

La redacción original de la disposición transitoria décima del Real Decreto-ley 8/2014 fue objeto de modificación por la Ley 18/2014, resultante, como se ha dicho, de la tramitación como proyecto de ley del Real Decreto-ley 8/2014.

Es importante resaltar que el apartado VI de la Exposición de Motivos de la Ley 18/2014 reproduce íntegramente el contenido del apartado VI del Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2014 y, por tanto, los párrafos del mismo anteriormente reproducidos, relativos al incremento del plazo concesional y a la necesidad de incluir una norma de derecho transitorio aplicable a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014.

El artículo 56. seis de la Ley añade una nueva disposición transitoria al TRLPEMM –disposición transitoria décima–, advirtiéndose de inmediato la primera modificación, respecto de la disposición transitoria décima que al TRLPEMM añadió el Real Decreto-ley 8/2014, en la rúbrica de la misma –“Ampliación del plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia”–, con lo que se subsana el defecto de redacción advertido en la disposición transitoria décima que introdujo. Queda claro, por tanto, que el régimen de la ampliación del plazo concesional diseñado en dicha disposición es aplicable a las concesiones “otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014”.

Partiendo de la base de que prórroga y ampliación son dos conceptos distintos y de que, de conformidad con la rúbrica de dicha disposición transitoria y con el apartado 1 de la misma, sólo es posible ampliar el plazo inicial de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto- ley 8/2014, resulta evidente –como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 18/2014 y antes el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2014– que con la inclusión de esta disposición transitoria décima sobre la ampliación de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley se ha pretendido igualar la posición jurídica de los antiguos concesionarios, que pueden beneficiarse de una ampliación del plazo máximo de las concesiones hasta 50 años, con la de quienes obtengan concesiones tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, dado que estas últimas concesiones tienen como plazo máximo el de 50 años.

Siendo esto así, no resulta compatible con la finalidad perseguida por el legislador una interpretación literal –y, deducida de ella, una interpretación a sensu contrario– del apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM, introducida por la Ley 18/2014, de forma que quede excluida la posibilidad de conseguir una ampliación del plazo concesional (permitiendo llegar al plazo máximo de 50 años) cuando se haya solicitado y, en su caso, obtenido una prórroga del plazo concesional con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 (5 de julio de 2014) y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014 (17 de octubre de 2014).

En el repertorio de medios interpretativos que establece el artículo 3.1 del Código Civil, la interpretación gramatical de la norma constituye sólo el primer paso en la indagación de su verdadero sentido, de forma que el resultado a que conduzca este primer criterio de interpretación sólo será válido si queda confirmado por la interpretación lógico-finalista, que tiene un valor precedente.

Pues bien, la interpretación lógico-finalista del apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM permite fundadamente sostener que la ampliación del plazo concesional en los términos recogidos en la propia disposición es compatible con la prórroga solicitada (y obtenida en su caso) con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 18/2014, siempre que con ello se consiga igualar completamente la posición jurídica de los titulares de concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 y de los titulares de concesiones otorgadas con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma. A estos efectos, y

para la mejor comprensión de la interpretación que aquí se sostiene, se propone el siguiente ejemplo:

- 1) Concesión otorgada en el año 2000 (con anterioridad, por tanto, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014) por un plazo de 30 años, el máximo vigente en ese momento (LPEMM). Esta concesión vencería, por tanto, en 2030.

A partir de la entrada en vigor del Real Decreto –ley 8/2014 (5 de julio de 2014) podría solicitar la ampliación de la concesión, cumpliendo los requisitos establecidos. La Ley 18/2014, que sustituye al Real Decreto-ley, establece que la ampliación del plazo de la concesión no puede ser superior a los 2/5 del plazo inicial ni superar los límites fijados en el artículo 82, es decir 50 años.

Por tanto, si se hubiera solicitado la ampliación en el plazo establecido de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley, podría concedérsele una ampliación de 12 años (2/5 de 30), lo que llevaría el plazo concesional a 2042.

- 2) Concesión otorgada después de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014

Podría haberse otorgado por un plazo inicial máximo de 50 años, o por un plazo inferior (por ejemplo, 30), aunque con posibilidad de pedir prórroga que le lleve hasta los 50 años.

En el primer caso, el concesionario tendría, tras la ampliación, una concesión por 42 años. Si se pretende igualar la posición jurídica de ambos concesionarios, al concesionario del primer caso habría que reconocerle la posibilidad de pedir prórroga (se entiende que con posterioridad al Real Decreto-ley y de acuerdo con el artículo 82) que le permitiera sumar otros 8 años más y alcanzar, como el concesionario del primer caso, los 50 años.

Sólo entendiendo que los titulares de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014 pueden, además de obtener la ampliación del plazo de su derecho concesional, beneficiarse de la prórroga, se consigue la igualdad entre los titulares de concesiones otorgadas con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, satisfaciéndose así el principio de igualdad la posición competitiva como expresamente dice el preámbulo del Real Decreto-ley 8/2014 y la Exposición de Motivos de la Ley 18/2014.

Es, por tanto, necesario trascender el tenor literal del apartado 6 de la disposición transitoria décima del TRLPEMM e interpretar esta norma en consonancia con esa finalidad de igualar las posiciones de unos y otros concesionarios, lo que, por otra parte, supone aplicar en la interpretación de la norma que se analiza un criterio hermenéutico no previsto en el artículo 3.1 del Código Civil, pero que adquiere la máxima importancia, cual es el principio de interpretación de la norma jurídica con arreglo a la Constitución. En particular, la interpretación que aquí se sostiene es la que satisface el principio de igualdad que sanciona el artículo 14 de la Constitución. Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional nº 200/2001, de 4 de octubre:

“(.....) a) El artículo 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, con criterios y juicios de valor, generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas”

Es claro que con la interpretación que aquí se mantiene se iguala, como así se dice en el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2014 y en la Exposición de Motivos de la Ley 18/2014 la posición competitiva de titulares de concesiones otorgadas con anterioridad al repetido Real Decreto-ley y de titulares de concesiones otorgadas o que se otorguen a partir de esta norma.

Resuelto con esta interpretación finalista y acorde con los principios constitucionales el obstáculo que, para igualar la posición de ambos concesionarios, supone el tenor literal del apartado 6 de la disposición transitoria del TRLPEMM, en la redacción de la Ley 18/2014, la respuesta a la concreta cuestión ahora suscitada, que no es otra que la compatibilidad entre la ampliación del plazo inicial de las concesiones y una posible prórroga solicitada con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, resulta bastante sencilla.

En efecto, teniendo en cuenta que la ampliación del plazo inicial de una concesión (otorgada con anterioridad al Real Decreto-ley 8/2014 y solicitada en el plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, según establece el apartado 2 de la disposición transitoria décima) no puede superar los 2/5 del plazo inicial ni el plazo máximo de 50 años del artículo 82 del TRLPEMM (apartado 1, antepenúltimo párrafo, de la disposición transitoria décima), una vez otorgada la ampliación sería admisible una prórroga del plazo inicial ampliado si con ello se iguala la posición jurídica del titular de la concesión que solicitó la prórroga con la de aquellos otros concesionarios que, en el futuro y de acuerdo con la nueva normativa, pueden obtener su concesión sin los límites temporales vigentes hasta ahora.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración la siguiente

## **CONCLUSION**

Es compatible la ampliación del plazo inicial de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, con las prórrogas solicitadas con posterioridad a la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley, en los términos recogidos en el apartado II del presente informe.



## **131.- Informe sobre la valoración de la lámina de agua del puerto de Vigo en ejecución de sentencia.**

### **Resumen**

Informe sobre la valoración de la lámina de agua en ejecución de sentencia. Naturaleza jurídica de la Orden Ministerial que aprueba la valoración de terrenos y lámina de agua de la zona de servicio portuaria. Posibilidad de dictar en ejecución de sentencia un acto administrativo en sustitución de otro anulado. Alcance de la retroactividad del nuevo acto administrativo.

**REF:** A.G. ENTES PÚBLICOS 21/16 (R-195/16)

**Fecha:** 1 de abril de 2016

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su solicitud de informe sobre el posible alcance retroactivo de la Orden de valoración de la lámina de agua (zona I) del puerto de Vigo. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

La Orden del Ministerio de Fomento de 26 de noviembre de 2003, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra de fecha 19 de diciembre siguiente, aprobó la nueva valoración de los terrenos y lámina de agua de la Zona de Servicio del Puerto de Vigo.

Dicha Orden fue recurrida por varios concesionarios ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que, por sentencia de 13 de abril de 2007, estimó en parte el recurso a los solos efectos descritos en los Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto del fallo.

En concreto se anula la Orden “en el sentido de detraer de los valores de cada una de las áreas funcionales en las que se ha dividido la zona de servicio en el porcentaje correspondiente al incremento resultante de la aplicación de la variación del índice de precios al consumo entre noviembre de 2000 y la fecha en que se remitió el expediente para su aprobación por el Ministerio del ramo” (fundamento jurídico quinto), y para “calcular nuevamente el valor de la lámina de agua de la Subzona A o I en la Orden, partiendo para ello del valor de los terrenos colindantes o, en otro caso, se justifique la necesidad de acudir a los colindantes de la Subzona B, así como el criterio para determinar los coeficientes aplicados” (fundamento jurídico sexto).

Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de casación tanto por parte de ciertos concesionarios como por la Administración del Estado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de septiembre de 2010, resolvió los recursos, declarando, en primer lugar, no haber lugar a los recursos interpuestos por los concesionarios y, en segundo lugar, haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en el particular a que se refiere el fundamento de derecho quinto. Por último, en concordancia con lo declarado, acordó estimar parcialmente el recurso “declarando la anulación de la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de noviembre de 2003, exclusivamente en lo que concierne a la valoración del espacio de agua identificado como Zona I”.

Como se ha expuesto, la anulación de la Orden en este punto se fundamenta en que no se ha calculado el valor de la lámina de agua en dicha zona por referencia a los terrenos contiguos conforme a la normativa portuaria aplicable en el momento de aprobarse la valoración.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La cuestión consultada consiste en concretar la forma de ejecutar esa sentencia y cómo incide en la misma la nueva valoración de la zona de servicio y lámina de agua del Puerto de Vigo aprobada por Orden FOM/818/2015, de 20 de abril (Boletín Oficial del Estado de 5 de mayo de 2015).

La primera cuestión que se plantea en la solicitud de informe es la naturaleza jurídica de la Orden del Ministerio de Fomento de fecha 26 de noviembre de 2003, más concretamente, si tiene la naturaleza de una disposición administrativa de carácter general o la de un acto administrativo.

Aunque, a juicio de este Centro Directivo, tratándose de la ejecución de una sentencia, que anula en parte la Orden en el particular de la valoración de la lámina de agua indicada, la naturaleza de dicha Orden queda en segundo plano, ha de entenderse que dicha Orden es un acto administrativo de contenido plural que tiene por destinatario a todas las personas que utilizan la Zona de Servicio del Puerto por medio de las oportunas autorizaciones y concesiones y que, como es obvio, se ven afectados por la nueva valoración de los terrenos y lámina de agua de dicha Zona a los efectos de establecer la base imponible del canon por la ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario en virtud de una concesión o autorización (artículo 69 de la Ley 27/1992, de 27 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la redacción de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, vigente cuando se aprobó la Orden).

La doctrina y la jurisprudencia han tenido oportunidad de establecer los criterios para la distinción entre la norma jurídica (disposición general) y el acto administrativo. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 (Ar. 7490) declara lo siguiente:

“.. siendo oportuno explicar, con la Sentencia de esta Sala de 21 de marzo de 1986 que, para distinguir tales disposiciones de los simples actos, resoluciones o acuerdos administrativos, ni siquiera ha de estarse ‘a la forma como la norma se adopte, sino a su contenido’ —Sentencia de 25 de febrero de 1980— y principalmente a las particularidades que las caracterizan y en razón de sus destinatarios —Sentencia de 11 de marzo de 1981—; precisa acudir a la consuntividad y ordinamentación del precepto, en el sentido de que generalmente, el acto administrativo se caracteriza porque su cumplimiento agota el acto y, por el contrario, la norma, con su cumplimiento, no se agota, y, por otro lado, el acto administrativo, bien tenga contenido particular o general —referido a una pluralidad indeterminada de sujetos— es un acto ordenado y la norma, al estar imbuida de un carácter ordinal, se integra en el Ordenamiento Jurídico —Sentencia de 26 de noviembre de 1979—, característica especial esta última que, como esencialmente diferenciadora, se destaca por la Sentencia de 20 de mayo de 1981, según la cual las disposiciones de carácter general tienen una finalidad normativa y se integran en el Ordenamiento jurídico, en tanto que los actos administrativos, tengan por destinatario un solo sujeto o una pluralidad de ellos, siempre persiguen una finalidad particularizada...”

Aplicando los criterios que para la distinción entre norma y acto administrativo establecen la sentencia transcrita en lo pertinente y las que en ella se citan, ha de entenderse que la Orden de valoración de los terrenos y de la lámina de agua de la Zona de Servicio del Puerto de Vigo de 26 de noviembre de 2003 es un acto administrativo, ya que, si lo que caracteriza a la norma jurídica (disposición general) es su integración en el ordenamiento jurídico —regla de conducta que se incorpora al ordenamiento jurídico—, aportando una innovación al mismo y posibilitando así una pluralidad indefinida de cumplimientos, estas características o notas definidoras de la norma jurídica no concurren en dicha Orden, que resulta ser así un acto administrativo, pues difícilmente puede entenderse que la fijación del valor de los terrenos y lámina de agua de la zona de servicio de un puerto constituye una regla de conducta que se incorpora al ordenamiento jurídico.

Una prueba más de la consideración de la Orden de valoración como acto administrativo es que, como especifica su publicación (que sustituye a la notificación, surtiendo sus mismos efectos cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas — artículo 59.6.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común -LRJ-PAC-) contra la misma cabe recurso potestativo de reposición, el cual sólo procede contra los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa (artículo 116 de la LRJ-PAC), pues contra las disposiciones de carácter general no cabe recurso en vía administrativa (artículo 107.3 de la LRJ-PAC).

En la solicitud de informe, se mencionan, además, varias sentencias del Tribunal Supremo, como la de 24 de abril de 2014 y las que en ella se citan, que califican como acto administrativo y no como norma reglamentaria a una Orden de deslinde, análoga a la Orden de valoración analizada, considerando a la misma como un acto plural en un doble aspecto: por un lado, su eficacia se produce en relación con todos los afectados directamente por el deslinde y, por otro, su eficacia ha de considerarse general e indeterminada por cuanto el objetivo del deslinde consiste en establecer los límites del dominio público marítimo terrestre.

Partiendo, por tanto, de la consideración de la Orden como acto administrativo, lo primero que merece destacarse es que la sentencia dictada, respondiendo a una pretensión de anulación del artículo 31.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), ha estimado el recurso, declarando, como dispone el artículo 71 a) de dicha Ley, no ser conforme a Derecho y anulando, en este caso parcialmente, el acto recurrido. Dicha anulación produce efectos para todas las personas afectadas y no sólo entre las partes (artículo 72.2 de la LJCA). Sobre esa base, se trataría de ejecutar, en sus propios términos, una sentencia firme de un Tribunal.

En este sentido, conviene recordar que, según el artículo 118 de la Constitución, “es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. Por su parte, el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añade que “las Administraciones Públicas, las Autoridades y funcionarios, las Corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares, respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes”.

Cuestión distinta es la forma en la que la Administración del Estado —Ministerio de Fomento— autor de la Orden impugnada y anulada en parte, tiene que ejecutar el fallo.

Tal y como se indica en la solicitud de informe se está sopesando como mejor opción tramitar una Orden de valoración de la Zona I (lámina de agua) de manera independiente, fijando expresamente su ámbito de vigencia que, en este caso, tendría carácter retroactivo en relación con la Orden de valoración de 2003 y hasta la aprobación de la nueva Orden de valoración de 2015. Para ello ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LRJ-PAC que, entre otros casos, excepcionalmente, permite otorgar eficacia retroactiva a los actos que se dicten en sustitución de actos anulados.

La justificación de esta medida se encuentra en la necesidad de salvaguardar un principio de justicia material, evitando el beneficio que podría obtener la Administración de su propia torpeza determinante de la anulación administrativa o judicial de sus propios actos: la comisión de un vicio determinante de la anulación de un acto administrativo podría suponer para la Administración un ahorro si, al declararse la nulidad del mismo, el reconocimiento del derecho del particular no surtiera efectos sino a partir de esta declaración. Parece lógico que, cuando habiéndose sometido a un control de legalidad, el acto fuera anulado y en la medida en que de él se derivan efectos favorables para el interesado, este último no se vea perjudicado por la incorrecta actuación administrativa.

En todo caso, la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto que la posibilidad de que el acto tenga eficacia retroactiva depende también de que no se infrinjan los principios

generales que informan el ordenamiento jurídico administrativo y la actuación administrativa, siendo necesaria una ponderación de los intereses en juego, cuando se trata de sustitución de actos anulados, sin que sea irrelevante en tales supuestos que se trate de actos favorables o de gravamen.

Pues bien, no se advierte que dotar de eficacia retroactiva al año 2003, fecha en que se dictó la Orden parcialmente anulada, a la Orden que, en cumplimiento de una sentencia firme, ahora se dicte en sustitución de aquella, suponga infracción de principio alguno de nuestro ordenamiento jurídico administrativo y de la actuación administrativa.

La ponderación de los intereses en juego, en especial de los intereses de los recurrentes concesionarios, que han obtenido un fallo favorable de la jurisdicción contencioso-administrativa que anula la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de noviembre de 2003, en lo relativo a la valoración de la lámina de agua ordenando a la Administración que practique un nuevo cálculo del valor de dicha lámina sobre la base del valor de los terrenos contiguos, lleva también a la admisión de la eficacia retroactiva a la fecha propuesta de la nueva Orden que se dicte en sustitución de la anulada.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

No existe obstáculo legal para dar efecto retroactivo a la Orden de valoración de la lámina de agua (Zona I) del Puerto de Vigo, que se dicte en sustitución de la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de noviembre de 2003, aprobando la nueva valoración de los terrenos y lámina de agua de la Zona de Servicio del Puerto de Vigo, anulada por los Tribunales.

## 132.- Informe sobre la constitución de hipoteca sobre una concesión portuaria.

### Resumen

Informe sobre la constitución de hipoteca sobre una concesión portuaria. Análisis de la autorización a otorgar por la Autoridad portuaria previa a la transmisión de acciones y constitución de hipotecas en el ámbito de las concesiones demaniales.

**REF:** A.G. ENTES PÚBLICOS 58/16 (R – 508/2016)

**Fecha:** 23 de junio de 2016

**Ponente:** Raquel Ramos Valles

### Texto del informe

Examinado, al amparo de lo dispuesto en el apartado III.A.2ª de la Instrucción 1/2005, de 22 de junio, sobre régimen de coordinación de los Convenios de Asistencia Jurídica, su borrador de informe sobre la forma de proceder en Derecho ante la solicitud de autorización de transmisión de acciones sociales y de constitución de una hipoteca sobre concesión formuladas ante la Autoridad Portuaria de Gijón, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado emite informe en los siguientes términos:

### ANTECEDENTES

1º) El 12 de mayo de 2016 Doña ....., como apoderada de las sociedades XXX y YYY presentó escrito ante la Autoridad Portuaria de Gijón solicitando la autorización por dicha Autoridad Portuaria de la transmisión de la totalidad de las acciones sociales de XXX a YYY, y de la constitución de una hipoteca sobre la concesión administrativa de la que es titular XXX.

2º) De la propuesta de informe que se eleva a consulta y de la documentación que se adjunta a la misma se desprenden los siguientes hechos de interés:

- XXX es titular de una concesión administrativa de uso privativo con instalaciones y obras permanentes otorgada para la construcción y explotación de un centro de talasoterapia en el puerto deportivo de Gijón, con un plazo de duración de 29 años, prorrogables por otros cinco.

La cláusula primera del Pliego de Condiciones de la referida concesión, aprobado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Gijón el 27 de junio de 2005, declara el sometimiento de dicha concesión a lo dispuesto en “la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificada por la Ley 62/1997, de 26 de noviembre, y demás disposiciones aplicables a las concesiones sobre dominio público portuario estatal”.

- Con fecha de 15 de marzo de 2016 YYY adquirió la totalidad de las acciones del capital social de XXX, convirtiéndose en accionista único de la sociedad concesionaria. Así se desprende de la copia autorizada de la escritura de compraventa de acciones que se adjunta como documento nº 1.
- En la misma fecha (15 de marzo de 2016) la sociedad YYY suscribió un contrato de préstamo con la entidad BANKIA, S.A. por importe de 9.350.000 euros de principal. En dicho contrato, cuya copia se adjunta como documento nº 2, se hace constar expresamente que la finalidad del préstamo es la de “destinar su importe a la asunción de la deuda existente en la sociedad XXX, S.A. y a la inversión en obras de mejora de las instalaciones del centro Talasoponiente.” A tal fin, se prevé que la disposición del importe del préstamo se efectuará “contra entrega de las facturas acreditativas de las inversiones y mejoras para

cuya finalidad ha sido concedida la presente operación,” estando facultada BANKIA, S.A. para “requerir al cliente que acredite, en su caso, de forma fehaciente, que su destino será el previsto en esta estipulación, esto es, satisfacer el pago de las obras de construcción proyectadas sobre la/s concesión/es administrativa/s y resto de costes necesarios para la ejecución de la promoción” El referido contrato contempla como causa de resolución el incumplimiento de “la finalidad para la que se concede este préstamo, tan pronto como BANKIA tenga conocimiento que se han utilizado los fondos para finalidad distinta a la concedida.”

Sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada del prestatario (YYY), en el contrato de préstamo también se establece una garantía a favor de BANKIA, S.A. por el importe del principal (9.350.000 euros), consistente en una hipoteca constituida por XXX sobre la concesión administrativa de su titularidad. La escritura de préstamo supedita su plena efectividad a la circunstancia de que por la Autoridad Portuaria se autorice la hipoteca constituida sobre la concesión.

- En esa misma fecha de 15 de marzo de 2016, YYY confirió a XXX un préstamo por idéntico importe de 9.350.000 euros con los fondos recibidos de BANKIA, S.A., tal y como consta en el contrato de préstamo cuya copia se adjunta, previéndose que el objeto de la financiación que recibe XXX es “emplearla en el pago y cancelación de sus deudas con terceros”
- Y consta igualmente (documento nº4) contrato de resolución de derechos de crédito derivados de determinados contratos financieros, de 15 de marzo de 2016, por el que se acuerda la resolución y el vencimiento anticipado del contrato de crédito que XXX tenía con BANCO DE SANTANDER, S.A. y CATALUNYA BANC, S.A., por importe de 9.094.238,74 euros.
- Finalmente, las Juntas Generales de Accionistas de XXX y de YYY han acordado (documentos nº 5 y nº 6) el inicio de los trámites para proceder a la fusión por absorción de XXX por su socio único YYY.

3º) Con fecha de 20 de junio de 2016 el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con la Autoridad Portuaria de Gijón elevó consulta a este Centro Directivo sobre la forma de proceder en Derecho ante las solicitudes de autorización de transmisión de acciones y de constitución de hipoteca sobre concesión, presentadas por XXX y YYY ante la Autoridad Portuaria de Gijón.

En su propuesta de informe, el Abogado del Estado concluye, previas las consideraciones jurídicas que estima pertinentes, en sentido favorable a las autorizaciones solicitadas.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

-I-

Se solicita informe sobre la forma de proceder en Derecho ante las solicitudes de autorización formuladas por las mercantiles XXX y YYY, respecto de la transmisión de la totalidad de las acciones de la primera sociedad a la segunda, y respecto a la constitución de una hipoteca sobre la concesión administrativa sobre dominio público portuario estatal de la que es titular la empresa XXX.

Por lo que se refiere a la autorización de la transmisión de acciones, el artículo 117.4 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, vigente al tiempo del otorgamiento de la concesión que se examina, dispuso lo siguiente:

“4. La enajenación de las acciones, participaciones o cuotas de una sociedad, comunidad de bienes u otros entes sin personalidad jurídica que tengan como actividad principal la explotación de la concesión, exigirá la autorización de la Autoridad Portuaria siempre que pueda suponer que el

adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad o comunidad.

En el supuesto de que la concesión tenga por objeto la prestación de un servicio portuario básico o el desarrollo de una actividad o servicio comercial directamente relacionado con la actividad portuaria, la transmisión no podrá ser autorizada cuando el adquirente sea titular de una concesión con el mismo objeto o tenga una participación directa o indirecta que le permita influir de manera efectiva en una sociedad o comunidad titular de una concesión cuyo objeto sea el mismo, siempre que ostente una posición dominante en la actividad objeto de la concesión dentro del puerto o cuando como consecuencia de la adquisición pueda adquirirla.

Para la determinación de las situaciones de influencia efectiva en la gestión o control de una entidad y de tenencia de posición dominante en el puerto se estará a lo dispuesto en el artículo 77.1 de esta Ley.”

En idénticos términos se expresa la regla 29ª de la citada Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, por la que se aprueba el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal.

Y la misma redacción se recoge a este respecto en el artículo 92.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, con la única diferencia de que la remisión al artículo 77.1 de la Ley 48/2003 se sustituye por otra al artículo 121.1 del vigente TRLPEMM.

Así las cosas, y siendo preceptiva la autorización de la transmisión de las acciones sociales de XXX a YYY (por cuanto que, al implicar la adquisición por YYY del 100 por cien del capital social de la entidad concesionaria, se cumple la premisa de que “el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad”), el otorgamiento efectivo de dicha autorización sólo requiere, como se indica en la propuesta de informe, que se constate por la Autoridad Portuaria, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, que no se dan los concretos impedimentos que se indican en el párrafo segundo del artículo 117.4 de la Ley 48/2003 (párrafo segundo del artículo 92.4 del vigente TRLPEMM).

## -II-

La autorización de la constitución de una hipoteca sobre la concesión administrativa de la que es titular XXX plantea una duda interpretativa, derivada de las diferencias de redacción entre la normativa general en materia de concesiones sobre el dominio público (artículo 98.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en adelante LPAP), y en normativa especial sobre concesiones en el dominio público portuario (artículo 92.7 del vigente TRLPEMM, y, en idéntico sentido, artículo 117.7 de la Ley 48/2003, aplicable a la concesión por razones temporales).

Efectivamente, estos últimos preceptos (artículos 92.7 del TRLPEMM y 117.7 de la Ley 48/2003) se limitan a disponer que “La constitución de hipotecas y otros derechos de garantía sobre las concesiones deberá ser previamente autorizada por la Autoridad Portuaria.”

Por su parte, el artículo 98.2 de la LPAP establece lo siguiente (el subrayado es nuestro):

“2. Los derechos sobre las obras, construcciones e instalaciones sólo podrán ser hipotecados como garantía de los préstamos contraídos por el titular de la concesión para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada.

En todo caso, para constituir la hipoteca será necesaria la previa autorización de la autoridad competente para el otorgamiento de la concesión. Si en la escritura de constitución de la hipoteca no constase esta autorización, el registrador de la propiedad denegará la inscripción.

Las hipotecas constituidas sobre dichos bienes y derechos se extinguen con la extinción del plazo de la concesión.”

El precepto de la LPAP parcialmente transcrito no sólo somete la constitución de hipotecas sobre concesiones a autorización administrativa, como los artículos 117.7 de la derogada Ley 48/2003 y 92.7 del vigente TRLPEMM, sino que establece una limitación adicional a la constitución de hipotecas sobre concesiones en el dominio público, en parte subjetiva (sólo pueden constituirse hipotecas en garantía de “préstamos contraídos por el titular de la concesión”), y en parte finalista (“para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada”).

La aplicación literal del primero de los requisitos del artículo 98.2 de la LPAP (que la hipoteca se constituya para garantizar préstamos contraídos por el titular de la concesión), haría inviable la autorización de la Autoridad Portuaria de Gijón en el supuesto que se examina, pues, como se desprende del relato de hechos que antecede, la hipoteca cuya autorización se solicita fue constituida no para responder de un préstamo contraído por la sociedad concesionaria (XXX), sino por la sociedad que ostenta la condición de accionista único de aquélla (YYY), bien que con la finalidad exclusiva de sanear las deudas de la concesionaria y de realizar inversiones en obras de mejora de las instalaciones de la concesión.

Este Centro Directivo no aprecia obstáculos legales para el otorgamiento de la autorización de constitución de hipoteca sobre la concesión solicitada por las sociedades XXX y YYY, y ello por los motivos que seguidamente se exponen.

En primer lugar, en el eventual conflicto entre la norma general en materia de dominio público (la LPAP) y la norma especial en materia de dominio público portuario (la Ley 48/2003 y el vigente TRLPEMM), debe tenerse en cuenta que la primera previene expresamente su aplicación supletoria en caso de que existan normas especiales. Así, el artículo 5.4 de la LPAP dispone que “los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio”.

En igual sentido se expresa el artículo 24.2, último párrafo, del TRLPEMM, relativo a la denominación y naturaleza de las Autoridades Portuarias, con arreglo al cual “en cuanto al régimen patrimonial, se regirán por su legislación específica y, en lo no previsto en ella, por la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas”.

Por su parte, el artículo 67.1 del TRLPEMM dispone que “los puertos de interés general forman parte del dominio público marítimo-terrestre e integran el dominio público portuario estatal, el cual se regula por las disposiciones de esta ley y, supletoriamente, por la legislación de costas”.

Por tanto, la LPAP sólo se declara aplicable en defecto de normas especiales sobre dominio público. Y en el ámbito que se considera existe una ley especial que regula el dominio público portuario estatal (el TRLPEMM), que somete dicho demanio a las disposiciones del propio TRLPEMM y, supletoriamente, a la legislación de costas.

Cabe añadir que el Pliego de Condiciones aplicable a la concesión objeto de consulta sólo declara aplicable a la misma la Ley 48/2003, la Ley 27/1992, modificada por la Ley 62/1997, y las “demás disposiciones aplicables a las concesiones sobre dominio público portuario estatal”, sin mencionar, siquiera con carácter supletorio, la LPAP.

Todo ello determina que haya de entenderse aplicable la regulación especial de la hipoteca sobre las concesiones en el ámbito del dominio público portuario, esto es, el artículo 92.7 del TRLPEMM y, con anterioridad, el artículo 117.7 de la Ley 48/2003.

Prescindiendo de la anterior circunstancia, cabe añadir, a efectos meramente dialécticos, que la finalidad a la que responde el artículo 98.2 de la LPAP es, conforme a una interpretación



lógica y finalista, la de evitar que se constituyan gravámenes hipotecarios sobre los bienes y derechos de la concesión desvinculados del buen fin de la misma y que puedan comprometer su viabilidad. Efectivamente, si el artículo 98.2 de la LPAP dispone que la hipoteca sólo puede constituirse en garantía de préstamos contraídos por el concesionario, a continuación añade que “para financiar la realización, modificación o ampliación de las obras, construcciones e instalaciones de carácter fijo situadas sobre la dependencia demanial ocupada.” Por ello, es lógico concluir que lo relevante es que la hipoteca que se constituya sobre la concesión no responda a la finalidad de garantizar actuaciones u operaciones ajenas o desvinculadas a la propia concesión demanial, sino relacionadas con la misma.

En el supuesto que se examina, el préstamo ha sido contraído por YYY, que es el accionista único de la concesionaria, ante las dificultades económicas que impedían a ésta, YYY, obtener directamente financiación, y con la finalidad declarada en el contrato de destinar el principal del préstamo al saneamiento de las deudas de la concesionaria y a la inversión en obras de mejora de las instalaciones de la concesión. Se cumple por ello la finalidad de que la hipoteca se constituya para financiar la realización, modificación o ampliación de obras, construcciones e instalaciones de la concesión. Cabe presumir fundadamente, en definitiva, que la constitución de la hipoteca revertirá favorablemente en la concesión administrativa.

Por último, cabe señalar que entre la regulación especial (artículo 92.7 del TRLPEMM, que sólo somete la constitución de hipoteca sobre la concesión a la preceptiva autorización de la Autoridad Portuaria), y la regulación general (el artículo 98.2 de la LPAP, que circunscribe la constitución de tales hipotecas a que garanticen préstamos contraídos por el concesionario y para la financiar la modificación o ampliación de obras, construcciones o instalaciones de la concesión), nuestro Derecho positivo contiene otro precepto que se decanta por la solución intermedia, esto es, supeditar la admisión de hipotecas sobre concesiones al requisito de que garanticen deudas relacionadas con la propia concesión, sin exigir que se trate de deudas contraídas por el concesionario.

Efectivamente, el artículo 261 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSJP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dispone en su apartado 1, en una redacción que se mantiene tras la modificación operada en dicho precepto por la disposición final novena. Siete de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), lo siguiente:

“1. Las concesiones de obras públicas con los bienes y derechos que lleven incorporados serán hipotecables conforme a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, previa autorización del órgano de contratación.

No se admitirá la hipoteca de concesiones de obras públicas en garantía de deudas que no guarden relación con la concesión correspondiente”

Previsión que, aunque específicamente referida a las concesiones de obras públicas, pone de manifiesto el más reciente criterio del legislador de admitir hipotecas sobre concesiones siempre que su constitución responda a la finalidad de garantizar deudas relacionadas con la propia concesión, como sería el caso.

En atención a lo expuesto, la Abogacía General del Estado formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

De acuerdo con las consideraciones efectuadas en los fundamentos jurídicos I y II del presente informe, este Centro Directivo confirma el criterio de la propuesta de informe que se eleva a consulta, y no formula observaciones a la autorización por la Autoridad Portuaria de Gijón de las solicitudes de transmisión de acciones y de constitución de hipoteca sobre concesión, formuladas por las entidades XXX (concesionaria) y YYY (accionista única de la empresa concesionaria).

### **133.- Informe sobre la preferencia de atraque reconocida a algunos concesionarios en espacios no incluidos en el ámbito de la concesión.**

#### **Resumen**

Informe sobre la preferencia de atraque reconocida a algunos concesionarios en espacios no incluidos en el ámbito de la concesión. Legalidad de concesiones demaniales que incluyen una cláusula por la que se otorga a su titular un derecho de atraque preferente fuera del ámbito concesional. Derechos preferenciales de atraque. Resarcimiento en caso de incumplimiento por la Autoridad Portuaria.

**REF:** A.G. ENTES PÚBLICOS 45/2016 (R – 416/2016)

**Fecha:** 14 de julio de 2016

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel y Elena Rodríguez Ramalle

#### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la conformidad a Derecho de la inclusión en los títulos concesionales de una cláusula por la que se reconozca al concesionario una preferencia de atraque de los buques que opera en espacios de dominio público ajenos al ámbito espacial de su concesión, así como sobre las consecuencias que produciría, en su caso, el incumplimiento de la referida cláusula. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

**- I -**

De las consideraciones expuestas en el escrito de consulta se deduce que el objeto de la misma se circunscribe a determinar la legalidad de las cláusulas que, en concesiones otorgadas para la ocupación de un determinado espacio perteneciente al dominio público portuario, reconocen, además, al titular de dicha concesión el derecho preferente a atracar un buque operado por él en otro espacio distinto, no incluido en el ámbito de su título concesional, pero generalmente colindante con la superficie otorgada en concesión.

El presente informe se ceñirá por tanto a analizar el supuesto indicado, sin que las conclusiones en él expuestas hayan de aplicarse necesariamente a otras situaciones que, aunque mencionadas en el texto de la consulta a efectos de ilustrar la manera en que la Administración portuaria viene hasta ahora actuando, exceden del ámbito de aquélla, tal y como ha sido formulada.

**- II -**

Para juzgar la legalidad de las cláusulas objeto de la consulta, ha de partirse de la específica regulación que sobre la utilización del dominio público portuario contiene el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

Dispone el artículo 73 del citado texto legal que “la utilización del dominio público portuario se regirá por lo establecido en esta Ley, en el Reglamento de Explotación y Policía y en las correspondientes Ordenanzas Portuarias, las cuales establecerán las zonas abiertas al uso general y, en su caso gratuito” (apartado 1) que “los usos y actividades que presenten circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad o rentabilidad exigirán el otorgamiento de la correspondiente autorización o concesión, con sujeción a lo previsto en esta ley y en los Pliegos de Condiciones Generales que se aprueben, que se publicarán en el Boletín Oficial del Estado” (apartado 2).

El artículo 74 del TRLPEMM se refiere a los usos y actividades sobre el dominio público portuario que requieren el otorgamiento de una autorización, mientras que el artículo 81 define los supuestos sujetos a concesión.

Precisamente, en el apartado 5 de este último precepto se mencionan las concesiones o autorizaciones de instalaciones de atraque, lo cual permite pensar que ambas figuras son válidas para amparar este tipo de utilización del dominio público portuario, pero también que, en principio, será necesario el otorgamiento de una u otra para que ese uso sea conforme a la legalidad.

Esta regulación específica es plenamente conforme, como no podía ser de otro modo, con la regulación general contenida en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y, en particular, con el principio general incluido en el artículo 84.1 de dicha Ley:

“Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos.”

En la LPAP se diferencian también los dos tipos de títulos habilitantes del uso o aprovechamiento especial del dominio público, las autorizaciones y las concesiones (artículo 86).

Puede, pues, afirmarse con carácter general que el uso del dominio público portuario que supone el hecho de atracar un buque en las instalaciones del puerto, requiere de un previo título habilitante, que puede ser una autorización o una concesión.

- III -

Dicho lo anterior, procede examinar las condiciones o requisitos que habrían de cumplirse para admitir, en lo sucesivo, el otorgamiento de concesiones que incluyan una cláusula por la que se otorgue a su titular el derecho al atraque preferente y, tras ello, hacer referencia a las concesiones ya otorgadas en las que se incorpore esa cláusula.

A tenor de las consideraciones incluidas en la consulta, los concesionarios que se están beneficiando de un derecho de atraque preferente sobre cuya legalidad se suscitan dudas al Organismo consultante son titulares de una concesión en la cual no está incluido de manera expresa el espacio de dominio público portuario en el que tiene lugar el atraque. A primera vista, carecen, por tanto, de título que les habilite para usar el dominio público portuario en esa forma.

Con todo, no sería exacto afirmar que carecen absolutamente de título, pues lo cierto es que lo han obtenido para la ocupación de una determinada porción del dominio público portuario y con ocasión de ello se les ha permitido también atracar de manera preferente en otro espacio del puerto, generalmente colindante con la superficie otorgada en concesión.

Así las cosas, ha de recordarse que el artículo 84.3 de la LPAP establece que:

“Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta Ley.”

Atendiendo, por tanto, con carácter prioritario a la regulación específica contenida en el TRLPEMM, ha de tenerse presente que su artículo 73.1 dispone que la utilización del dominio público portuario se regirá por lo establecido en dicha Ley, en el Reglamento de Explotación y Policía y en las correspondientes Ordenanzas Portuarias.

En consecuencia, se hace necesario examinar si en alguno de esos textos se contempla la posibilidad de que existan concesiones que incluyan un derecho de atraque preferente a favor de su titular incluso en un espacio no comprendido en el ámbito del título concesional.

Pues bien, hasta la fecha, ese Organismo Público, tal y como se indica en la consulta, no ha aprobado aún el Reglamento de Explotación y Policía de los Puertos a que se refiere el artículo 73.1, y que debe incluir como anexo un modelo de Ordenanzas Portuarias de modo que por esta vía quede garantizado que éstas, elaboradas por cada Autoridad Portuaria, se ajusten a él (artículo 295).

A falta de dicho Reglamento y, por tanto, también de Ordenanzas Portuarias aprobadas de conformidad con el mismo, las Autoridades Portuarias vienen aplicando aún los Reglamentos de Servicio y Policía aprobados al amparo de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928 (artículo 31) y del Reglamento dictado para su ejecución, de la misma fecha (artículo 63), en la medida en que sus previsiones no resulten contrarias a la legislación vigente.

En dichos Reglamentos de Servicio y Policía de los puertos se contienen normas, redactadas en todos ellos en términos prácticamente idénticos, que admiten la existencia de autorizaciones o concesiones que permiten a su titular el uso exclusivo o preferente de superficies o instalaciones de atraque.

Pueden tomarse como ejemplo el Reglamento de Servicio, Policía y Régimen Interior del Puerto Autónomo de Bilbao, que fue aprobado por Orden Ministerial de 6 de abril de 1976, y el Reglamento de Servicios, Policía y Régimen Interior del Puerto de Gijón, aprobado por Orden Ministerial de 14 de mayo de 1976. En el artículo 23 de uno y de otro, bajo la rúbrica “normas para la designación de los atraques”, se establece:

“La Dirección del Puerto tendrá en cuenta para la designación de los atraques, las características del buque, la existencia de concesiones o autorizaciones de superficies o instalaciones en exclusiva, o preferenciales, las especializaciones de los muelles para las distintas clases de buques y carga, así como la existencia de instalación y equipo adecuado para las operaciones a realizar, y de superficies o almacenes necesarios para el depósito de las mercancías”

Según se indica también en la consulta, en alguno de dichos Reglamentos, se contempla la posibilidad de otorgar derechos preferenciales de atraque a buques o empresas navieras que no sean titulares de concesión o autorización alguna en el puerto. Es el caso del Reglamento de Servicio y Policía de las zonas de servicio de los puertos incluidos en el ámbito de actuación del Puerto Autónomo de Valencia, de 12 de febrero de 1986 (y publicado en el BOP de 31 de enero) en el que, después de incluir el artículo 20 una previsión idéntica a la del artículo 23 de los Reglamentos de los Puertos de Bilbao y de Gijón en cuanto a la designación de atraques, el artículo 21 regula el “turno de atraques” del siguiente modo:

“Si a juicio de la Dirección del Puerto Autónomo, se les propusiera, a varios buques un mismo atraque en un muelle adecuado a sus características, a las mercancías que se van a manipular, o las operaciones que se van a realizar, el turno para el atraque vendrá dado por el orden de llegada a los puertos, certificado en caso necesario por la Autoridad de Marina competente.

El Órgano rector de los puertos incluidos en el ámbito de actuación del Puerto Autónomo de Valencia, cuando lo considere conveniente para el interés general del tráfico, podrá establecer expresamente derechos preferenciales de atraque.

En cualquiera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, corresponderá al Director del Puerto Autónomo la consideración de las circunstancias excepcionales que puedan concurrir en cada momento, otorgando el atraque de la forma más conveniente para el servicio portuario, conforme a lo establecido en el artículo 29 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Puertos.

Cuando un buque esté efectuando operaciones de carga o descarga y avise que a su terminación va a efectuar operaciones de descarga o carga en otro muelle, se considerará, a los efectos de su turno para el nuevo muelle, como si hubiera entrado en puerto dos horas antes de haber terminado la primera operación”

Puede decirse, por tanto, que en los Reglamentos de Servicios, Policía y Régimen Interior de los Puertos, aprobados al amparo de la Ley de Puertos de 1928, se contemplan dos posibles situaciones en cuanto a la eventual existencia de un derecho preferencial de atraque: o bien se es titular de ese derecho por virtud de una concesión o autorización o bien se posee esa preferencia por decisión expresa del órgano rector del puerto.

No existe, pues, en dichos Reglamentos ninguna regla que específicamente contemple y autorice el reconocimiento de derechos de atraque preferente por la vía de incluir una cláusula que así lo establezca en un título concesional que habilite para el uso de otro espacio incluido en el dominio público portuario distinto del destinado al atraque.

No obstante ello, si existe la posibilidad de que esos derechos preferentes de atraque puedan reconocerse directamente por el órgano rector del puerto, y esa posibilidad está incorporada a un Reglamento de Servicio y Policía que fue dictado al amparo de la Ley de Puertos de 1928 —el que rige para los puertos incluidos en el ámbito de actuación del Puerto de Valencia—, con igual motivo debería admitirse la posibilidad de que ese reconocimiento proceda de la cláusula incluida en un título concesional otorgado al amparo de la legislación vigente, incluso aunque el citado título no se refiera al espacio destinado al atraque, siempre y cuando se respeten los condicionantes, tantos sustantivos como procedimentales que seguidamente se indican.

El más importante de todos esos condicionantes lo constituye la existencia de una razón objetiva y suficiente, relacionada con la protección y fomento del interés general portuario, que justificase que al concesionario de determinada superficie en el dominio público portuario le correspondiese en su condición de tal el derecho de atraque preferente en una zona no incluida en el ámbito de la concesión, pero colindante con ella.

El propio TRLPEMM, en el artículo 66, apartado 1, establece:

“La gestión del dominio público portuario estatal estará orientada, garantizando el interés general, a promover e incrementar la participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios, a través del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones y concesiones, tanto demaniales como de obra pública, de acuerdo con lo previsto en esta ley.”

Y en el apartado 3 señala, además:

“La gestión de las infraestructuras y del dominio público portuario se realizará con criterios de rentabilidad y eficiencia.”

El artículo 73.5 del TRLPE hace asimismo referencia a la explotación razonable del dominio público portuario en los siguientes términos:

“Los titulares de autorizaciones y concesiones deberán comprometerse al desarrollo de una actividad mínima o tráfico mínimo que garantice una explotación razonable del dominio público.”

A la hora de tomar la decisión de incluir en un título concesional una cláusula que permita al concesionario atracar con carácter preferente su buque en una zona próxima o contigua a la del espacio incluido en el ámbito de la concesión de que es titular sería preciso tomar en consideración, por tanto, las razones que, desde el punto de vista de la necesidad de garantizar el interés general portuario y la explotación razonable del dominio público portuario, así como de respetar los criterios de rentabilidad y eficiencia en su gestión, harían aconsejable adoptar tal solución.

No parece difícil que tal justificación exista si en la superficie otorgada en concesión se lleva a cabo, en particular, una actividad para cuyo eficiente desarrollo sea necesario o conveniente cargar o descargar mercancías perecederas u otras destinadas a suministros a instalaciones fabriles o industriales que no admitan, por las singularidades de los procesos productivos, alteraciones o interrupciones, pues en tal circunstancia parece acorde con el

interés general portuario procurar que tal buque pueda entonces atracar de manera preferente en la zona colindante a la superficie concedida. El artículo 81.4 del TRLPEMM dispone que en el título concesional no solo se incorporarán las condiciones relativas a la ocupación del dominio público portuario, sino también las relativas a la actividad o a la prestación del servicio, de modo que, por esa vía, podría hacerse constar en la concesión si concurre una circunstancia como la señalada, de modo que el reconocimiento de ese derecho de atraque preferente en una cláusula del propio título concesional estaría así plenamente justificado por razón de la actividad que se realiza o del servicio que se presta en el espacio concedido, garantizando así la explotación eficiente, rentable y razonable del dominio público portuario.

Por último, la legalidad de la posibilidad que se considera dependería también de que en el procedimiento de otorgamiento de la concesión que incluyese la cláusula por la que se reconociese a su titular un derecho de atraque preferente para sus buques en un espacio no incluido en el ámbito de la concesión estuvieran plenamente garantizados los principios de concurrencia, la publicidad y la no discriminación entre todos los posibles interesados.

En definitiva, se trataría de que el eventual reconocimiento del derecho de atraque preferente a través de una cláusula incluida en el título concesional estuviera expresamente previsto en el Pliego de Bases del concurso, si es que la concesión se otorga de dicho modo (artículo 86 del TRLPEMM), o que fuera en su caso uno de los aspectos del proyecto que se dieran a conocer en el trámite de información pública a que se refiere el artículo 85, si ello fuera posible, en el caso de que se hubiese seguido el trámite de competencia de proyectos.

De cumplirse todos los requisitos señalados, tanto sustantivos como procedimentales, cabría razonablemente admitir la legalidad de las cláusulas concesionales a que el presente informe se refiere.

Alcanzada la anterior conclusión, habrá que distinguir dos supuestos:

A) Concesiones que en lo sucesivo se otorguen incorporando cláusulas por las que se reconozca a sus titulares el derecho al atraque preferente.

De cumplirse los requisitos o condiciones anteriormente indicados, ningún reparo habría que formular a su legalidad.

B) Concesiones ya otorgadas en las que se incluya la cláusula por la que se reconozca al concesionario el derecho de atraque preferente.

Obviamente, de cumplirse las condiciones o requisitos indicados, estas concesiones no plantearían ninguna cuestión de legalidad. En la hipótesis de que, contrariamente, no se cumplieren dichos requisitos, la ilegalidad que por ello pudiera apreciarse no tendría, en la gran mayoría de los casos, consecuencias prácticas. En efecto, siendo la concesión y, particularmente, la cláusula por la que se reconoce el derecho de atraque preferente actos declarativos de derechos, la supresión o eliminación de esta cláusula sólo podría efectuarse, por razones de ilegalidad, mediante la vía de su revisión de oficio que, por no plantear ningún supuesto de nulidad de pleno derecho, habría de seguir los trámites de la declaración de lesividad, siendo así que ello tiene el límite temporal de cuatro años contados desde la fecha del otorgamiento de la concesión (artículo 103 de Ley 30/1992, 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LRJ-PAC-).

#### - IV -

El último de los extremos consultados se refiere a las eventuales consecuencias que se seguirían en el caso de que, a través de una cláusula concesional, se reconociera, en los términos analizados, el derecho al atraque preferente y luego tal derecho no pudiera respetarse, es decir, se incumpliera esa cláusula por parte de la Administración portuaria.

En consonancia con la distinción de supuestos efectuada en el anterior apartado, procede examinar separadamente el supuesto de las concesiones ya otorgadas y de las que se otorguen en lo sucesivo cumpliendo los requisitos indicados y el supuesto de concesiones ya otorgadas en las que no se cumplan dichos requisitos.

A) Concesiones ya otorgadas y las que se otorguen en lo sucesivo cumpliendo los requisitos indicados.

Parece obvio que si una Autoridad Portuaria ha otorgado una concesión que supone, aparte del derecho a ocupar la zona de dominio público-portuario concedida, el derecho a atracar de manera preferente en otra zona distinta, el concesionario, en cuanto titular de un derecho legalmente reconocido, no podrá verse privado de él. Partiendo de esta premisa – derecho legalmente adquirido que ha ingresado en el patrimonio del concesionario–, la privación de este derecho o, en términos generales, su desconocimiento constituiría un supuesto de incumplimiento, por parte de la Autoridad Portuaria, de una obligación propia de ella y derivada del título concesional que, sin duda alguna, daría lugar a la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración a que se refieren los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

Abunda en la anterior conclusión el tratamiento que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha dado a las denominadas cláusulas de precario, esto es, a las cláusulas por las que se concede, sin título suficiente para ello, el derecho a usar un bien de dominio público, pudiendo la Administración revocar o modificar ese derecho a su libre voluntad.

Pues bien, en relación con estas cláusulas, el Tribunal Supremo tiene declarado que, en razón de que los rasgos fundamentales del actuar administrativo no permiten la asimilación del precario administrativo con los actos de mera tolerancia del Derecho Civil, no siempre se produce la exención del deber de indemnizar en el caso de que la Administración quiera poner fin a la situación creada al amparo de la cláusula de precario “pues esto sólo se admitiría en una precariedad de segundo grado, pero no en una precariedad de primer grado creada con carácter permanente y duradero, lejos de la provisionalidad y transitoriedad más propia de la precariedad de segundo grado (sentencias de 23 de diciembre de 1971, 8 de marzo de 1972, 22 de abril de 1977 y 14 de noviembre de 1984)”.

Así lo declara la sentencia de 18 de diciembre de 1997 (Ar. 1998\624) que, a su vez, es citada, junto con muchas otras, en la de 24 de mayo de 2013 (Ar. 2013\4487). De dicha jurisprudencia resulta que aunque las concesiones o autorizaciones en precario de terrenos de dominio público pueden ser resueltas por la Administración si el interés público así lo exige, no por ello quien venía disfrutando de dichos terrenos se ve privado del derecho a reclamar la correspondiente indemnización.

La citada jurisprudencia ha establecido la distinción, a estos efectos, entre cláusulas de precario de primer grado y cláusulas de precario de segundo grado. Como señalaba la citada sentencia de 24 de mayo de 2013:

“Es el caso de la STS de 8 de abril de 2003 (recurso de casación nº 8789/1997), y otras Sentencias posteriores de 21 de octubre de 2004 (recurso de casación nº 6673/2999), 3 de diciembre de 2010 (recurso de casación nº 25/2007), en la que se establece que:

‘(...) Sin embargo, esta Sala ha declarado también, frente a las pretensiones de la parte recurrente (sentencias de 29 de octubre de 1979, 23 de abril de 1980, 29 de septiembre de 1980, 4 de noviembre de 1997, 18 de diciembre de 1997, 13 de marzo de 2001 [rec. núm. 1803/1994] y 12 de julio de 2001 [rec. núm. 6078/1994]), que las cláusulas de precario en las concesiones -que, como se ha visto, no garantizan la absoluta inmunidad de la Administración para eliminar la situación jurídica sobre la que se hace gravitar el precario administrativo-, llevan consigo la necesidad de distinguir entre una precariedad de primer grado que lleva aparejada indemnización y otra de segundo grado que no comporta resarcimiento, y que la distinción entre una y otra depende de las circunstancias de estabilidad o interinidad del uso y

de las condiciones de oportunidad y alteración de la causa originaria de esa situación jurídica de uso que acompañan a la acción revocatoria, siempre enjuiciable en conexión con la teoría general del negocio jurídico”.

Pues bien, si para las cláusulas de precario, esto es, las que posibilitan el uso de bienes de dominio público sin ningún título, la jurisprudencia de que se ha hecho mención condiciona su revocación o eliminación al abono de la oportuna indemnización cuando se trate de precario de primer grado, con igual o mayor motivo habrá de reconocerse el derecho a la indemnización en el caso de cláusula incorporada a una concesión demanial por la que se reconoce, con fundamento legal –por cumplirse las condiciones reseñadas en el apartado III del presente informe–, el derecho al uso de un bien de dominio público (derecho de atraque preferente), teniendo en cuenta, por otra parte, la conceptualización de esta cláusula como equivalente a un precario de primer grado, pues difícilmente puede negarse la idea de estabilidad o permanencia a una situación (derecho al atraque preferente) comprendida en un título concesional y como derecho integrante de éste.

B) Concesiones ya otorgadas en las que no se cumplan los requisitos o condiciones establecidos en el apartado III.

A tenor de lo dicho, este segundo supuesto no suscita especial cuestión en punto al reconocimiento del derecho de indemnización al concesionario en cuyo título se incorpore una cláusula por la que se reconozca el derecho de atraque preferente. En efecto, si en relación con las cláusulas de precario de primer grado, la jurisprudencia de que se ha hecho mención reconoce el derecho del concesionario a la compensación cuando se le priva del uso que se le concedió, el mismo tratamiento ha de aplicarse al supuesto que ahora se examina, ya que, de una parte, la cláusula de precario entraña la concesión de un derecho de uso sin título suficiente para ello, como es el caso de las cláusulas de que ahora se trata (al no reunir los requisitos determinantes de su legalidad) y, de otra parte, si la cláusula de precario de primer grado refiere, como se ha dicho, la idea de permanencia o estabilidad del uso concedido, lo propio ocurre, por obvias razones, en las cláusulas de que ahora se trata.

En virtud de todo lo expuesto, La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La inclusión en los títulos concesionales de una cláusula por la que se reconozca al concesionario una preferencia de atraque de los buques que opera en espacios de dominio público ajenos al ámbito espacial de su concesión no sería contraria a la legalidad, siempre que así lo aconseje el interés general en relación con la necesidad de garantizar la explotación razonable del dominio público portuario y una gestión del mismo basada en criterios de rentabilidad y eficiencia, y que en el procedimiento de otorgamiento de la concesión, sea concurso o trámite de competencia de proyectos, la inclusión de la referida cláusula sea conocida por todos los interesados.

**Segunda.-** En relación con las eventuales consecuencias que se seguirían en el supuesto de que la cláusula concesional que confiriere el derecho de atraque preferente no se cumpliera por la Autoridad Portuaria, deberían tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el apartado IV del presente informe.



## **134.- Informe sobre eventual limitación para la participación en un expediente de competencia de proyectos.**

### **Resumen**

Informe sobre la eventual limitación para la participación en un expediente de competencia de proyectos. Posibilidad de participación de una entidad mercantil en un trámite de competencia de proyectos iniciado por un Club náutico. Determinación del sujeto avalado para la admisión de un aval como garantía suficiente y su consideración como defecto subsanable.

**REF:** A.G. ENTES PÚBLICOS 72/16 (R-589/2016)

**Fecha:** 30 de septiembre de 2016

**Ponente:** María Curto Izquierdo

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo de lo dispuesto en la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, ha examinado su propuesta de informe sobre el expediente de competencia de proyectos para la "Reforma de la Dársena Deportiva del Club Náutico de Ibiza" y, en particular, sobre la admisibilidad o no de las ofertas presentadas por las entidades X, S.L. y Club Deportivo Y en dicho procedimiento.

A la vista de los antecedentes y de la propuesta de informe remitido, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1.- El 20 de mayo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) el "Anuncio de la Autoridad Portuaria de Baleares de iniciación del trámite de competencia de proyectos, correspondiente a la concesión solicitada por el "Club Náutico A"

En dicho anuncio se hacía constar lo siguiente:

"El "Club Náutico A" ha solicitado a la Autoridad Portuaria de Baleares la ocupación, en régimen de concesión, de una superficie total de 31.371 m<sup>2</sup> de los cuales 24.026 m<sup>2</sup> se corresponden con espejo de agua, y 7.345 m<sup>2</sup> con superficie en tierra firme. También forma parte del dominio público portuario que se solicita un edificio de 512 m<sup>2</sup> en planta, así como otros edificios menores destinados a escuela de vela, pañoles y vestuarios. Todos estos bienes de dominio público se sitúan en el Puerto de Ibiza, y se solicitan para el desarrollo del proyecto "Reforma de la Dársena Deportiva del Club Náutico de Ibiza" y cuyo objeto es la prestación de los siguientes servicios comerciales:

Gestión de amarre de embarcaciones de recreo.

Suministro de combustibles.

Suministro de agua y electricidad.

Varadero par reparación de embarcaciones y marina seca.

Escuela de Vela.

Bar-restaurante-cafetería.

Acompaña a la solicitud la documentación que se relaciona en el artículo 84 del "Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante"

En virtud de lo establecido en el artículo 85 del citado R.D. 2/2011, se inicia el trámite de competencia de proyectos, a cuyo efecto se abre un plazo de un mes para la presentación de otras solicitudes que tengan el mismo objeto que la presentada por el “Club Náutico A”; y que deberán reunir los requisitos previstos en el artículo 84 del expresado R.D. 272011 y cumplir con las siguientes condiciones:

En cumplimiento del artículo 86. c se establece un límite máximo del 20 por ciento para el número de atraques destinados a embarcaciones con eslora superior a 12 m.

La eslora máxima de las embarcaciones atracadas en esta instalación náutica será de 15 m.

(...)

De conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 84.1 del RD Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, la Autoridad Portuaria de Baleares seleccionará aquella solicitud que tenga mayor interés portuario. Los criterios que se tendrán en cuenta en la selección serán: viabilidad, oportunidad y bondad del proyecto así como la cuantía de la inversión, memoria económico financiera y tarifas máximas propuestas, propuesta de organización de los servicios y memoria de explotación, programa de actividades culturales y deportivas de interés social”

2.- Durante el plazo de un mes ofrecido por la Autoridad Portuaria de Baleares se presentaron dos solicitudes más, una por parte de X, S.L. y otra por parte del Club Deportivo Y.

Prevía la correspondiente convocatoria, el 27 de abril de 2016 se constituyó la Mesa de Apertura de Ofertas de la Autoridad Portuaria de Baleares.

3.- Al proceder a la apertura de la oferta presentada por X, S.L. la Mesa debatió sobre si era o no posible admitirla en la competencia de proyectos iniciada por el Club Náutico A, por tratarse de una sociedad mercantil con ánimo de lucro y no de un club náutico.

En dicho acto se alegó por parte de la citada empresa que, efectivamente, se trata de un sociedad limitada, pero que el Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (en adelante, TRLPEMM), no contiene restricciones en cuanto a quién se puede presentar, ni tampoco lo hace el anuncio del BOE; que dicha ley sólo exige la forma de club náutico en cuanto a la solicitud de inicio; que debe primar la concurrencia y la libertad de acceso, sin restricciones que no vengan impuestas por la ley; que en su oferta está prevista una dotación de 600.000 euros anuales a fines sociales y deportivos, no limitados a unos socios, como en el caso de los clubes náuticos, sino abierta al público en general.

Por el contrario, el Club Náutico A alegó que una sociedad limitada no se puede presentar a la competencia de proyectos por él iniciada.

La Mesa decidió no abrir la oferta de X, S.L. con el fin de estudiar las dudas surgidas en cuanto a su admisión.

El 6 de mayo de 2016 X, S.L. remitió un escrito a la Autoridad Portuaria de Baleares reiterando la presentación de su oferta y la admisibilidad de la misma por entender que tiene el mismo objeto que la presentada por el Club Náutico A, atendida la descripción de dicho objeto contenida en el anuncio del BOE, y alegando, en esencia, que ni del anuncio en el BOE ni del TRLPEMM se desprende que el trámite de competencia de proyectos esté restringido a clubes náuticos o entidades deportivas sin ánimo de lucro, sin perjuicio de que la solicitud inicial sí deba haber sido presentada por una entidad con dicha forma jurídica. El escrito añadía que una interpretación contraria a la anterior consideración debe considerarse restrictiva de la concurrencia competitiva, al privilegiar a unas entidades frente a otras en el acceso al disfrute del dominio público.

4.- Por lo que se refiere a la oferta presentada por el Club Deportivo Y, una vez abierta y examinada por parte de la Mesa la documentación presentada se comprobó que el aval para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución y cumplimiento de las obras y de las obligaciones de la explotación del proyecto figuraba a nombre de uno de los socios, Don .....

En concreto, en el texto del aval, fechado el 19 de junio de 2015, se hace constar lo siguiente:

“La entidad BANCA MARCH S.A. (...)

AVALA

a: DON ... (...), por la cantidad de DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO DOS EUROS CON VEINTISEIS CÉNTIMOS (247.102, 26 €) en concepto de tomador de GARANTÍA PROVISIONAL, para responder de las obligaciones de la explotación del proyecto “REFORMA DE LA DARSENA DEPORTIVA DEL CLUB NAUTICO DE IBIZA” según BOE Nº 120 de 20 de mayo de 2015, y especialmente de las penalidades y responsabilidades impuestas al avalado por su incumplimientos, del resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar, incluyendo los daños a terceros, de los gastos ocasionados por la demora en el cumplimiento de sus obligaciones, y de las deudas que contraiga el afianzado, así como de la incautación en los casos de resolución de la concesión correspondiente.

(...)

Este aval se otorga solidariamente respecto al obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de orden, división y excusión y con compromiso de pago a primera demanda o petición del Presidente de la Autoridad Portuaria de Baleares, bastando para ello el simple requerimiento a la Entidad avalista de cualquier incumplimiento que en que haya incurrido la Empresa avalada, sin que el avalista pueda oponer a la Autoridad Portuaria de Baleares las excepciones que puedan corresponderle contra el avalado.

El aval se establece con carácter indefinido, debiendo considerarse vigente en tanto el Presidente de la Autoridad Portuaria de baleare (sic), no autorice, expresa y formalmente, su cancelación o devolución, sin que el afianzado pueda oponerse al pago de cuotas.

(...)

El presente aval ha sido inscrito, en esta misma fecha, en el Registro Especial de Avaluos con el nº 8618300.”

Junto con el citado aval, el Club Deportivo Y acompañó un documento en el que se indica lo siguiente:

“D .... (...) declara que con esta fecha he cedido en favor del Club Deportivo Y, el aval de la Banca March, S.A., inscrito en el Registro Especial de Avaluos con el núm. 8618300, por importe de 247.102, 26 €, en concepto de tomador de Garantía provisional para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución y cumplimiento de las obligaciones de la explotación del proyecto “Reforma de la dársena deportiva del Club Náutico de Ibiza”

Dicho documento está fechado el mismo día del otorgamiento del aval, y en el mismo sólo figura la firma de Don .....

La Abogacía del Estado en Illes Balears puso de manifiesto sus reparos en cuanto a la admisión del expresado aval por entender que debía constar la aceptación del banco avalista de la cesión efectuada por el avalado, aceptación que no figuraba en la documentación presentada.

Los demás participantes en el acto expusieron cuanto tuvieron por conveniente en cuanto a la admisibilidad del aval y a la posibilidad de subsanar los defectos puestos de manifiesto por la Abogacía del Estado.

La Mesa decidió aplazar la decisión sobre la aceptación de la oferta en lo relativo al aval, con el fin de estudiarlo detenidamente.

El 3 de mayo de 2016 el Presidente del Club Deportivo Y remitió al Director de la Autoridad Portuaria y al Secretario de la Mesa un escrito alegando lo siguiente (el subrayado figura en el original):

“Que tal y como se alegó en ese acto por parte de la Sra. Doña ....., Secretario del Club Deportivo Y, del propio texto del aval y de la cesión que por parte del asociado Don .... (documento 7.2 de la oferta) se hizo al Club, el avalado es el Club Deportivo Y, y la garantía responde de las obras que éste realizará en caso de resultar el adjudicatario en este procedimiento.

No obstante, se aporta al presente escrito como Documento Número 1, la póliza completa de intervención del aval que se hizo con fecha 19 de junio de 2015 bajo el número 31 de orden de su protocolo ante el Notario de Madrid, Don ....., en la que expresamente se hizo constar:

Estipulación Primera: “que la BANCA MARCH se constituye en fiador del cliente, y en su caso del avalado, cuyos datos se indican”

Que el objeto del aval, es garantizar las obras de reforma de la Dársena deportiva del CLUB NÁUTICO DE IBIZA.

Y constando expresamente, que la parte avalada y pignorante es Don ....., en interés de CLUB DEPORTIVO Y”

Por tanto, Banca March no sólo conoce la cesión que mediante documento 7.2 se hizo por parte de Don ..... al Club Deportivo Y, sino que la consintió, tal y como consta del tenor literal de la póliza y Diligencia de Intervención”

5.- Ante las dudas surgidas en el acto de apertura de ofertas, la Autoridad Portuaria de Baleares ha recabado el criterio de la Abogacía del Estado.

Por la Abogada del Estado-Jefe en Illes Balears se ha elaborado una propuesta de informe en el que se concluye, por un lado, que la entidad X, S.L. no puede ser admitida en el trámite de competencia de proyectos y, por otro, que en el momento anterior a la expiración del plazo para presentar proposiciones no estaba constituido el aval en favor del Club Deportivo Y, por lo que dicho defecto sería insubsanable.

Dicha propuesta de informe ha sido elevado a este Centro Directivo conforme a lo dispuesto en la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La primera cuestión sometida a informe se centra en determinar si una sociedad limitada puede participar en un trámite de competencia de proyectos iniciado en virtud de la solicitud de un Club Náutico conforme a lo dispuesto en el artículo 86. 1 c) del TRLPEMM o si, por el contrario, en dicho trámite sólo pueden participar Clubes Náuticos u otros deportivos sin fines lucrativos.

El artículo citado 86 del TRLPEMM establece lo siguiente:

“La Autoridad Portuaria podrá convocar concursos para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario. En cualquier caso, deberán convocar concursos en los siguientes supuestos:

(...)

- c) Concesiones de dársenas e instalaciones náutico-deportivas, construidas o no por particulares, salvo cuando el solicitante sea un club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos, siempre que las condiciones de la concesión establezcan como máximo un límite del 20 por ciento para el número de atraques destinados a embarcaciones con eslora superior a 12 m.”

La exégesis del precepto transcrito exige partir de lo dispuesto en el artículo 2.1 del Código Civil (en adelante, CC), que establece lo siguiente: “La normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.” Los dos primeros criterios a tener en cuenta son, pues, el de interpretación literal y el de interpretación sistemática.

El artículo 86 del TRLPEMM dispone como norma general que la Autoridad Portuaria “podrá” convocar concursos para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario, estableciéndose dicha posibilidad como una facultad de la Autoridad Portuaria, que también podrá optar por acudir al trámite de competencia de proyectos conforme a lo previsto en el artículo 85.1

Sin embargo, el segundo inciso del artículo 86.1 establece determinadas excepciones a la regla general, enumerando los supuestos en los que la convocatoria del concurso es obligatoria, no pudiendo optar la Autoridad Portuaria entre el concurso o el trámite de competencia de proyectos.

Una de esas excepciones es la mencionada en el apartado c), que se refiere a las “concesiones de dársenas e instalaciones náutico-deportivas, construidas por particulares ...”, en las que, conforme a la dicción literal del precepto, es obligatorio convocar un concurso. Pero dicho supuesto tiene, a su vez, una contra excepción, que se contiene en la siguiente regla: “... salvo cuando el solicitante sea un club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos, siempre que las condiciones de la concesión establezcan como máximo un límite del 20 por ciento para el número de atraques destinados a embarcaciones con eslora superior a 12 m.”

Pues bien, ya se considere que en el supuesto de la excepción de que se trata lo procedente es acordar la tramitación de competencia de proyectos, ya se considere que la Autoridad Portuaria puede optar entre el concurso o el trámite de competencia de proyectos, es lo cierto que del tenor literal del último inciso del artículo 86. 1 c) no se desprende que, iniciado un trámite de competencia de proyectos por no ser obligatorio el concurso al proceder la solicitud de un club náutico u otro deportivo sin ánimo de lucro y cumplirse los requisitos objetivos fijados por la norma, todos los demás interesados en participar en dicho trámite deban necesariamente revestir idéntica forma jurídica de club náutico o club deportivo sin ánimo de lucro.

Por otro lado, el artículo 85, que regula el procedimiento a seguir en el caso de que se inicie un trámite de competencia de proyectos, establece que el trámite se iniciará mediante “anuncio, que se publicará en el “Boletín Oficial del Estado”, en el que se indicará la apertura de un plazo de un mes para la presentación de solicitudes que tengan, según se determine por la Autoridad portuaria, el mismo o distinto objeto de aquélla, y que deberán reunir los requisitos previstos en el artículo anterior”

Atendiendo al contexto de la frase en que se inserta, la expresión “el mismo o distinto objeto de aquélla” debe entenderse referida al mismo o distinto objeto “de la solicitud inicial”, esto es, de la concesión, sin que exista fundamento suficiente que permita salvar dicha interpretación gramatical y entender que la intención del legislador fue que el resto de los presentantes de solicitudes tuvieran que tener “el mismo objeto social o asociativo” o “la misma forma social” que el presentante de la solicitud inicial (en el caso objeto de informe, un club náutico u otro deportivo sin ánimo de lucro).

Esta interpretación viene confirmada por el propio tenor literal del anuncio publicado en el BOE por la Autoridad Portuaria de Baleares, en el que, tras enumerar los bienes que habrán de ser ocupados en régimen de concesión, dispone lo siguiente:

“Todos estos bienes de dominio público se sitúan en el Puerto de Ibiza, y se solicitan para el desarrollo del proyecto “Reforma de la Dársena Deportiva del Club Náutico de Ibiza” y cuyo objeto es la prestación de los siguientes servicios comerciales:

- Gestión de amarre de embarcaciones de recreo.
- Suministro de combustibles.
- Suministro de agua y electricidad.
- Varadero par reparación de embarcaciones y marina seca.
- Escuela de Vela.
- Bar-restaurante-cafetería”

Acompaña a la solicitud la documentación que se relaciona en el artículo 84 del “Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante”

En virtud de lo establecido en el artículo 85 del citado R.D. 2/2011, se inicia el trámite de competencia de proyectos, a cuyo efecto se abre un plazo de un mes para la presentación de otras solicitudes que tengan el mismo objeto que la presentada por el “Club Náutico A” y que deberán reunir los requisitos previstos en el artículo 84 del expresado R.D. 272011 y cumplir con las siguientes condiciones (...).

En el anuncio de la Autoridad Portuaria se abre un plazo para la presentación de solicitudes “que tengan el mismo objeto que la (solicitud) presentada por el Club Náutico A” habiendo expuesto antes que la solicitud de dicho Club se formula “para el desarrollo del proyecto “Reforma de la Dársena Deportiva del Club Náutico de Ibiza,” y que su “objeto” es la prestación de los concretos servicios comerciales que enumera. No indica, por tanto, el anuncio (porque tampoco lo ampara el TRLPEMM) que el resto de los solicitantes tengan que tener el mismo objeto asociativo que el Club Náutico A ni la misma forma jurídica, ni que deban carecer de ánimo de lucro, sino sólo que sus solicitudes tendrán que tener el mismo objeto que la solicitud presentada por el Club Náutico A.

De lo expuesto hasta aquí se concluye que de la interpretación literal y sistemática de los artículos 85 y 86 del TRLPEMM se desprende que dichos preceptos sólo tienen en cuenta la naturaleza jurídica de Club Náutico u otro deportivo sin ánimo de lucro a los efectos de exceptuar la obligatoriedad del concurso, y permitir, por tanto, el inicio de un trámite de competencia de proyectos, en los casos en que el solicitante inicial de una concesión de dársenas e instalaciones náutico-deportivas construidas por particulares revista dicha forma jurídica y las condiciones de la concesión cumplan una serie de requisitos objetivos legalmente establecidos. Pero no se aprecia fundamento razonable suficiente en la ley para entender que, una vez abierto el trámite de competencia de proyectos, la participación en el mismo esté necesariamente restringida a Clubes Náuticos u otros deportivos sin ánimo de lucro y que, por tanto, no pueda participar una sociedad mercantil.

Considera este Centro Directivo que la anterior conclusión viene reforzada por una interpretación de los artículos 84 y 85 del TRLPEMM acorde con el espíritu y finalidad de dichas normas, conforme a lo ordenado por el artículo 2.1 del Código Civil.

En efecto, la esencia misma del procedimiento de concurso, por un lado, y el término “competencia de proyectos”, por otro, así como la normativa sobre concesiones administrativas en nuestro ordenamiento jurídico se inspiran en los principios básicos de publicidad y concurrencia, por lo que cualquier interpretación que sea contraria a dichos principios debe realizarse con carácter restrictivo. Por tanto, si la intención del legislador hubiese sido la de

limitar la concurrencia en las concesiones de dársenas e instalaciones náutico deportivas construidas por particulares a la intervención exclusivamente de clubes náuticos u otros deportivos sin ánimo de lucro, debió establecerlo así expresamente en el texto legal, lo que, por el contrario, no hizo.

Por último, debe destacarse que, analizadas las diferencias en la regulación del procedimiento que ha de seguirse en el trámite de competencia de proyectos y en el concurso, se aprecia que las mismas hacen fundamentalmente referencia a la forma de selección del adjudicatario con fundamento en las cualidades objetivas de la solicitud presentada, pero no en la condición subjetiva del solicitante del otorgamiento de la concesión.

Así, conforme al artículo 85.1, segundo párrafo, del TRLPEMM, cuando en el trámite de competencia de proyectos se formulen varias solicitudes, el Consejo de Administración seleccionará aquella que, a su juicio, tenga mayor interés portuario, motivado en la captación de nuevos tráficos, compatibilidad con otros usos, inversión, rentabilidad, entre otros. En el caso concreto objeto de informe, el anuncio publicado en el BOE se indica que “la Autoridad Portuaria de Baleares seleccionará aquella solicitud que tenga mayor interés portuario. Los criterios que se tendrán en cuenta en la selección serán: viabilidad de la inversión, oportunidad y bondad de proyecto así como la cuantía de la inversión, memoria económica financiera y tarifas máximas propuestas, propuesta de organización de los servicios y memoria de explotación, programa de actividades culturales y deportivas de interés social”.

Por el contrario, en el caso del concurso se restringe aún más el margen de discrecionalidad de la Autoridad Portuaria, pues es preciso que apruebe previamente un Pliego de Bases del concurso en el que especifique el objeto y requisitos para participar en el concurso y los criterios para su adjudicación y ponderación en los términos del artículo 86.3 del TRLPEMM.

- II -

La segunda cuestión sometida a informe hace referencia a la admisibilidad del aval presentado por el Club Deportivo Y, dado que el mismo fue otorgado por el banco avalista en favor de uno de los socios de dicho Club.

En efecto, en el documento de aval fechado el 19 de junio de 2015 se hace constar expresamente que el mismo se otorga en favor del Don ..... y, si bien establece que se otorga “para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución y cumplimiento de las obras y de las obligaciones de la explotación del proyecto “REFORMA DE LA DÁRSENA DEPORTIVA DEL CLUB NÁUTICO DE IBIZA” en ninguna parte del documento se menciona al Club Deportivo Y como avalado.

Se acompaña a dicho aval un documento privado, también fechado el 19 de junio de 2015 y suscrito por Don ....., en que éste declara que con esa misma fecha ha cedido en favor del Club Deportivo Y el citado aval. En dicho documento figura exclusivamente la firma del cedente.

Como bien se afirma en el borrador del informe remitido a este Centro Directivo, la citada cesión implica una subrogación en la figura del acreedor en relación con las obligaciones derivadas del aval (entendiéndose limitadas en este punto dichas relaciones exclusivamente a las que se producen entre el banco avalista y el avalado, reputándose, a estos efectos, deudor al primero, y acreedor al segundo, en la medida en que éste tiene derecho a exigir al banco avalista que abone lo que el propio avalado adeuda a su acreedor en la obligación principal garantizada).

Dicha subrogación en la persona del acreedor conlleva una novación subjetiva de la obligación que vincula a avalista y avalado, estando dicha posibilidad prevista expresamente en artículo 1.203. 3º del CC, y regulada en el artículo 1.209 CC, que dispone lo siguiente:

“La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código”, sin que el caso objeto de consulta pueda incardinarse dentro de ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 1.210 CC.

Siendo ello así, resulta de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1.209 CC, que dispone que “en los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto”.

Si bien en el documento de 19 de junio de 2015 el avalado (único firmante del documento) dice expresamente ceder el aval al Club Deportivo Y, en el texto de la póliza (en la que sí interviene el banco avalista) que se acompaña al escrito presentado por dicho Club el 2 de mayo de 2016 se hace exclusivamente referencia a Don ....., sin que conste mención alguna al citado Club, ni se haga referencia a la cesión.

La única mención al Club Deportivo Y se contiene en la diligencia de intervención de la citada póliza, en la que el Notario da fe de la identidad de los otorgantes en los siguientes términos:

“- Por la entidad avalista, Banca March, S.A. ha firmado Don (...).

- Por la parte avalada y pignorante, don ..... (...), en su propio nombre y derecho y en interés del Club Deportivo denominado “Y”.

También da fe el Notario de que “todos los otorgantes han consentido, con unidad de acto, el contenido íntegro de la póliza”.

Figura incorporado a la póliza el documento de aval (en el que, como se ha indicado, no se menciona al Club Deportivo Y), pero no así el documento de cesión suscrito por Don ..... Y en la diligencia de intervención del Notario no se indica expresamente que el aval haya sido cedido, sino sólo que por la parte avalada interviene Don ..... “en su propio nombre y derecho”, y “en interés” del citado Club Deportivo.

De todo ello se desprende una cierta imprecisión en la determinación de la persona del avalado y que la subrogación en la posición del avalado no consta con suficiente claridad, lo que carecería de mayor transcendencia a efectos del presente informe si el ámbito de las obligaciones derivadas del aval se limitaran a las relaciones internas entre el banco avalista, el avalado y la persona en cuyo favor se ha cedido el aval. Pero no debe olvidarse que, al tratarse de un aval y en la medida en que se concede en garantía de otra obligación principal, ha de tenerse especialmente en cuenta la figura del acreedor en la obligación principal garantizada, en este caso, la Autoridad Portuaria de Baleares, al haberse concedido el aval “para responder de las obligaciones derivadas de la ejecución y cumplimiento de las obras y de las obligaciones de la explotación del proyecto “REFORMA DE LA DÁRSENA DEPORTIVA DEL CLUB NÁUTICO DE IBIZA”.

Del documento de aval se desprende que se trata de un “aval a primer requerimiento”, en relación con el cual la jurisprudencia tiene establecido que a dicha figura se le aplican las normas propias de la fianza en cuanto se acomoden a su especial naturaleza, y muy singularmente la contenida en el artículo 1.827 del CC respecto a la necesidad de su carácter expreso, sin que pueda presumirse en forma alguna la obligación del fiador, y a la imposibilidad de extender su obligación más allá de lo expresamente asumido por el mismo al contraer la obligación de garantía.

Por tanto, a la vista de la existente imprecisión en la determinación de la persona del avalado y dado que la subrogación no consta con suficiente claridad, debe, en principio, concluirse que el aval presentado por el Club Deportivo Y no cumple todos los requisitos necesarios para ser admitido como garantía suficiente. Se trata de excluir en todo caso la posibilidad de que, llegado el supuesto de que el Club Deportivo Y resultara adjudicatario de la concesión e incumpliera sus obligaciones y, en consecuencia, la Autoridad Portuaria hubiera de dirigirse al banco avalista para hacer efectiva la garantía, éste rechazara tal pretensión.



sobre la base de que la persona avalada lo fue sólo Don ....., que actuó en su propio nombre y derecho, por mucho que dijera hacerlo “en interés” de dicho Club, y no constando claramente la aceptación por el banco de la cesión del aval.

En relación con este último extremo –aceptación de la cesión del aval por el banco–, debe indicarse que ello resulta absolutamente necesario en razón de lo que seguidamente se expone.

Es cierto que, como se ha dicho, en la relación entre el banco que otorga la garantía (aval) y el avalado, éste resulta acreedor y aquél deudor, por lo que es aplicable la regla del artículo 1.209 del CC. Ahora bien, además de la exigencia que establece este precepto –que la subrogación se disponga con claridad–, es necesario que el banco consienta la cesión del aval (cesión del Sr. .... a favor del Club Deportivo Y), y ello en virtud de la propia configuración del contrato de fianza por referencia a la relación jurídica principal que garantiza. Si el banco concede la garantía al avalado, ello es porque toma en consideración las condiciones de solvencia (económica, técnica, etc.) de este último, juzgándolas suficientes, siendo, por ello, la relación de aval (fianza) intuitu personae; así las cosas, no cabe que, sin el consentimiento del banco que otorgó la garantía, el avalado (cedente del aval) sea sustituido por un tercero (cesionario del aval) cuyas condiciones de solvencia no fueron tomadas en consideración, obviamente, por la entidad bancaria que otorgó el aval y que pueden ser menores que las de la persona inicialmente avalada.

En rigor, y puesto que en virtud del aval el banco se constituye en deudor de quien en la relación jurídica principal aparece como acreedor (Autoridad Portuaria de Baleares) para el caso de que el deudor de esa relación principal (avalado) no cumpla las obligaciones por él asumidas en dicha relación jurídica principal, resulta indudable el perjuicio que se le puede seguir al banco que avala si la nueva persona avalada (cesionario del aval), cuyas condiciones de solvencia no pudo tomar en consideración la entidad bancaria, incumple, por reunir menos condiciones de solvencia que la persona inicialmente avalada (cedente del aval), la obligación asumida en la obligación principal y frente al acreedor de ésta (Autoridad Portuaria de Baleares). Surge así un supuesto equivalente al que prevé la regla del artículo 1205 del CC y en el que concurre la misma ratio iuris a que responde este precepto, con arreglo al cual “la novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor. Si esta norma tiene por finalidad evitar el perjuicio que se le puede seguir al acreedor de una obligación que sin su consentimiento ve sustituido a su deudor por otra persona que puede tener menor solvencia, lo propio ocurre en el caso de que se trata desde el momento en que igual perjuicio se le puede seguir a la entidad que otorgó el aval si, sin su consentimiento, se sustituye al avalado por otra persona que pueda tener menos solvencia.

Sentado lo anterior, debe analizarse a continuación si el expresado defecto consistente en la imprecisión en la determinación de la persona del avalado puede considerarse o no subsanable.

En este punto deben tenerse en cuenta los criterios establecidos en materia de contratos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante, JCCA), que por analogía puedan aplicarse al otorgamiento de concesiones administrativas cuando éstas se efectúan, como es lo propio de la contratación administrativa, a través de procedimiento de concurrencia competitiva, que parten de la base de que no es posible confeccionar a priori un listado exhaustivo de defectos subsanables o no subsanables (Informe 35/2002, de 17 de diciembre de 2002), al tratarse de una cuestión de hecho a valorar en cada caso por la Mesa de contratación (Informe 9/2006, de 24 de marzo de 2006).

En el Informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, la JCCA considera subsanables los defectos u omisiones en la aportación de documentos exigidos para concurrir si la circunstancia acreditada por el documento ya existía cuando concluyó el plazo de presentación de proposiciones. Es decir, puede subsanarse lo que existe pero no se ha aportado, pero no se

puede subsanar lo que en el momento de la presentación de proposiciones no existe de modo indudable. En esta línea, el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, determina que la falta de constitución de la garantía provisional podrá ser subsanada si se constituyó en fecha anterior de la expiración del plazo para presentar las proposiciones.

Aplicados los citados criterios al caso objeto de consulta, debe partirse del hecho de que existe un documento notarial (el acta de intervención de la póliza que contiene la garantía) en el que expresamente el Notario hace constar que “por la parte avalada y pignorante, don .... (...), en su propio nombre y derecho y en interés del Club Deportivo denominado ‘Y...’”

El artículo 2 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, aprobado por Decreto 2 junio 1944, dispone que “al Notariado corresponde íntegra y plenamente el ejercicio de la fe pública, en cuantas relaciones de Derecho privado traten de establecerse o declararse sin contienda judicial!” siendo el otorgamiento de un aval claramente una relación de derecho privado. De ahí que deba concluirse, conforme al texto de la diligencia de intervención notarial y dado el valor probatorio que hacen los documentos intervenidos por notario al principio de la fe pública notarial, que no debe excluirse a priori y radicalmente la posibilidad de que el banco avalista considerase que la persona avalada es, en definitiva, el Club Deportivo Y y que, por tanto, el aval estuviera bien constituido en fecha anterior a la presentación de la correspondiente solicitud por dicho Club.

Por tanto, este Centro Directivo considera que el defecto apreciado consistente en la imprecisión en la determinación de la persona del avalado debe razonablemente considerarse un defecto subsanable, debiendo consistir la subsanación no en que por el banco avalista se acepte a fecha de hoy la cesión del aval, sino en que por el Club Deportivo Y se aporte un documento en el que el banco avalista aclare que la persona avalada en virtud del aval suscrito el 19 de junio de 2015 era el Club Deportivo Y y no su socio Don ..... En caso de que no se aclare de forma inequívoca que el avalado era el Club Deportivo Y deberá considerarse mal constituida la garantía y la oferta habrá de ser excluida.

La jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo se muestra proclive a la subsanación en el caso de defectos subsanables apreciados en la documentación aportada en los expedientes de contratación. Lo contrario implicaría la vulneración de los principios rectores de la contratación pública antiformalismo y concurrencia, cuya protección postula que no se rechacen a priori proposiciones por defectos formales y se posibilite la subsanación.

En esta línea se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de septiembre de 2004 (Ar. 415), que establece lo siguiente:

“La omisión de firma es un defecto subsanable y no se puso de manifiesto a la Mesa de Contratación en el momento del examen y calificación de la documentación presentada por las empresas que tomaban parte en el concurso. Al no conceder un plazo de tres días para la subsanación del defecto la Mesa infringió lo prevenido en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado. El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estrategias poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad.

En todo caso, la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación, sino que, ante un defecto como el que se cuestiona, debió conceder tres días para su subsanación (...)”

Por otra parte, la exclusión en este caso, sin otorgar al solicitante la posibilidad de subsanar, resulta contraria al principio de proporcionalidad inspirador del Derecho Administrativo. Dicho principio implica que, ante la existencia de dos posibles medidas admitidas por el ordenamiento jurídico (en este caso, la exclusión del solicitante o la concesión de la posibilidad de subsanar, siendo el defecto subsanable), la solución debe inclinarse por la adopción de la medida menos restrictiva o excesiva.

La concesión de la posibilidad de subsanar es conforme, asimismo con el principio in dubio pro actione, que se postula a favor de la mayor garantía para el administrado y de la interpretación más favorable a la efectiva tramitación del procedimiento administrativo, con el fin de asegurar, en la medida de lo posible y más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto de dicho procedimiento.

Por último, la JCCA tiene establecido que los defectos deben apreciarse sin infringir el principio de concurrencia (Informe 27/2004, de 7 de junio de 2004), por lo que la solución que se propone es este informe trata de respetar al máximo dicho principio.

En definitiva, considera este Centro Directivo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 84. 2, segundo párrafo del TRLPEMM, que establece que si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos (entre los que figura la garantía provisional a que se refiere el artículo 84. 1 f) y el artículo 93 de dicha Ley) y éstos fueran susceptibles de subsanación, se procederá para ello en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

El 71 de la LRJ-PAC establece lo siguiente:

“1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42”

Analizada la documentación remitida a este Centro Directivo, no consta que el Club Deportivo Y haya sido requerido de subsanación por la Autoridad Portuaria de Baleares, por lo que deberá procederse a la realización de dicho trámite.

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico I del presente informe, no se aprecia base suficiente para entender que, una vez abierto a instancia de un club náutico el trámite de competencia de proyectos para una concesión de dársenas o instalaciones náutico deportivas a que se refiere el artículo 86.1 c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, la participación en dicho trámite quede necesariamente restringida a clubes náuticos u otros deportivos sin ánimo de lucro.

**Segunda.-** El defecto apreciado en la garantía ofrecida por el Club Deportivo Y -consistente en la imprecisión en la determinación de la persona avalada-, debe razonablemente ser considerado como defecto subsanable.

**Tercera.-** La Autoridad Portuaria de Baleares habrá de requerir al Club Deportivo Y para que en el plazo de 10 días aporte un documento en el que el banco avalista aclare que la persona avalada en virtud del aval suscrito el 19 de junio de 2015 era el Club Deportivo Y y no su socio Don ..... En el caso de que no se aclare de forma inequívoca que el avalado era el Club Deportivo Y, deberá considerarse mal constituida la garantía y la oferta habrá de ser excluida.



# **XI.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS**



## XI.- PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS

### 135.- Informe sobre la posibilidad de contratar con tercero la gestión indirecta de un Centro de Coordinación de Servicios Marítimos Portuarios de un puerto a la vista de un convenio de colaboración suscrito ente la Autoridad Portuaria y SASEMAR.

#### Resumen

Consulta sobre la posibilidad de contratar con tercero la gestión indirecta del Centro de Coordinación de Servicios Marítimo-Portuarios del Puerto de C. (CCS), a la vista del Convenio de Colaboración suscrito en su día entre la Autoridad Portuaria de C. (APC) y la Sociedad Estatal SASEMAR. Conclusiones: 1ª) El aludido sistema de gestión indirecta puede llevarse a cabo en el marco del citado Convenio, siempre que APC y SASEMAR firmen el correspondiente acuerdo adicional; 2ª) En la contratación de la gestión del servicio no pueden encomendarse a la empresa adjudicataria funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad que corresponde a SASEMAR; 3ª) No se considera oportuno que SASEMAR o la APC participen en la selección de personal de la empresa adjudicataria; y 4ª) Corresponde a SASEMAR la impartición de instrucciones técnicas referentes al servicio relacionado con las funciones propias de dicha entidad, pero no la dirección jerárquica de los trabajadores propia del empleador, que correspondería a la empresa adjudicataria, debiendo delimitarse cuidadosamente ambas funciones para evitar la aplicación de las normas sobre cesión de trabajadores contenidas en los artículos 43.2 y 96.2 del Estatuto de los Trabajadores (se cita jurisprudencia al respecto).

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 2/99

**Fecha:** 19 de febrero de 1999

**Ponente:** Carlos Gallego Huéscar

#### Texto del Informe

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.I. "con motivo de las dudas suscitadas con el nuevo modelo organizativo adoptado en relación a la puesta en funcionamiento del Centro de Coordinación de Servicios Marítimo-Portuarios del Puerto de Castellón," mediante la contratación con tercero, por la Autoridad Portuaria de Castellón, de la gestión del citado Centro, y incluyendo su mantenimiento y limpieza. A la vista de dicha consulta de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

#### ANTECEDENTES

1º) En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 87.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) se ha redactado el Plan Nacional de Servicios Especiales de Salvamento de la Vida Humana en la Mar y de la Lucha contra la Contaminación del Medio Marino 1998-2001 (en lo sucesivo PNS). Uno de los objetivos básicos del PNS, de acuerdo con el citado artículo 87.2 de la LPMM, es:

"Implantar un sistema de control de tráfico marítimo que cubra la totalidad de nuestras costas, mediante el establecimiento de Centros de Coordinación Regionales y Locales"

Para la efectividad de este objetivo básico el citado PNS se propone el objetivo específico de "mantener y ampliar el actual sistema de control de tráfico marítimo para dar cobertura a las zonas de mayor densidad de tráfico marítimo de nuestras costas y a los accesos a los principales puertos. Estableciendo, para ello, Centros Coordinadores que al mismo tiempo garanticen la seguridad de los usuarios de la mar y la protección del medio marino en las zonas

de responsabilidad internacionalmente asignadas a nuestro país.” También se establece como objetivo específico el de “propiciar la continuación del establecimiento de Centros Integrados de Servicios en aquellos puertos cuyo nivel de tráfico lo requiera y aconseje” (cfr. apartado V.2.2). En el apartado VI.2 del citado PNS, que lleva el título “programa de centros”, se prevé la creación de Centros Integrados de Coordinación de Servicios y, entre ellos, el de Castellón en 1999.

- 2º) Durante la vigencia del PNS aprobado en 1994, anterior al citado en el antecedente 1º de este informe, se firmó un Convenio Marco de colaboración entre el Ente Público Puertos del Estado y la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), fechado el 25 de julio de 1995. En este Convenio se fijó como objetivo el establecer Centros de Coordinación de Servicios en el ámbito de cada puerto, que integrasen sistemas, redes de comunicación y centros operativos de las correspondientes Autoridades Portuarias y de SASEMAR. Dichos Centros sumarían a las funciones propias de los Centros de Coordinación de Salvamento las específicas del control portuario.
- 3º) En el ámbito del Convenio Marco a que acaba de hacerse referencia se firmó el Convenio de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Castellón (APCS) y SASEMAR, fechado el 11 de septiembre de 1997. En este último Convenio las partes acuerdan establecer conjuntamente un Centro de Coordinación de Servicios Marítimo-Portuarios en el ámbito del Puerto de Castellón (en lo sucesivo, CCS). En dicho CCS se integran los sistemas, redes de comunicación y centros operativos de los dos organismos que suscribieron el Convenio, configurándose como un “instrumento integrado de coordinación” que permita “racionalizar y compartir, en la medida de lo posible, medios técnicos de interés común en zonas marítimo-portuarias y ejecutar procedimientos de actuación conjuntos para controlar el tráfico marítimo, coordinar los servicios portuarios y coordinar el control de las emergencias marítimas y portuarias”.
- 4º) La APCS, en lugar de contratar directamente el personal que debe aportar al CCS, ha optado por contratar la gestión de éste con la empresa que resulta adjudicataria de un concurso público que convocará al efecto, para lo cual se ha redactado el “Pliego de bases del concurso para la contratación del servicio de gestión del Centro de Coordinación de Servicios del Puerto de Castellón”, remitido con el escrito de consulta. El contrato al que se refiere este Pliego va a ser suscrito, pues, por la APCS, pero la prestación del servicio se habrá de realizar “bajo las indicaciones técnicas del Jefe del CCS, representante de SASEMAR, y de la APCS” como dice la cláusula 2ª in fine del Pliego de Cláusulas particulares del contrato, también enviado con el escrito de consulta.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La presente consulta tiene por objeto determinar si es posible la ejecución de funciones propias de SASEMAR mediante la fórmula de contratación de la gestión del CCS, teniendo en cuenta que dicha gestión afecta a un ámbito espacial concreto, cual es el Puerto de Castellón y su entorno, y que la misma se ejercería bajo la supervisión y control del Centro Regional de Coordinación de Salvamento de Valencia.

Para dar respuesta a esta cuestión debe delimitarse el objeto del contrato al que se refieren el escrito de consulta y la documentación que se ha remitido a este Centro Directivo como antecedentes, si bien se considera necesario precisar antes la base normativa y paccionada sobre la que se apoya el CCS, cuya gestión pretende contratarse.

El PNS 1998-2001 prevé para este año de 1999, tal y como se indicó en los antecedentes del presente informe, la creación de un Centro Integrado de Coordinación de Servicios (CICS). Así resulta del punto VI.2 del citado PNS, asimismo remitido con el escrito de consulta.



Ahora bien, el CCS a que se refiere la consulta, tiene su base y fundamento en el Convenio Marco entre el Ente Público Puertos del Estado y SASEMAR de 25 de julio de 1995 y en el Convenio de colaboración entre la APCS y SASEMAR de 11 de diciembre de 1997, Convenios ambos anteriores al nuevo PNS mencionado anteriormente. No obstante, el propio PNS, al determinar el ámbito operativo de los distintos Centros previstos en el mismo, hace coincidir el de cada CICS con el definido en el Convenio de colaboración firmado con la correspondiente Autoridad Portuaria para su constitución y que se encuentre vigente. Por tanto debe entenderse, a juicio de esta Dirección, que el CCS al que se refiere la consulta es el CICS previsto en el PNS para su constitución en Castellón durante el presente año 1999.

Como consecuencia de lo anterior, ha de concluirse que el CCS tendrá todas las funciones propias de los CICS, establecidas en el PNS, junto con las funciones más específicas que establecen tanto el Convenio Marco entre Puertos del Estado y SASEMAR como el Convenio de colaboración entre la APCS y SASEMAR.

Conviene añadir que, en principio, los Centros tipificados en el PNS son gestionados por SASEMAR (cfr. apartado 2.2 del propio Plan), pero al integrarse en un solo "instrumento integrado de coordinación" los servicios de los distintos Organismos involucrados, que en el presente caso son la APCS y SASEMAR, será el Convenio por medio del cual se creó el CCS el que defina el modelo de gestión de este Centro.

Partiendo de este planteamiento deben destacarse las previsiones que sobre esta cuestión contiene el citado Convenio de colaboración entre la APCS y SASEMAR. En primer lugar, se establece (cfr. apartado 4, párrafo segundo, del Convenio) que:

"el CCS de Castellón se constituye como un instrumento de coordinación para las distintas unidades operativas que desempeñan sus funciones dentro de la comunidad marítimo-portuaria, permaneciendo inalterable la autoridad asignada a cada uno de los organismos intervinientes. Por tanto, el Centro es únicamente una herramienta que posibilita la supervisión, coordinación y control que estos organismos ejercen sobre sus distintas áreas de competencia"

Por consiguiente, debe entenderse que el modelo de gestión que se adopte ha de mantener y respetar la titularidad de las competencias que corresponden a cada uno de los "Organismos intervinientes" para el ejercicio de sus respectivas funciones propias. Así pues, SASEMAR mantiene la titularidad de sus funciones en el ejercicio de su autoridad, lo cual es importante destacar y retener en este momento como fundamento de su capacidad de dirección técnica, cuestión esta sobre la que se volverá más adelante.

En segundo lugar, aparte del principio general expuesto en el apartado anterior, el tan citado Convenio de colaboración entre la APCS y SASEMAR se ocupa en su apartado 5 de la "organización y régimen de funcionamiento del CCS". La definición de los aspectos técnicos y funcionales se realiza en un "Plan Director del CCS de Castellón", del que el propio Convenio menciona especialmente varios puntos. Cabe destacar, entre ellos, la referencia a la Dirección del CCS contenida en el apartado 5.1 del citado Convenio, que dice lo siguiente:

"Corresponderá al Jefe del CCS, tutelado por la Autoridad Portuaria y Marítima, en el ámbito de sus respectivas competencias. Asumirá la responsabilidad global del funcionamiento operativo del CCS, incluyendo la funcionalidad de medios, gestión de personal, actualización de procedimientos y las propias operaciones desarrolladas por el CCS"

El apartado 5.5 del reiterado Convenio se refiere al "Plan de Operaciones y Régimen funcional", (cuya definición también se encuentra en el Plan Director mencionado anteriormente), en los siguientes términos:

"La organización completa del CCS, incluyendo las necesidades de personal operativo y de apoyo, y perfiles requeridos, turnos de los diferentes operadores y funciones de cada uno de ellos, serán definidos en el Plan de Operaciones del Centro que se desarrollará al efecto, el cual deberá ser aprobado por ambas partes"

El apartado 7 del tan citado Convenio de colaboración entre la APCS y SASEMAR se ocupa del “compromiso de participación económica.” En el apartado 7.5 remite a las partes a un “acuerdo específico que regule el proceso administrativo de contratación y seguimiento” para asegurar, entre otros extremos, el suministro, instalación, integración y puesta en servicio de los sistemas técnicos pertinentes. En orden al reparto de los gastos se dice en el apartado 7.6:

“Los gastos relativos a la explotación, personal y mantenimiento del CCS y su equipamiento, serán sufragados al cincuenta por ciento (50%) entre la Autoridad Portuaria de Castellón y la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima. Una aproximación de estos se contempla en el anexo III de este Convenio.”

Por último el apartado 7.7 del mismo Convenio dice:

“De mutua conformidad, ambos organismos podrán establecer en el futuro otro modelo de gestión que permita optimizar la explotación inicial del Centro.”

Pues bien, teniendo en cuenta las cláusulas transcritas, debe entenderse, lógicamente, que el modelo previsto es el de gestión directa del CCS, por cuanto la dirección de dicho Centro se encomienda a un Jefe que, según se manifiesta en el escrito de consulta, es un técnico de SASEMAR y asume la responsabilidad total del funcionamiento operativo del CCS, incluyendo la gestión del personal y la dirección de todas las operaciones propias del CCS. Además, la organización completa del CCS se establece en un Plan de Operaciones aprobado por la APCS y por SASEMAR, que decide las necesidades de personal, sus funciones y hasta sus turnos de trabajo. Por último es destacable la cláusula 7.6, transcrita, en la que se establece el compromiso de participación de la APCS y SASEMAR en los gastos de explotación, personal y mantenimiento del CCS.

- II -

El pliego de bases del concurso para la contratación del servicio de gestión del CCS establece, como objeto del contrato, la gestión de dicho Centro, “de acuerdo con el Convenio suscrito entre la APCS y SASEMAR (cfr. base 1ª). La cláusula 2ª del pliego de cláusulas particulares enumera los servicios que deberá prestar el adjudicatario del contrato, consistentes, fundamentalmente, en la “operación funcional del CCS durante las 24 horas del día, todos los días del año”, el mantenimiento general del edificio donde se ubica el CCS, y la limpieza y conservación del mismo. Para todo ello, se encomienda también al adjudicatario la “gestión de la selección (aunque, como se verá, de forma compartida con los titulares del servicio), contratación y administración de los RH (recursos humanos) necesarios para efectuar los servicios encomendados.”

De esta cláusula 2ª (y, como extremos más significativos, de sus referencias a la “operación funcional del CCS” y a la “contratación y administración de los recursos humanos”) se desprende que se pretende la gestión indirecta del CCS, para que sea llevada por la empresa que resulte adjudicataria del concurso que va a convocarse.

Por tanto, atendiendo a lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, existe, a juicio de este Centro Directivo, una contradicción entre el modelo de gestión diseñado en el tan citado Convenio de colaboración entre la APCS y SASEMAR, que es el directo, como lo demuestran, en particular, los apartados 5.1 y 5.5 del citado Convenio, más arriba transcritos, y el modelo que se pretende establecer según resulta del escrito de consulta y de los pliegos de bases y de cláusulas particulares antes citado la documentación remitida con el mismo. No obstante, debe advertirse que el propio Convenio de colaboración permite pactar otro modelo de gestión diferente, por lo que no se considera del todo rechazable que se acuda a la gestión indirecta si, con apoyo en el apartado 7.7 de dicho Convenio, así se pacta entre la APCS y SASEMAR.

En consecuencia, la contratación de una empresa para que gestione el CCS, como se pretende, será posible siempre que se apoye esta fórmula de gestión en un acuerdo suscrito entre la APCS y SASEMAR, que no consta en la documentación remitida. Sin embargo, teniendo en cuenta que tal acuerdo puede formalizarse por escrito en cualquier momento antes de la efectiva contratación del

servicio (implícitamente parece existir, “mutua conformidad” entre las partes, como se desprende del escrito de consulta, aunque en éste se ponen de manifiesto unas condiciones que afectan al modelo de gestión indirecta pretendido, como se comentará más adelante), cabe valorar el pliego de bases remitido a los efectos de resolver la cuestión concreta objeto de la consulta, partiendo del supuesto de la adopción del modelo de gestión indirecta del CCS.

Siguiendo este planteamiento, para valorar el aludido modelo de gestión sometido a consulta es destacable el párrafo segundo de la cláusula 2ª del pliego de cláusulas particulares del contrato, que incluye la previsión de que el personal técnico encargado de la operación funcional del CCS sea seleccionado por una comisión tripartita formada por representantes del adjudicatario, de SASEMAR y de la APCS. En esta misma cláusula (párrafo tercero) se establece que “el adjudicatario y su personal prestarán sus servicios de acuerdo con el Plan Director del CCS de Castellón y siempre bajo las indicaciones técnicas del Jefe del CCS, representante de SASEMAR y de la APCS.” A este respecto, y refiriéndose al personal que aportaría la empresa adjudicataria del concurso, el escrito de consulta dice, literalmente, que “este personal estará bajo la dependencia jerárquica y funcional del Jefe del Centro que será, en todo caso, un técnico de SASEMAR.” Se reitera, en el propio escrito de consulta, la participación de SASEMAR en el proceso de selección de este personal y, así mismo, que “SASEMAR se reserva el ejercicio de una función de inspección permanente sobre el comportamiento laboral y los resultados operativos de los trabajadores contratados.” Además, como resulta del Convenio de colaboración entre la APCS y SASEMAR, ambos Organismos aportan el equipamiento completo (descrito en el Anexo II de dicho Convenio) que constituyen las máquinas e instrumentos de trabajo.

Pues bien, tales previsiones pueden afectar al concepto mismo de gestión indirecta. En efecto, la gestión indirecta de un servicio mediante contrato implica que el contratista adjudicatario asuma la prestación del mismo por medio de una empresa propia, es decir, mediante una infraestructura organizativa propia e independiente. Dentro de ésta, corresponderá al empresario adjudicatario o contratista la organización, el control y la dirección de la actividad, lo que significa que los trabajadores han de estar bajo su única dependencia jerárquica y sometidos a sus instrucciones, sin perjuicio de que el contratante, como titular del servicio, pueda impartir órdenes e instrucciones técnicas respecto del mismo. El incumplimiento de estas exigencias básicas convertiría al adjudicatario en mero aportador del personal, lo cual podría constituir una cesión ilegal de trabajadores por contravenir lo dispuesto en el artículo 43.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. De darse tal circunstancia, sería aplicable lo dispuesto en el artículo 43.2 del ET, conforme al cual tanto el empresario cedente como el cesionario (que lo sería la Entidad pública contratante o, incluso, la que de forma efectiva tuviera la dirección jerárquica propia del empleador) responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan, incluso penales, que procedan por dichos actos.” Sobre esas otras responsabilidades se considera infracción muy grave “la cesión de los trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente” (artículo 96.2 del ET), que sería imputable al empresario cedente. Pues bien, teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer, puede comprobarse que algunas de las previsiones del pliego de bases y del de cláusulas particulares, transcritas más arriba, resultan incompatibles con el modelo de gestión indirecta y otras pueden servir de base para la asunción de las responsabilidades laborales a que se ha hecho referencia, respecto del personal de la empresa adjudicataria o contratista del servicio.

En relación con esta posible asunción de responsabilidades laborales, incluyendo, en su caso, el deber de asunción de la relación laboral misma, no está de más recoger la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al respecto.

En efecto, la jurisprudencia se ha enfrentado, en múltiples ocasiones con la cuestión de precisar cuándo existe, en el tráfico contractual, una verdadera “contrata” (contrato de ejecución de obra o prestación de un servicio) y cuándo se trata de una “seudocontrata”, en la que el “contratista” no ejecuta ninguna obra ni presta ningún servicio al otro contratante, sino que se limita a ceder a éste todo o parte de sus trabajadores. El criterio de distinción aplicado es la verificación de si

el contratista cumple determinadas exigencias que le acreditan como un empresario propiamente dicho. Para merecer aquella condición debe disponer de una organización productiva, con existencia autónoma o independiente, esto es, contar con los diversos medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de su actividad, además de ejercer como empresario en la realización de las obras o servicios contratados. En este sentido, el Tribunal Supremo niega la existencia de una verdadera empresa contratista tanto cuando se carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales, no se asumen los riesgos propios del negocio o se tiene decisivamente limitada la capacidad de selección y dirección de personal (Sentencias de 17 julio 1993 y de 18 marzo 1994) como cuando, aun ostentando una organización empresarial propia, no se pone ésta en juego, «limitándose, su actividad, al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del servicio íntegramente concebido y puesto en práctica por la contratante» (Sentencia de 19 enero 1994).

También ha establecido el Tribunal Supremo como «criterios delimitadores» de la auténtica contrata de servicios, frente a los negocios que encubren interposición, los siguientes: «a) actividad empresarial propia del contratista; b) patrimonio, instrumentos y maquinaria adscritos a dicha actividad; c) inmediata recepción por el contratista del producto del trabajo de su personal laboral, y pago a cambio y a su cuenta de la correspondiente contraprestación retributiva; d) consistencia organizativa y directiva y e) asunción directa de los beneficios, responsabilidades y riesgos inherentes a la condición de empresario» (cfr. sentencias de 17 de enero de 1991, 20 de junio de 1994, 28 de enero de 1995 y 2 de febrero de 1996).

No obstante, y sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial expuesta, otras sentencias, aun sosteniendo que los trabajadores deben estar sujetos a las órdenes e instrucciones laborales de su empresa, han declarado que esto es compatible con una subordinación a las órdenes de la empresa principal en el aspecto técnico (en este sentido se pronunció una sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 9 de julio de 1981). Más recientemente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 16 de febrero de 1998, ha diferenciado entre la dependencia laboral y la dependencia funcional, admitiendo esta última, en el supuesto de una contrata de servicios, para las relaciones entre la empresa principal o contratante y los operarios de la empresa contratista, sin que esta circunstancia desnaturalizara la real existencia de la contrata.

Como consecuencia de lo expuesto hasta este punto, la empresa adjudicataria no puede limitarse a proporcionar el personal encargado de la operación funcional del CCS (aunque parece que esto no ocurriría de forma plena, puesto que en el proceso de selección está prevista la participación tanto de SASEMAR como de la APCS), de modo que dicho personal quede sometido, en su quehacer cotidiano, a las órdenes del Jefe del CCS, que es un técnico de SASEMAR. Por lo tanto, deben matizarse las previsiones, reseñadas anteriormente, en orden a la participación en la selección del personal y al sometimiento del mismo a las órdenes del Jefe del CCS.

Con carácter general, la Entidad titular de un servicio público conserva la autoridad sobre el mismo, por lo que ha de tener, lógicamente, un control sobre éste. En el caso de que se trata, a SASEMAR le corresponde, a través del Jefe del CCS, el ejercicio de la facultad de inspección sobre la gestión de dicho Centro y la de impartir las directrices y órdenes técnicas que considere pertinentes, pero sin confundir esta facultad de control técnico con el ejercicio de la facultad de dirección y organización del trabajo propia del empresario adjudicatario, pues podría incurrirse en las responsabilidades laborales aludidas anteriormente. En tal sentido, no se considera oportuno que la referida Entidad participe en la selección del personal de la empresa adjudicataria, sin perjuicio de que la propia SASEMAR, ejerciendo sus facultades de inspección y control técnico, pueda exigir o comprobar determinada capacidad técnica de los trabajadores de dicha empresa.

En suma, puede afirmarse, ante todo, que el modelo de gestión indirecta del CCS a que se viene aludiendo puede ser adoptado en el ámbito de aplicación del Convenio de colaboración suscrito por la APCS y SASEMAR, siempre que así se acuerde por ambas partes. Este modelo de gestión indirecta no se considera incompatible, por otra parte, con la impartición de direc-

trices y órdenes en el aspecto técnico del control del tráfico marítimo y de la seguridad marítima y, sobre todo, con el ejercicio de la autoridad que lleva consigo el ejercicio de tales funciones, que en ningún caso es transferible por medio de contrato (cfr. artículos 156.1 y 197.5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, así como el artículo 35.2 de la LPMM).

Ahora bien, una vez sentado lo anterior, debe destacarse la conveniencia de separar, de forma más clara que en el “nuevo modelo organizativo” a que se refiere la consulta, el ámbito del establecimiento de las aludidas directrices técnicas y del ejercicio de la autoridad, cuando deba incidir esta última en la operativa funcional del CCS, de otras pretendidas actuaciones administrativas que afecten a la organización del trabajo y que impliquen dependencia jerárquica y funcional del personal aportado por la empresa adjudicataria.

En cualquier caso, aun separando teóricamente estos ámbitos de actuación, existe el riesgo de que se aprecie la vinculación del personal operario del CCS con el Organismo público contratante de la gestión del servicio (APCS) o que el que ejerza las funciones de dirección técnica de reiterada referencia (SASEMAR), especialmente con respecto este último, si se acreditara la existencia de dependencia jerárquica y funcional del mismo, así como la posible falta de organización e infraestructura propia de la empresa adjudicataria. Todo ello dependerá de las circunstancias concretas en que se desarrollen los trabajos, dado que los ámbitos referidos anteriormente parecen tener una difícil delimitación en la práctica.

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El sistema de gestión indirecta del Centro Integrado de Coordinación de Servicios Marítimo-Portuarios de Castellón, por medio de contrato en el que se comprenda el ejercicio de determinadas funciones de la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima, puede llevarse a cabo en el marco del Convenio de colaboración firmado entre la Autoridad Portuaria de Castellón y la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima el 11 de diciembre de 1997, siempre que ambos Organismos adopten el acuerdo correspondiente, conforme a lo previsto en la cláusula 7.7 del citado Convenio.

**Segunda.-** En la contratación de gestión del servicio no pueden, quedar encomendada a la empresa adjudicataria, en ningún caso, funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad que corresponda a la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima.

**Tercera.-** No se considera oportuno que la mencionada Sociedad Estatal (ni la Autoridad Portuaria de Castellón) participe en la selección del personal de la empresa adjudicataria en la forma prevista en la cláusula 2ª del Pliego de Cláusulas Particulares remitido con el expediente, sin perjuicio de que la reiterada Sociedad pueda exigir o comprobar la capacidad técnica de aquellos operarios.

**Cuarta.-** Es compatible con el modelo de gestión indirecta del Centro Integrado de Coordinación de Servicios Marítimo-Portuarios de Castellón la impartición de instrucciones técnicas referentes al servicio relacionado con las funciones propias de la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima, en los términos expuestos en el fundamento jurídico II de este informe.

No obstante, se advierte que la difícil delimitación en la práctica entre la mera dependencia técnica o funcional y la dependencia jerárquica en el orden laboral podría dar lugar a reclamaciones de responsabilidades laborales dirigidas contra la tan citada Sociedad Estatal, a la vista de lo dispuesto en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores e, incluso, en su caso, a la declaración jurisdiccional de existencia de relación laboral entre los operarios de la empresa adjudicataria adscritos al Centro y la propia Sociedad Estatal.

## **136.- Informe sobre competencias de las Autoridades Portuarias en materia de extinción de incendios producidos en la zona de servicio de los puertos.**

### **Resumen**

Consulta sobre competencias de las Autoridades Portuarias en materia de extinción de incendios producidos en la zona de servicios de los puertos. Examen del art. 66 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante (LPMM) y art. 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL): concepto de término municipal a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo y doctrina del Consejo de Estado (inclusión en el mismo de los terrenos de dominio público marítimo-terrestre y, entre ellos, los afectados a puertos); concurrencia de competencias autonómicas y locales en el dominio público marítimo-terrestre (doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional); concepto de puerto y zonas que lo integran. Criterio de conciliación de la competencia de las Autoridades Portuarias en materia de extinción de incendios (art. 66 LPMM) y de la competencia de los Ayuntamientos en la misma materia (art. 25 de la LBRL): compete a las Autoridades Portuarias el servicio de extinción de incendios en relación con las operaciones de tráfico marítimo en la parte de agua de la zona de servicio del puerto; corresponde a los municipios el servicio de extinción de incendios en la parte de tierra de la zona de servicio del puerto. Confirmación del anterior criterio por el R.D. 958/2002, de 13 de septiembre.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 11/03

**Fecha:** 25 de febrero de 2003

**Ponente:** M<sup>º</sup> Jesús Prieto Jiménez

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre las competencias de las Autoridades Portuarias en materia de extinción de incendios producidos en la zona de servicios de los puertos y, en relación con dicha consulta, emite, a la vista de la documentación remitida, el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) En relación con la cuestión reseñada en el encabezamiento del presente informe, la Asesoría Jurídica del Ente Público Puertos del Estado emitió, con fecha 27 de enero de 2003, a petición del Presidente de la Autoridad Portuaria de Vigo, un informe en el que se sientan las siguientes conclusiones:

**“Primera.-** La normativa de régimen local atribuye al Municipio la competencia de protección civil y prevención y extinción de incendios. En el caso de municipios con población superior a 200.000 habitantes se trata de una competencia obligatoria.

**Segunda.-** La jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo ha reiterado, en sucesivos pronunciamientos, que el territorio nacional no se distribuye en términos municipales de una parte, y de otra, en territorios o bienes de dominio público, sino sólo en términos municipales, por tanto, los puertos, aunque sean bienes de dominio público, forman parte del término municipal y, en consecuencia, están incursos en la esfera de atribuciones del Ente local.

**Tercera.-** La Autoridad Portuaria debe prestar el servicio portuario de extinción de incendios en la superficie de agua de la zona de servicio del puerto, y el Ayuntamiento está obligado legalmente a prestar dicho servicio en las superficies terrestres de la zona de servicio

del puerto, por cuanto su término municipal termina donde empieza la superficie de agua de la zona de servicio del puerto.”

2º) Abogacía del Estado en Vigo emitió, con fecha 28 de enero de 2003 y a petición del Presidente de la Autoridad Portuaria de Vigo, una propuesta de informe en el que se alcanza la misma conclusión, señalando que

“Por todo ello se entiende que las Autoridades Portuarias están obligadas a prestar el servicio público contra incendios a bordo de los buques, y que carecen de competencias relativas al servicio público que afecten a los incendios en tierra, en relación con el cual el municipio tiene competencias exclusivas.”

3º) Con fecha 5 de febrero de 2003, el Presidente de la mencionada Autoridad Portuaria ha remitido a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado los dos informes reseñados en los antecedentes 1º) y 2º) sometiendo a la consideración de este Centro directivo el criterio expuesto en los mismos.

4º) Mediante oficio de 7 de febrero de 2003 la Abogacía del Estado en Vigo somete también a consulta de este Centro directivo su propuesta de informe de 28 de enero.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para resolver la cuestión planteada en la consulta conviene, ante todo, precisar que la misma se refiere estrictamente a las competencias de las Autoridades Portuarias en materia de extinción de incendios producidos en la zona de servicios de los puertos, lo que delimita el ámbito de la consulta a los términos en que ha sido examinada por los informes que se someten a consideración de este Centro directivo, pero no agota el análisis de esta cuestión, pues deja al margen las eventuales competencias de las Autoridades Portuarias en materia de prevención de incendios.

En este sentido, el informe de la Asesoría Jurídica del Ente Público Puertos del Estado pone de relieve que

“El servicio contra incendios tiene como objeto el salvamento de personas y bienes en caso de incendio, la prevención y asistencia técnica en esta materia, así como el desarrollo de acciones tendentes a evitar dicho riesgo a los ciudadanos. Considerando la amplitud de las situaciones que pueden englobarse en el concepto de servicio de prevención y extinción de incendios, el legislador (...) lo ha concebido como un deber de colaboración entre las distintas Administraciones públicas.”

Coincide este Centro directivo con esta configuración amplia de los servicios contra incendios que se prestan por las distintas Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos competenciales, que incluyen tanto actuaciones de prevención como servicios de extinción de incendios y que conllevan la necesaria coordinación y colaboración entre las mismas, como por otro lado es propio de toda la acción de los poderes públicos en materia de protección civil, que conforme a su Ley reguladora (Ley 2/1985, de 21 de enero), se define como “un servicio público en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones públicas, así como los ciudadanos mediante el cumplimiento de los correspondientes deberes y la prestación de su colaboración voluntaria.”

A este respecto interesa destacar que el artículo 14 de la citada Ley 2/85 contempla una serie de medidas preventivas que, sin perjuicio de las funciones y competencias que, en materia de prevención de riesgos específicos, otorgan las leyes a las diferentes Administraciones públicas, corresponderán también a éstas, entre ellas las siguientes:

- “c) Asegurar la instalación, organización y mantenimiento de servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento;
- d) Promover, organizar y mantener la formación del personal de los servicios relacionados con la protección civil y, en especial, de mandos y componentes de los servicios de prevención y de extinción de incendios y salvamento;
- (...)
- f) Asegurar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos, mediante el ejercicio de las correspondientes facultades de inspección y sanción, en el ámbito de sus competencias”.

Sin embargo, a pesar de partir de esta amplia configuración del servicio contra incendios, el mencionado informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado se limita, a continuación, a examinar las competencias de las Autoridades portuarias en relación con la prestación de lo que califica el servicio de extinción de incendios portuario, al que entiende referida la previsión del artículo 66 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos y Marina Mercante (LPMM), prescindiendo de toda consideración respecto a las funciones que en materia de prevención de incendios la propia LPMM encomienda a las Autoridades Portuarias, concretamente la de “controlar, en el ámbito portuario, el cumplimiento de los reglamentos de mercancías peligrosas y de seguridad e higiene, así como de los sistemas de seguridad y contra incendios, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de la Administración y específicamente de las sancionadoras por infracción de la normativa laboral” (artículo 37.1.j) de la LPMM).

En este sentido, y a título de ejemplo, el artículo 123 del Reglamento de admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas (aprobado por Real Decreto 145/1989, de 120 de enero) califica como lugares dedicados a actividades potencialmente peligrosas a los efectos previstos en los artículos 5 y 6 de la Ley 2/1985, de Protección Civil, a los puertos en los que se realicen operaciones de manipulación, almacenamiento y transporte interno de mercancías peligrosas, y ordena que en las zonas en que dichas mercancías se manipulen o almacenen, y con independencia de las medidas de protección de personas y bienes que deban establecerse con carácter general, se dispondrá de lo siguiente:

- “a) Estudio de seguridad, que contenga la evaluación de los riesgos de incendio, explosión, derrames o fugas, así como de contaminación marítima en la que estén involucradas las mercancías peligrosas y en aquellos casos en los que se prevea que se derivarán consecuencias graves para el entorno de las zonas portuarias.
- b) Plan de Emergencia Interior, con la correspondiente organización de autoprotección, dotada de sus propios recursos para acciones de prevención de riesgos, alarma, evacuación y socorro, así como de extinción de incendios, rescate, salvamento y rehabilitación de servicios esenciales, siempre que sea posible.

El Plan de Emergencia Interior, será elaborado y aprobado por los órganos correspondientes de las distintas Administraciones Públicas con competencia en las materias afectadas, acordándose su aplicación por las autoridades portuarias, cuando consideren que una emergencia requiere las actuaciones coordinadas previstas en el mismo.

En los casos en los que por el tipo de sustancias y cantidad de las mismas que se manipulen, transiten o almacenen en las zonas portuarias, sea de aplicación lo previsto en la normativa reguladora de la prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales, se estará a lo dispuesto en la misma y subsidiariamente a lo establecido en este Reglamento”.

Con todo lo expuesto quiere ponerse de relieve que las competencias de las Autoridades Portuarias en materia de prevención y extinción de incendios son más complejas y entrañan un amplitud mayor que las que se circunscriben al servicio portuario contra incendios a que se refiere el artículo 66 de la LPMM en la interpretación que del mismo realizan los informes sometidos a la consideración de este Centro directivo en la consulta, centrándose por ello el presente informe en el examen de las competencias que derivan de este precepto.



## - II -

A estos efectos, conviene partir de señalar que el citado artículo 66 de la LPMM califica como servicios portuarios “Los servicios contra incendios, de vigilancia, seguridad, policía y protección civil portuarios, sin perjuicio de los que correspondan al Ministerio del Interior o a otras Administraciones Públicas” utilizando con ello un concepto restringido del servicio portuario contra incendios en cuanto diferenciado de los restantes servicios portuarios que menciona el mismo precepto, entre ellos los de seguridad y protección civil, y poniendo asimismo de manifiesto que tales servicios, que se definen como “actividades de prestación que tiendan a la consecución de los fines que a las Autoridades Portuarias se asignan por la presente Ley y se desarrollan en su ámbito territorial”, no se desarrollan en virtud de competencias atribuidas exclusivamente a las Autoridades Portuarias, sino que concurren con los que corresponden a otros órganos de la Administración del Estado e incluso a otras Administraciones públicas en virtud de sus respectivas competencias.

En particular, como destacan los dos informes sometidos a consulta, en materia de prevención y extinción de incendios (también diferenciada de la protección civil), el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL) atribuye competencias en todo caso al municipio, imponiendo el artículo 26 con carácter obligatorio la prestación de los servicios de prevención y extinción de incendios en municipios con población superior a 20.000 habitantes, que deberán prestarlos por sí o asociados, correspondiendo en última instancia a la provincia “asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal”, a cuyo efecto compete a la provincia “la coordinación de los servicios municipales entre sí” y “la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal” (artículos 31.2.a) y 36.1 de la LBRL).

Tales servicios se deben prestar por el municipio en el correspondiente término municipal que delimita el territorio sobre el que esta entidad local ejerce sus competencias (artículo 12 de la LBRL) y que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional y con la doctrina del Consejo de Estado citada por el informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado (STS de 17 de marzo de 1980, SSTC 77/1984, 103/1988, 27/1988 y 149/1991, y dictámenes del Consejo de Estado de 10 de mayo de 1952 y 14 de febrero de 1957), incluye los terrenos que legalmente integran el dominio público marítimo-terrestre estatal, entre ellos los afectados a puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal (artículo 4.11 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas), que constituyen el denominado dominio público portuario estatal (artículo 14 de la LPMM) y que por ello se han de entender comprendidos dentro del ámbito territorial sobre el que el municipio ejercita sus competencias.

Así lo entiende la STS de 17 de marzo de 1980 (Ar. 2201) en relación con el ejercicio de las competencias de los municipios en materia de urbanismo sobre terrenos integrados en el dominio público marítimo-terrestre, que se infieren de los preceptos que cita de la derogada Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y de la también derogada Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en base a los cuales concluye que

“no existe división entre términos municipales y terrenos de dominio público (...), lo que implica que la zona marítimo-terrestre se encuentra dentro de la esfera de atribuciones de los Ayuntamientos, aunque haya de distinguirse entre la competencia por razón del dominio y la jurisdicción que el Municipio ejerce a través de la competencia propia de sus órganos privativos, en el ámbito especial que enmarca el término municipal, pues, de lo contrario, se incurriría en el confusiónismo de equiparar los conceptos de propiedad por un lado y jurisdicción por otro, posición esta mantenida por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 10 mayo 1952 y 14 febrero 1957 y que ratifica el Decreto de la Presidencia, resolutorio de conflicto de atribuciones, de 8 noviembre 1962, al consignar, en el último de sus razonamientos, que “el territorio nacional no se distribuye en términos municipales de una parte, y de otra, territorios o bienes de dominio público, sino sólo en términos municipales; y, además, y sobre todo porque el dominio público, cualquiera que pueda ser la

configuración teórica, está concebido en nuestro Derecho positivo, no como una relación de poder, sino como una relación de propiedad, según los arts. 338 y 339 del Código Civil establecen”, y sin que tal conclusión quede desvirtuada por la Ley de 26 abril 1969, núm. 28/69, por cuanto si declara el dominio público sobre la zona marítimo-terrestre -art. 1.º.2-, deja a salvo las facultades atribuidas a los municipios por la Ley de Régimen Local -art. 10.1, párr. 2.º-, y no exige al titular de la concesión de obtener las licencias, permisos y autorizaciones legalmente procedentes -art. 15-, viniendo a sancionar, de esta manera, la concurrencia de competencias en la zona marítimo-terrestre, quedando atribuida a la competencia municipal el otorgamiento de licencias a tenor de lo dispuesto en los arts. 101 de la Ley de Régimen Local, 1.º, 3.º, 5.b), 8 y 21 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955, 165 y 166 de la Ley del Suelo y 6.º del Decreto de 30 noviembre 1961”.

También el Tribunal Constitucional ha mantenido en numerosas sentencias esta doctrina que compatibiliza la titularidad estatal sobre el dominio público marítimo-terrestre con el ejercicio de las competencias autonómicas y locales sobre las pertenencias demaniales, como recuerda la STC 149/1991, de 24 de julio, que resuelve varios recursos de inconstitucionalidad formulados contra la Ley de Costas, y que con cita de las anteriores SSTC 77/1984, 227/1988 y 103/1989) recuerda que

“Es sabido que, según una doctrina que muy reiteradamente hemos sostenido (SSTC 77/1984, fundamento jurídico 3.º, 227/1988, fundamento jurídico 14, y 103/1989, fundamento jurídico 6.º.a) la titularidad del dominio público no es, en sí misma, un criterio de delimitación competencial y que, en consecuencia, la naturaleza demanial no aísla a la porción del territorio así caracterizado de su entorno, ni la sustrae de las competencias que sobre ese aspecto corresponden a otros entes públicos que no ostentan esa titularidad”

De acuerdo con la doctrina expuesta, los servicios de prevención y extinción de incendios que, en los términos expuestos, competen a los municipios deben prestarse también en los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal que integran el dominio público portuario estatal de manera concurrente con la prestación, por parte de las Autoridades portuarias, del servicio contra incendios a que se refiere el artículo 66 de la LPMM. Resulta, por ello, necesario delimitar el alcance de las respectivas competencias atribuidas a los municipios y a las Autoridades portuarias en esta materia, compatibles únicamente en la medida en que, incluso aunque recaigan sobre el mismo ámbito físico, tengan un objeto jurídico distinto, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 113/1983 que cita el informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado y reiterada en las SSTC 40/1998, 118/98, 166/2000 y 38/2002).

- III -

En este sentido, la STC 40/1998, de 19 de febrero, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad formulados contra la LPMM, examina la incidencia de las competencias autonómicas sobre ordenación del territorio y urbanismo sobre los puertos competencia del Estado recordando, con cita de las anteriores SSTC 113/1983 y 77/1984, que “el constituyente ha previsto la coexistencia de títulos competenciales con incidencia sobre un mismo espacio físico; de aquí que este Tribunal venga reiterando que la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siendo esta convergencia posible cuando, incidiendo sobre el mismo espacio físico, dichas competencias tienen distinto objeto jurídico”, y añadiendo que “es precisamente esta posibilidad de concurrencia de títulos competenciales sobre el mismo espacio lo que obliga a buscar las fórmulas que, en cada caso, permitan su concreta articulación”

Para el caso concreto de la competencia estatal sobre puertos de interés general, la STC 40/98 (con cita de la anterior STC 77/1984) reitera que

“(…) la existencia de un puerto estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que (…) “la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto” .

Pues bien, partiendo de estas consideraciones, conviene señalar que, de conformidad con el artículo 2.1 de la LPMM, “a los efectos de esta Ley se denomina puerto marítimo al conjunto de espacios terrestres, aguas marítimas e instalaciones que, situado en la ribera de la mar o de las rías, reúna condiciones físicas, naturales o artificiales y de organización que permitan la realización de operaciones de tráfico portuario (…)”, entendiéndose por tal “las operaciones de entrada, salida, atraque, desatraque, estancia y reparación de buques en puerto y las de transferencia entre éstos y tierra u otros medios de transporte, de mercancías de cualquier tipo, de pesca, de avituallamientos y de pasajeros o tripulantes, así como el almacenamiento temporal de dichas mercancías en el espacio portuario” (artículo 2.3 de la LPMM).

El espacio físico del puerto comprende, pues, tanto espacios terrestres como aguas marinas e instalaciones destinados a la realización de operaciones de tráfico portuario, todas las cuales integran la denominada zona de servicio del puerto que, conforme al artículo 15.1 de la propia LPMM, “incluirá las superficies de tierra y de agua necesarias para la ejecución de sus actividades;” y que se diferencia de aquellas otras zonas “destinadas a tareas complementarias de aquéllas y los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria” (artículo 15.1 de la LPMM).

Pues bien, en una primera delimitación de las competencias de las Autoridades Portuarias y los municipios en materia de servicios contra incendios cabe señalar que, dado que “el ámbito territorial de competencia de las Autoridades Portuarias es el comprendido dentro de los límites de la zona de servicio del puerto y los espacios afectados al servicio de señalización marítima cuya gestión se les asigne” (artículo 38 de la LPMM), en esas otras zonas destinadas a tareas complementarias y en los espacios de reserva la Autoridad Portuaria carece, sin lugar a dudas, de competencias en materia de servicios contra incendios, las cuales corresponden en exclusiva a los municipios en cuyo término municipal se integren los indicados espacios.

Centrándonos con ello en la zona de servicio del puerto, y dado que la misma incluye, como queda expuesto, tanto superficies de tierra como superficies de agua destinadas al ejercicio de sus actividades (artículo 15.1), y que tales actividades no pueden ser otras que las relacionadas con el tráfico portuario, que son en su mayoría marítimas pero que incluyen también operaciones terrestres (artículo 2), parecía razonable, en principio, sostener que el servicio portuario contra incendios que, como actividad de prestación, encomienda el artículo 66 de la LPMM a las Autoridades Portuarias para la consecución de los fines que se les asignan por la propia Ley y se desarrollan en su ámbito territorial debería comprender el servicio de prevención y extinción de los incendios que se produzcan tanto en la parte de agua como en la de tierra de la zona de servicio del puerto con ocasión de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario cuya realización, autorización y control, en su caso, atribuye el artículo 36.a) a las citadas Autoridades marítimas.

Sin embargo, el citado artículo 66 efectúa la indicada atribución de competencias a las Autoridades marítimas “sin perjuicio de la competencia de otras autoridades;” por lo que el servicio portuario contra incendios ha de restringirse excluyendo de su ámbito físico la superficie de tierra de la zona de servicio del puerto incluida en el término municipal y, de su ámbito jurídico, los incendios que no guarden relación con operaciones de tráfico portuario.

En este sentido, procede recordar que, como señalan las SSTC 149/91 y 40/98 antes citadas, “es obvio que la competencia autonómica sobre ordenación del territorio no se extiende al mar;” y lo mismo puede decirse sobre las competencias municipales en materia de prevención y extinción de incendios, que lógicamente deberán desarrollarse en el ámbito

terrestre de la zona de servicio del puerto, único que puede entenderse incluido en su término municipal. Y de otro lado, las competencias municipales en esta materia se ejercen respecto de todos los incendios que se produzcan en su término municipal, con el objeto jurídico general de proteger a las personas y a los bienes, y con independencia del más específico encomendado a las Autoridades portuarias en relación con las operaciones de tráfico portuario, pues como señala el informe de la Abogacía del Estado de Vigo, el municipio se caracteriza por el principio de universalidad de fines propio de la Administraciones territoriales frente al principio de instrumentalidad que rige para la Administración institucional y que condiciona el alcance de sus competencias a la consecución de sus fines.

Parece, en consecuencia, que la única manera de conciliar las competencias municipales en materia de prevención y extinción de incendios con el servicio portuario contra incendios que compete a las Autoridades Portuarias conforme al artículo 66 de la LPMM es entender que este último servicio se presta sólo en relación con las operaciones marítimas de tráfico portuario que se desarrollan en la parte de agua de la zona de servicio del puerto, como sostienen los informes jurídicos sometidos a consulta, correspondiendo al municipio en cuyo término se incluye el puerto la prestación de los servicios de prevención y extinción de incendios en la parte de tierra de la zona de servicio del puerto, incluyendo los que se produjeran con ocasión de operaciones terrestres de tráfico portuario, en particular, con ocasión del almacenamiento temporal de mercancías en el espacio portuario a que se refiere el artículo 2.3 de la LPMM.

Esta conclusión aparece confirmada por el Real Decreto 958/2002, de 13 de septiembre, sobre Instalaciones de avituallamiento de combustibles en los puertos de interés general, cuya disposición adicional segunda ordena la extensión a las nuevas instalaciones de avituallamiento de buques que se autoricen del servicio contra incendios a buques a que se refiere el artículo 66.1 de la LPMM, estableciendo lo siguiente:

“El servicio contra incendios a buques a que se refiere el artículo 66.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, debe tener en cuenta las nuevas instalaciones de avituallamiento para combustibles en el puerto que, de acuerdo con lo dispuesto en este Real Decreto, se autoricen, pudiendo imponerse al concesionario aquellas medidas preventivas que sean exigibles de acuerdo con la normativa aplicable.”

Y también confirman la conclusión expuesta las sentencias que cita el informe de la Abogacía del Estado en Vigo en cuanto niegan la existencia de responsabilidad de la correspondiente Autoridad Portuaria por los daños derivados de incendios producidos con ocasión del almacenamiento temporal de mercancías en el espacio portuario, considerando que la ocupación del dominio público marítimo terrestre autorizada mediante la contraprestación de la correspondiente tasa no entraña un contrato de depósito ni genera, por ello, responsabilidad contractual de la Administración portuaria por el incendio (expresamente excluida en las ordenanzas del puerto) y negando la existencia de responsabilidad patrimonial por no ser los daños imputables en relación de causa efecto al servicio público portuario. (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2000, Sala de lo contencioso-administrativo; Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999, Sala de lo Civil; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de noviembre de 1995 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de febrero de 1997).

De acuerdo con lo expuesto, puede formularse la siguiente

## CONCLUSIÓN

Las competencias que en materia de extinción de incendios en la zona de servicios del puerto competen a las Administraciones Portuarias conforme al artículo 66 de la LPMM se limitan a los que se produzcan con ocasión de las operaciones marítimas de tráfico portuario que se desarrollen en la parte de agua de la zona de servicio del puerto, correspondiendo al municipio en cuyo término se incluye el puerto la prestación de los servicios de extinción de incendios en la parte de tierra de la referida zona de servicio.

### **137.- Informe sobre la posibilidad de adjudicar conjuntamente mediante un único pliego la explotación en régimen de concesión de dominio público una dársena de embarcaciones menores de un puerto y la prestación de servicios generales de dicho puerto.**

#### **Resumen**

Consulta sobre la posibilidad de adjudicar conjuntamente, mediante un único pliego, la explotación en régimen de concesión de dominio público de la superficie de la dársena de embarcaciones menores del puerto de Las Palmas y la prestación de servicios generales en dicho puerto. Improcedencia de esa adjudicación conjunta por: 1) Las diferencias que en su naturaleza jurídica y efectos median entre la concesión demanial y el contrato de servicios; 2) La existencia de obligaciones inherentes a la condición de concesionario del dominio público coincidentes con las que asumiría el adjudicatario del contrato de servicios; 3) La imposibilidad de que el contrato de servicios tenga la misma duración (20 años prorrogables) que la concesión demanial; 4) La restricción de la libre competencia que la adjudicación conjunta de la concesión demanial y el contrato de servicios supondría.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/05

**Fecha:** 7 de junio de 2005

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

#### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado de Las Palmas sobre la posibilidad de adjudicar conjuntamente, mediante un Pliego de Bases, Pliego de Condiciones Particulares y Pliego de Condiciones Generales único, la explotación en régimen de concesión de dominio público de la superficie de la dársena de embarcaciones menores, así como la prestación de servicios generales en el Puerto de Las Palmas de Gran Canaria, a través de un concurso convocado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe.

#### **ANTECEDENTES**

- 1º) Con fecha 12 de mayo, la Abogacía del Estado en Las Palmas formuló a este Centro Directivo consulta verbal sobre el asunto de referencia, remitiendo a tal fin, junto con el proyecto de informe, los tres Pliegos por los que habría de regirse el concurso para la adjudicación de una concesión demanial y de un contrato de servicios –dirigido básicamente a la prestación de servicios portuarios generales–. La consulta se formulaba con urgencia, dado que la aprobación de los citados Pliegos se incluía en el Orden del Día del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, que iba a tener lugar el día 16 de mayo siguiente. Ante esa circunstancia, el viernes día 13 se dio respuesta verbal a la Abogacía del Estado consultante.
- 2º) El aplazamiento de la reunión del Consejo de Administración prevista para ese día 16 ha determinado que la indicada Abogacía del Estado se dirija, de nuevo, a este Centro Directivo, solicitando que la respuesta a la consulta verbal formulada se le remitiera por escrito, lo que facilitaría, en su opinión, la resolución del expediente y la defensa por dicha unidad del criterio que deba adoptarse en la próxima reunión del Consejo en la que se trate este tema.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

En el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Las Palmas se comienza diciendo que la adjudicación conjunta, en un único procedimiento de licitación y a favor de un mismo licitador, de una concesión de dominio público y de un contrato de servicios plantea el problema de la inexistencia a priori de previsión legal que, específicamente, prohíba sacar a licitación de forma conjunta la concesión demanial y el contrato de prestación de servicios, no contando tampoco esa posibilidad con respaldo legal expreso, por lo que sugiere que la Autoridad Portuaria de Las Palmas justifique adecuadamente la conexión entre dichas concesión y contrato que aconsejase su tramitación y resolución conjunta a favor de un único licitador.

Pues bien, tal y como se razonará en este informe, ni la inexistencia de previsión legal alguna que prohíba la posibilidad de adjudicación conjunta, a través de un único procedimiento, de la concesión demanial y del contrato de prestación de servicios, ni el silencio de la normativa aplicable sobre el particular, prescindiendo de una supuesta conexión entre dichas concesión y contrato, son argumentos suficientes para admitir esa posible adjudicación conjunta bajo unos pliegos únicos, ya que la naturaleza y el contenido de la concesión demanial y del contrato de prestación de servicios son distintos, impidiendo ello, como se verá, que, ni siquiera por la vía de esa supuesta conexión entre los mismos, se pueda pensar en una licitación y adjudicación conjunta.

### - II -

Para justificar este criterio conviene analizar, con cierto detalle, el objeto del concurso que pretende convocar la Autoridad Portuaria de Las Palmas y que, según refleja el Pliego de Bases remitido, es doble. Por un lado, la adjudicación, en régimen de concesión de dominio público, de la superficie de la Dársena de Embarcaciones Menores del Puerto de Las Palmas (en adelante DEM), no otorgada actualmente en régimen de concesión o autorización temporal, para su construcción, explotación y gestión, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones Generales, comprendiendo un determinado espacio al que luego se hará referencia, y, por otro, la adjudicación de un contrato de servicios para la prestación de los servicios generales en la DEM –concretamente, en todas las zonas comunes de la DEM y en la zona de fondeo de “Las Alcaravarenas”, quedando excluida igualmente la superficie ya otorgada en concesión o autorización temporal– en régimen mercantil o de derecho privado, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones Particulares (Base 1ª Objeto del concurso, del Pliego de Bases remitido).

A pesar de esa identidad parcial del ámbito espacial en el que se desenvolverían la concesión demanial y el contrato de servicios, las diferencias entre una y otro son muy evidentes, desaconsejando totalmente su licitación y adjudicación conjuntas en la forma pretendida por la Autoridad Portuaria sobre la base de unos pliegos en los que, como se verá, se produce, en numerosas ocasiones, una evidente confusión en el citado ámbito espacial de los mismos y en las obligaciones a cargo de los adjudicatarios de ambos.

### - III -

La concesión de dominio público es el instrumento jurídico típico del Derecho Administrativo para compatibilizar la existencia y función del dominio público con la explotación privada del mismo. No obstante las divergencias de criterio en el ámbito doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la concesión demanial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 26

de mayo de 1923, 14 de marzo de 1936, 6 de abril de 1957, 23 de marzo de 1972 y 11 de febrero de 1986, entre otras) y la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 30 de noviembre de 1949 –expediente 5.278– y 22 de febrero de 1973 –expediente 38.223–) la han configurado, todo lo más, como un acto negocial de carácter bilateral, pero sin llegar a calificarla como contrato.

El Título V de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que derogó el Título II de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, referido al dominio público portuario estatal, comienza diciendo en su artículo 92 que “la gestión del dominio público portuario estatal estará orientada, garantizando el interés general, a promover e incrementar la participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios, a través del otorgamiento de las correspondientes autorizaciones y concesiones, tanto demaniales como de obra pública, de acuerdo con lo previsto en esta Ley.”

Partiendo de la anterior declaración, pertenecen al dominio público portuario estatal, “los terrenos, obras e instalaciones portuarias fijas de titularidad estatal afectados al servicio de los puertos” (artículo 93.1.a) de la Ley 48/2003); añade el artículo 95.2 de la misma que “los usos y actividades que presenten circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad o rentabilidad exigirán el otorgamiento de la correspondiente autorización o concesión, con sujeción a lo previsto en esta Ley y en los pliegos de condiciones generales que se aprueben, que se publicarán en el Boletín Oficial del Estado”. Por su parte, el artículo 106 establece que “estará sujeta a previa concesión otorgada por la Autoridad Portuaria la ocupación del dominio público portuario, con obras e instalaciones no desmontables o usos por plazo superior a tres años;” dedicando los Capítulos VI y VII (artículos 106 a 125) a regular con todo detalle el régimen jurídico de las concesiones demaniales. En todo caso, como recuerda el apartado 2 del artículo 106, las concesiones sólo podrán otorgarse para obras, instalaciones o usos que se ajusten a las determinaciones establecidas en el plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto o, en su defecto, al plan de utilización de los espacios portuarios.

Pues bien, la concesión de dominio público de la superficie de la DEM del Puerto de Las Palmas, para su explotación de conformidad con el Pliego de Condiciones Generales propuesto, es una concesión de dominio público de las expuestas en los párrafos precedentes.

En el Pliego de Bases de la misma comienza por detallarse la superficie a otorgar en concesión para su construcción, explotación y gestión, que abarca un edificio administrativo, muelles y pantalanes, parcelas y locales libres de edificación y superficie de estacionamiento. Se permite la realización de obras y el aprovechamiento de las parcelas y locales así como la explotación de la superficie destinada a aparcamientos.

La concesión se adjudicará, según la Disposición General 1ª del Pliego, de acuerdo con lo señalado en la Ley 48/2003, Ley 27/92 y demás disposiciones aplicables a las concesiones sobre dominio público portuario estatal. Del contenido de las restantes Disposiciones Generales merece destacarse lo siguiente: 1) El plazo concesional es de 20 años, prorrogable discrecionalmente por periodos de 5 años hasta un total de 10 años –Disposición General 2ª–; 2) Se fija un plazo máximo de 5 años para ejecutar las obras previstas en la concesión –Disposición General 6ª–, así como el pago de determinadas tasas por ocupación del dominio público, utilización especial de las instalaciones portuarias y aprovechamiento especial del dominio público en ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios –Disposición General 10ª–; y 3) Se establece que el concesionario gestionará se señala que el concesionario gestionará la actividad de la concesión a su riesgo y ventura, siendo de su cargo los gastos por electricidad, agua, servicio telefónico, recogida de basuras, contratación de los correspondientes servicios, acometidas y pago de los derechos correspondientes, así como cualquier otro gasto necesario para el desarrollo de la actividad –Disposición General 14ª–.

**- IV -**

Al mismo tiempo, como se ha dicho, se pretende adjudicar un contrato de servicios para la prestación de los servicios generales en la DEM en régimen mercantil o de derecho privado, de conformidad con lo establecido en el Pliego de Condiciones Particulares elaborado.

El régimen jurídico de este contrato se contiene en el Pliego de Condiciones Particulares del mismo, concretamente en su Condición 21ª, que, bajo la rúbrica “Régimen jurídico del contrato y cuestiones litigiosas”, establece que el mismo “tiene la consideración de contrato privado, y se regirá por el Derecho Común que le sea de aplicación, resultando de aplicación igualmente, lo establecido en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, y en las Normas Generales de Contratación del Ente Público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias”.

El sometimiento, con carácter general, de todas las actividades del Ente Público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento les atribuya, la sujeción en materia de contratación a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés del ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público y, por último, el sometimiento a lo establecido en la citada Ley 48/1998, tienen el oportuno reflejo en los artículos 24.2 y 35.2 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificados por la disposición final segunda de la Ley 48/2003.

Tal y como se indica en el proyecto de informe remitido, la referida Ley 48/1998 tiene como objeto, según su artículo 1, la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas del artículo 2.1 (entre las que se incluyen las Autoridades Portuarias, según prevé expresamente la disposición adicional tercera, apartado IX, de la propia Ley) que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, tal y como se concreta en el artículo 3, señalando este precepto, a su vez, que “a los efectos de esta Ley se consideran actividades relacionadas con el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, quedando incluidas en su ámbito de aplicación, las siguientes: (...) b) La explotación de una zona geográfica determinada para la realización de algunas de las actividades siguientes: (...) ii) Puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, puertos marítimos o interiores u otras terminales de transporte”.

Al especificar los contratos que quedan incluidos en el ámbito objetivo de aplicación de la Ley 48/1998, el artículo 5 de la misma dispone que “a los efectos de la presente Ley se entenderá por contratos de obras, suministro y servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, los contratos de carácter oneroso celebrados por escrito entre algunas de las entidades contratantes enumeradas en el artículo 2.1 y un contratista, que tengan por objeto: (...) c) En el caso de contratos de servicios, alguno de los definidos en el artículo 197.2 y 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

La remisión que se hace al artículo 197 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hay que entenderla hecha en la actualidad al artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000 (TRLCAP) que, en su apartado 3, incluye como contratos de servicios, entre otros, “aquellos en los que la realización de su objeto sea: a) de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro. b) Complementario para el funcionamiento de la Administración. c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones (...)”.



Pues bien, coincidiendo una vez más con el proyecto de informe remitido, el contrato de servicios que pretende adjudicarse mediante la celebración del presente concurso está comprendido dentro del ámbito que acaba de describirse, ya que su objeto consiste en la prestación de servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y otros de carácter complementario para el funcionamiento de la Administración (limpieza de las zonas comunes, recogida de residuos, jardinería de zonas comunes, servicio de alumbrado de esas mismas zonas, etc.). En definitiva, la Autoridad Portuaria de Las Palmas pretende contratar con un empresario particular la prestación de algunos (no todos) de los servicios generales de titularidad de la misma de los que se benefician los usuarios (artículo 58 de la Ley 48/2003) y que, en principio y de acuerdo con el artículo 59.1, deben ser gestionados por ella, aunque, el apartado 2 de ese mismo precepto permite que pueda encomendarse su prestación a terceros en determinados casos cuando no se ponga en riesgo la seguridad o no impliquen ejercicio de autoridad. Precisamente, por esas razones, han quedado excluidos, el servicio integral de vigilancia y seguridad en las zonas comunes y el servicio de vigilancia y control de entrada y salida de las embarcaciones a la DEM.

Pasando ya al ámbito espacial en el que ha de ejecutarse el contrato de servicios, empiezan ya a surgir los primeros problemas. En el Pliego de Bases del concurso (Base 1<sup>a</sup>), se dice que el ámbito para la prestación de estos servicios se extiende a todas las zonas comunes de la DEM y a la zona de fondeo de “Las Alcaravaneras,” quedando, por tanto, excluida la superficie ya otorgada en concesión o autorización temporal. Aunque esa última referencia a las concesiones o autorizaciones temporales alude a las concesiones o autorizaciones ya otorgadas, si se quiere evitar que se produzca una total confusión entre los derechos y obligaciones del concesionario y del contratista de los servicios, debe excluirse del ámbito espacial de actuación del contrato de prestación de servicios, como bien dice el proyecto de informe, la superficie de pantalanes (2.710 m<sup>2</sup>) y de las parcelas libres a destinar a locales (1.325 m<sup>2</sup>), a las que se refiere la Condición 2<sup>a</sup> (“Ámbito de actuación”) del Pliego de Condiciones Particulares del contrato, al estar ambas claramente incluidas en el ámbito de la concesión demanial, siendo, en consecuencia, obligación del titular de dicha concesión, por su condición de tal, la prestación de cuantos servicios requiera su adecuada explotación y que serían inherentes a la misma, de tal forma que, si no se prestaran por el concesionario, no podría hablarse de concesión en sentido propio, ya que la misma no tendría realmente contenido ni los destinatarios de esas prestaciones lo admitirían. Se alude con ello a la instalación y mantenimiento de módulos de suministro de agua a embarcaciones, instalaciones de toma de corriente eléctrica para embarcaciones en muelles y pantalanes de la concesión.

Pues bien, las obligaciones indicadas, inherentes a la concesión demanial, se atribuyen al adjudicatario del contrato de servicios, como parte integrante de este contrato, en las Condiciones 7.2 (“Red de abastecimiento”) y 7.3 (“Red de baja tensión, alumbrado público de zonas comunes y balizamiento”) del Pliego de Condiciones Particulares. Lo mismo puede decirse de la obligación de mantenimiento de los pantalanes, pilotes de anclaje, tren de fondeo, cadenas madre, etc., a las que se refiere la Condición 7.5 (“Pantalanes flotantes”), de la obligación de instalar a su costa los carteles anunciadores de las obras que vaya a realizar o la de respetar los compromisos adquiridos por la Autoridad Portuaria de Las Palmas en relación con la celebración de eventos ya autorizados (Condición 19<sup>a</sup>), que corresponden igualmente al concesionario y no al adjudicatario del contrato de servicios.

Por otro lado, el plazo de duración de ese contrato de servicios es de 20 años, pudiendo prorrogarse por periodos de 5 años hasta un total de diez años (Condición 13<sup>a</sup> del Pliego de Condiciones Particulares) a imagen y semejanza de la concesión demanial (Disposición General 2<sup>a</sup> del Pliego de condiciones Generales), lo cual, si puede ser razonable para éstas —en este sentido el artículo 107 de la Ley 48/2003 fija un plazo máximo de 35 años en función de diversos criterios como el volumen de inversión y su vida útil, la disponibilidad del espacio portuario, etc.—, no lo es, en absoluto, cuando se trata de un contrato de prestación de servicios que, aun regido por el Derecho privado, no puede tener un plazo de duración tan prolongado (el artículo 198 del TRLCAP permite asignar al contrato de servicios un plazo superior

a dos años sólo cuando sea complementario de un contrato de obras o de suministro, no de una concesión demanial). No es posible, por tanto, la existencia de un contrato de servicios por un plazo tan dilatado de tiempo.

En el proyecto de informe se habla, con acierto otra vez, de que, estando prevista la adjudicación, a favor de un único licitador, de la concesión y del contrato de servicios, sería necesario incluir en los pliegos las cláusulas de salvaguarda oportunas para garantizar un marco de libre competencia en la prestación de servicios de los que se beneficien los titulares de las distintas concesiones demaniales y autorizaciones temporales existentes en la DEM, sin que, en ningún caso, pueda el adjudicatario prevalerse de su condición de prestador de servicios comunes para favorecer el desarrollo de su concesión en perjuicio de los actuales concesionarios y titulares de autorizaciones temporales.

Además de compartir ese parecer, este Centro Directivo es de la opinión de que, la licitación y adjudicación conjunta de la concesión y del contrato de servicios supondría, por sí misma, una restricción a la libre competencia, pues podría limitar la concurrencia de licitadores que estarían en condiciones de poder prestar los servicios que se ofrecen y de hacer la oferta oportuna, de acuerdo con el Pliego de Bases y el Pliego de Condiciones Particulares y que, por el contrario, no estarían en condiciones de poder formular ofertas para la adjudicación en régimen de concesión demanial de la superficie de la DEM para su explotación en la forma prevista en el Pliego de Bases y Pliego de Condiciones Generales de la misma.

En definitiva, la distinta naturaleza y contenido de la concesión demanial y del contrato de servicios, unido a la necesaria delimitación, en los pliegos respectivos, de los ámbitos de actuación y de las obligaciones del concesionario y del adjudicatario de los servicios, en especial de este último, el cual tiene que prestar unos servicios generales muy concretos que, en absoluto, se pueden confundir ni mezclar con las obligaciones propias e inherentes a la concesión y que corresponden a su titular, a las que se ha hecho mención en este informe, determina que no sea posible su licitación y adjudicación en un solo concurso, en la forma pretendida por la Autoridad Portuaria de Las Palmas, debiendo redactarse sendos Pliegos de Bases y de Condiciones autónomos y licitarse y adjudicarse por separado.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La falta de toda previsión legal sobre la posibilidad de adjudicación conjunta de una concesión demanial y de un contrato de prestación de servicios o el silencio de la normativa aplicable sobre el particular, prescindiendo de una supuesta conexión entre ellos, no son argumentos suficientes para admitir una posible adjudicación conjunta, mediante un mismo procedimiento y bajo unos pliegos únicos, de dichas concesión y contrato.

**Segunda.-** La distinta naturaleza de la concesión de dominio público de la superficie de la dársena de embarcaciones menores y del contrato de servicios en el Puerto de Las Palmas de Gran Canaria, que se pretenden adjudicar de forma conjunta a través de un concurso convocado por la Autoridad Portuaria de las Palmas, así como el contenido de los mismos, concretamente en lo relativo a las obligaciones del concesionario y del contratista de los servicios, hacen inviable esa adjudicación.

**Tercera.-** La Autoridad Portuaria de Las Palmas deberá elaborar unos Pliegos de Bases y de Condiciones Generales de la concesión demanial, por un lado, y de Condiciones Particulares del contrato de servicios, por otro, de forma totalmente autónoma, sin confusión alguna en cuanto al ámbito espacial, plazo y derechos y obligaciones del concesionario y del adjudicatario del contrato de servicios, para su licitación y adjudicación por separado.

## **138.- Informe sobre el pliego de condiciones para la prestación del servicio concesional de distribución de energía eléctrica en la dársena de un puerto.**

### **Resumen**

Consulta sobre pliego de condiciones para la prestación del servicio concesional de distribución de energía eléctrica en la dársena sur del Puerto de Castellón. Se formulan las siguientes observaciones:

- Previsión de que en el Pliego se recoja la necesaria ocupación del dominio público portuario.
- Necesidad, como consecuencia de lo anterior, de abonar la tasa por ocupación del dominio público portuario que es compatible con la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de servicio.
- Constitución de garantía, para la que no basta la inclusión de la empresa en el Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado.
- Posible conflicto entre el artículo 50 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y el artículo 120.9 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Prevalencia de este último precepto: argumentos que lo justifican.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 6/08

**Fecha:** 11 de junio de 2008

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la conformidad a derecho del Pliego de Condiciones para la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica en la Dársena Sur del Puerto de Castellón, realizado por la sociedad mercantil, Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) El 5 de mayo de 2008 tuvo entrada en esta Abogacía General del Estado un correo electrónico procedente de la Abogacía del Estado en Castellón en el que, en relación con un Pliego de Condiciones para la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica en el puerto de Castellón y de las observaciones al mismo realizadas por Puertos del Estado a las que siguió una nota por parte de la Abogacía del Estado consultante, se ponen de manifiesto, para su examen por parte de este Centro Directivo, determinados problemas surgidos respecto a la prestación de dicho servicio comercial.

En concreto, se suscitan dudas acerca de la forma jurídica que deba revestir la prestación del servicio, así como sobre la negativa de Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. (que, hasta ahora, estaba transportando la energía hasta los límites del puerto, asumiendo la Autoridad Portuaria de Castellón la tarea hacerla llegar en el puerto a los usuarios) a pagar la tasa de ocupación, habiéndose formulado, por último, por parte de la Dirección de los Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, en informe de 28 de abril de 2008, determinadas objeciones al Pliego que, como se ha expuesto, han sido contestadas por la Abogacía del Estado consultante.

- 2º) Con fecha 14 de mayo de 2008 y tras la oportuna petición al efecto, tuvo entrada en este Centro Directivo el texto íntegro del Pliego de Condiciones a que se refiere este informe que no se encontraba entre la documentación remitida al mismo cuando se solicitó su parecer el 5 de mayo anterior.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Con carácter previo, y como hace en su informe la Dirección de Servicios Jurídicos y Dominio Público de Puertos del Estado, es necesario precisar la naturaleza de la actividad que es objeto de regulación a través del Pliego de Condiciones elaborado, debiendo efectuarse su examen desde la normativa portuaria, coincidiendo en este sentido con la opinión de la Dirección de Servicios Jurídicos y Dominio Público de Puertos del Estado.

En efecto, tratándose de un “Pliego de Condiciones para la prestación de un servicio comercial” en un puerto de interés general, la única y fundamental perspectiva posible para analizar su conformidad o no a Derecho es la que resulta del contraste de aquél con las previsiones de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general, donde se regulan los servicios prestados en dichos puertos, clasificándolos en servicios portuarios básicos y generales, servicios comerciales y servicios de señalización marítima.

La regulación de la prestación de servicios comerciales en los puertos de interés general se contiene en los artículos 88 a 90 de la Ley 48/2003, partiendo de la libertad de iniciativa privada para su prestación que se reconoce en la propia Ley. Dichos servicios quedan sometidos a autorización (artículo 89.1), cuya finalidad no es otra que garantizar su compatibilidad con la seguridad y usos portuarios preferentes a los mismos como son los servicios propiamente portuarios (artículo 89.2). Por otro lado, y como se indica en el artículo 88.2 de la Ley 48/2003, los servicios comerciales se prestan en régimen de concurrencia, debiendo los organismos públicos portuarios adoptar aquellas medidas encaminadas a promover la competencia en la prestación de servicios comerciales directamente vinculados a la actividad portuaria.

Pues bien, no hay duda alguna de que la prestación de un servicio de distribución de energía eléctrica en la dársena sur del puerto de Castellón es un servicio comercial de los previstos en el artículo 88 de la Ley 48/2003 o, si se quiere, y como bien dice el informe de la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, una actividad de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicio portuario, está permitida en el dominio público portuario.

Sobre esa base, es el artículo 89. 2 de la Ley 48/2003, el que determina, con carácter general, pero al mismo tiempo con notable precisión, el régimen jurídico aplicable a estos servicios comerciales que se desarrollan en el dominio público portuario, en términos tales que impiden la inclusión en el pliego de condiciones generales que apruebe, en su caso, Puertos del Estado, y, en todo caso, en el de condiciones particulares que determine la Autoridad Portuaria, de aspectos que no tengan relación directa con la debida ordenación de esos servicios dentro del dominio público indicado. No es necesario, por tanto, que el Pliego de condiciones particulares en cuestión contenga remisiones a la normativa reguladora del sector eléctrico, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, ni, por supuesto, incorpore a los mismos, aunque sean de forma sintética, contenidos de esa Ley. El Pliego en cuestión debe tener por objeto la regulación de la actividad de prestación de un servicio comercial, en este caso, de distribución de energía eléctrica en una zona concreta del puerto de Castellón, partiendo siempre de la compatibilidad del mismo con los servicios portuarios básicos y generales.

Ello no significa que el futuro titular de ese servicio comercial no tenga que cumplir, con carácter previo, los requisitos exigidos por la normativa sectorial —Ley 54/1997— y que, incluso, no sea necesario acreditar ante la Autoridad Portuaria que cumple con esa exigencia

mediante la exhibición del correspondiente título administrativo que le habilita para el ejercicio de la actividad de distribución de energía. En este sentido, debería incluirse una mención específica a esa obligación, teniendo en cuenta que el artículo 89.3.e) de la Ley 48/2003 establece que para que la Autoridad Portuaria resuelva sobre una autorización para la prestación del servicio comercial es preciso que el interesado formule una solicitud acompañada de “otros documentos y justificaciones que la Autoridad Portuaria considere necesarios”

Por otro lado, no estaría de más que en el Pliego se introdujese, con carácter general, una condición relativa a los documentos que debe incluir el interesado en su solicitud tomando por base lo establecido en ese artículo 89.3 de la Ley 48/2003.

Igualmente puede preverse en el Pliego, como sugiere la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado y como luego se verá que, la extinción de ese título por cualquiera de las causas previstas en la legislación del sector eléctrico determine, a su vez, la extinción de la autorización concedida por la Autoridad Portuaria para la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica en el puerto de Castellón, pero ello no significa, como parece dar a entender la Abogacía del Estado consultante, que haya que entrelazar ambas normativas (la portuaria y la eléctrica) y que ambas estén presentes desde el inicio mismo de la prestación de ese servicio de tal forma que los posibles incumplimientos puntuales de la última afecten de forma determinante a la primera o que los principios inspiradores de esa normativa eléctrica sectorial condicionen en cierto modo el ejercicio de las competencias de la Autoridad Portuaria en relación a la autorización concedida.

Bajo estas premisas, es preciso ya entrar en el análisis concreto del Pliego, indicando que, en general, este Centro Directivo se muestra conforme con las modificaciones que la Dirección de los Servicios Jurídicos de Puertos del Estado considera oportuno introducir en el mismo y que, en parte, son aceptadas por la Abogacía del Estado consultante.

En primer término, se muestra conformidad con las objeciones puramente formales contenidas en la consideración jurídica segunda, dos primeros párrafos, de su informe, relativas a la estructura del Pliego, la sustitución del término “artículo” por el de “condición” y la no inclusión en el mismo de una referencia singular a Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., a quien, parece ser, se le va a otorgar la correspondiente autorización para la prestación de ese servicio comercial de distribución de energía eléctrica, pues el Pliego debe tener vocación de convertirse en regulación genérica de ese servicio y porque la Autoridad Portuaria está obligada, como se dijo, a adoptar las medidas encaminadas a promover la competencia en la prestación de estos servicios directamente vinculados a la actividad portuaria. La nueva redacción que se propone, por todo ello, del artículo 1 del Pliego se considera correcta.

La primera discrepancia real entre la Abogacía del Estado consultante, que asume en este punto la redacción del Pliego, y la Dirección de los Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, se centra en el artículo 2 del mismo relativo a la “Duración de la autorización.” El precepto en cuestión es muy escueto, señalando simplemente que “el plazo de vigencia de la autorización tendrá un carácter indefinido, y en todo caso estará vinculado a la duración del servicio comercial de distribución de energía eléctrica por parte de Iberdrola a los usuarios del suministro”.

Dicha divergencia se centra en la falta de mención alguna en ese artículo a la ocupación del dominio público portuario que la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica exige necesariamente, en opinión de la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, mientras que la Abogacía del Estado consultante considera que no existe tal ocupación del dominio público portuario “en la medida que la gestión y titularidad de las redes de transporte corresponde a la entidades habilitadas, de suerte que se mantiene la no ocupación de tales instalaciones, a pesar de haber sido abonadas por la Autoridad Portuaria”

A mayor abundamiento, y partiendo de la situación fáctica existente hasta ahora en la que Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. viene prestando el servicio de distribución de energía hasta el límite del dominio público portuario, no requiriendo lógicamente por ello título habi-

litador de la Autoridad Portuaria, que se encarga de llevar a cabo la distribución de energía eléctrica a cada uno de los concesionarios establecidos en la dársena sur, se añade, para justificar la falta de ocupación del dominio público portuario que “en la medida que Iberdrola Distribución Eléctrica SAU cumple con su obligación como distribuidora llevando la energía a las instalaciones creadas para tal fin, sin que incurra en incumplimiento de sus obligaciones legales si la situación se mantiene como hasta ahora y la Autoridad Portuaria sí que incumplirá las disposiciones legales si sigue desarrollando la actividad como hasta ahora se opta por seguir una ficción legal considerando que no existe ocupación del dominio público portuario por razón de la especialidad de la actividad comercial prestada.”

Así las cosas, la opinión de esta Abogacía General del Estado es favorable a la necesidad de ocupación de dominio público para la prestación de un servicio comercial de distribución de energía eléctrica en un puerto de interés general, dado que, como se indica en el informe de Puertos del Estado, la prestación indicada así lo exige, mediante conducciones subterráneas para líneas o cables eléctricos o a través de la ocupación del vuelo para tendidos aéreos eléctricos, así como, por último, con la ocupación de suelo para la instalación de centros de transformación.

A lo expuesto no se opone el hecho cierto de que la titularidad y gestión de las redes de transporte de la energía corresponda a las entidades habilitadas, lo que no las exime, llegado el caso, como aquí ocurre, de la necesidad de recabar los oportunos permisos y autorizaciones para la prestación de los servicios comerciales en una determinada zona del dominio público portuario y la correspondiente autorización para la ocupación de ese dominio público con las conducciones, tendidos e instalaciones indicadas.

Esa conclusión no queda desvirtuada por la existencia de una situación previa, la hasta ahora vigente, en la que la encargada de realizar esa tarea de distribución de la energía eléctrica a cada uno de los concesionarios establecidos en la dársena sur, sin estar habilitada para ello, es la Autoridad Portuaria, limitándose Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U. a llevar esa energía hasta la línea límite del dominio público portuario, pretendiéndose, de alguna forma, con este Pliego regularizar esta situación.

En efecto, sobre esa base y tomando como punto de referencia la situación vigente, no puede considerarse que no existe “ocupación” por parte de la citada sociedad mercantil si, a partir de ahora y si se adjudica a la repetida sociedad la prestación del servicio, se va a tener que hacer cargo de las instalaciones propiedad de la Autoridad Portuaria, así como de la prestación del servicio en su integridad dentro del dominio público portuario, con lo que ello supone. No puede, por ello, optarse por mantener la ficción de considerar que no existe ocupación de dicho dominio por razón de la actividad prestada, ficción que no encuentra apoyo legal alguno.

La necesidad de que la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica en esa dársena sur del puerto lleve aparejada la ocupación del dominio público está presente en el propio Pliego cuando, como bien dice el informe de la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, en su artículo 6 se dispone textualmente que “la Autoridad Portuaria de Castellón, en el momento de otorgar autorización para la prestación del servicio, entregará las instalaciones propiedad de la misma en las condiciones que se describen en el Anexo I. El prestador del servicio se hará cargo del suministro eléctrico, mantenimiento, manejo y conservación de todos los centros de transformación,

así como todas las líneas eléctricas desde el centro de transformación hasta el punto donde se encuentre el equipo de medida de cada usuario, conducciones, arquetas, etc.,” añadiendo, a continuación, una típica obligación de un título concesional (recogida con carácter general en la regla 16.1 de la Orden 938/2008, de 27 de marzo, del Ministerio de Fomento, aprobatoria del pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal), que habilita para la ocupación del dominio público portuario, según la cual “...el prestador del servicio queda obligado a mantener las instalaciones en perfecto

estado de utilización, incluso desde el punto de vista estético (pintura, etc.), realizando a su cargo las reparaciones y sustituciones ordinarias y extraordinarias que sean precisas, cumpliendo la normativa vigente y realizando las inspecciones y revisiones que sean exigibles por la misma y manteniendo en vigor los certificados o autorizaciones pertinentes, de conformidad con la Ley 54/1997 y el Real Decreto 1955/2000". Otro indicio más de la necesaria ocupación del dominio público lo constituye, el artículo 8 del Pliego relativo al inicio del servicio, según el cual el servicio comenzará a prestarse a partir de la formalización de la autorización para la prestación del servicio comercial "y una vez entregadas las instalaciones por parte de la Autoridad Portuaria de Castellón".

Por su parte, el artículo 89.6 de la Ley 48/2003, relativo a los supuestos de prestación de servicios comerciales que exijan la ocupación necesaria de dominio público portuario, establece que "cuando el desarrollo de una actividad o de un servicio requiera la ocupación de bienes de dominio público portuario se tramitará un solo expediente otorgándose un único título administrativo en el que por el mismo plazo se autorice la actividad y la ocupación del dominio público".

En íntima conexión con el tema de la ocupación de bienes de dominio público portuario está el del pago de la tasa correspondiente a esa ocupación. En la solicitud de informe formulada se indica que Iberdrola Distribución Eléctrica se opone a abonar la correspondiente tasa. La postura de esa entidad es en cierto punto comprensible, pues, hasta ahora, está cumpliendo con su obligación de transportar la energía hasta la línea límite del puerto, a partir de la cual la Autoridad Portuaria asume la tarea de llevar la misma a los diversos concesionarios instalados en el dominio público portuario. Es la citada Autoridad Portuaria (que, como se ha expuesto, carece de aptitud legal para transportar la energía desde el punto de distribución hasta la concesión correspondiente, al no tener la condición de entidad suministradora) la que pretende cambiar esta situación con la elaboración de un Pliego de Condiciones para la prestación de ese servicio comercial que se realizará íntegramente por una empresa habilitada para ello. Si se quiere dar ese paso, ha de hacerse con todas sus consecuencias, esto es, no es posible negar la evidencia, reconocida en el propio Pliego, de que el prestador del servicio se hará cargo del suministro eléctrico, del mantenimiento y conservación de los centros de transformación, etc., para lo cual, es necesaria la ocupación de dominio público portuario, y como se expondrá seguidamente, el pago de la correspondiente tasa de ocupación, que es, además, compatible con la tasa por aprovechamiento especial del dominio público portuario.

La tasa de ocupación viene regulada en el artículo 19 de la Ley 48/2003 y es exigible, con carácter general, por la ocupación del dominio público portuario en virtud de una concesión o autorización, sin que la empresa a la que se adjudique el servicio goce de exención alguna, bastando, en este sentido, con tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 17.1 de dicho texto legal que recoge las exenciones de esa tasa. Por su parte, la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de servicios se regula en el artículo 28 de la citada Ley 48/2003. Según el apartado 1 de este precepto "la prestación por terceros de servicios y el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de otra naturaleza en el ámbito portuario estará sujeta a autorización o licencia, que devengará la correspondiente tasa a favor de la Autoridad Portuaria".

La compatibilidad entre ambas tasas viene contemplada en el segundo párrafo del ese mismo artículo 28.1 que, en línea con lo establecido en el artículo 89.6 de la misma Ley, textualmente dispone que "en el supuesto de que las anteriores actividades impliquen la ocupación del dominio público portuario, la autorización de actividad se entenderá incorporada en la correspondiente

concesión o autorización de ocupación del dominio público, sin perjuicio de la exigencia de las tasas que procedan por ambos conceptos".

Por todo ello, coincidiendo, de nuevo, con el criterio de Puertos del Estado, al regularse en el Pliego (artículo 3) únicamente la tasa por aprovechamiento especial, habría que incorporar

al mismo la tasa por ocupación, fijándose su cuantía de acuerdo con lo prevenido en el artículo 19 de la Ley 48/2003.

Por otro lado, y en relación con la cuantía de la tasa por aprovechamiento regulada en ese artículo, el Pliego es contradictorio cuando en su artículo 3.1) dice textualmente que “por este concepto el titular de la autorización abonará una cuota fija ante la imposibilidad de aportar un volumen de negocio por razón de las particularidades de la actividad, expuestas en el informe técnico que consta en el expediente;” para luego utilizar en un cuadro, como elemento cuantitativo, el volumen de negocio (80.000, no se especifica más), establecer un tipo impositivo (que se denomina cuota) del 1,5% del que resulta una cuota líquida de 1.200 euros/año. Más adelante añade que “la cuantía de la tasa será actualizada anualmente de acuerdo con lo establecido en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios en los Puertos de Interés General”.

Pues bien, si se contrasta esa regulación con la normativa contenida en el artículo 28 de la Ley 48/2003, que regula esta tasa por aprovechamiento especial, se observa que, si bien la cuota de la tasa (1,5% del volumen de negocio) estaría dentro de los límites del apartado 5.B) de dicho precepto, lo que resulta discutible es que la misma se haya fijado en función de ese volumen cuando se alude a la imposibilidad de aportar un volumen de negocio por razón de las particularidades de la actividad, lo que no es óbice, como se ha dicho, para fijar un volumen de negocio de 80.000, que sirve de base para fijar la cuota líquida anual de la tasa. Es necesario, por tanto, precisar este extremo y señalar con claridad en el Pliego si se va a fijar o no el importe de la tasa con arreglo al volumen de negocios desarrollado en el puerto al amparo de la autorización.

Como indica de nuevo el informe de la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, si se llegase a fijar la cuota de la tasa de acuerdo con ese volumen de negocios, no sería posible su actualización anual en la misma proporción que la variación interanual experimentada por el índice general de precios al consumo para el conjunto nacional para el mes de octubre, como da a entender el artículo 3 del Pliego, por ser contrario a lo dispuesto sobre el particular en el artículo 28.6 de la Ley.

Por último, en lo relativo al procedimiento de cobro de la tasa, se acepta la redacción alternativa al último párrafo del artículo 3, propuesta por la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, que resulta más acorde con la nueva redacción dada al artículo 18.1 de la Ley 48/2003 por la disposición final de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, y que es aceptada también por la Abogacía del Estado consultante.

Los artículos 4 y 5, que deberían subsumirse en uno, se refieren a las obligaciones de mantener la continuidad y regularidad del servicio, proponiéndose por parte de Puertos del Estado una concreción mayor de esa obligación, en los términos reflejados en el informe de sus Servicios Jurídicos, lo que es objetado por la Abogacía del Estado, en el sentido de que conecta a la empresa distribuidora con el consumidor final, circunstancia que no admite la Ley 54/1997.

En opinión de este Centro Directivo, las obligaciones de mantener la continuidad y regularidad del servicio en los términos recogidos en los artículos 4 y 5, más la concreción final de Puertos del Estado, deben incluirse en el Pliego, sin perjuicio de que la entidad distribuidora que presta el servicio de suministro de energía a los concesionarios tenga que realizar los oportunos ajustes y modificaciones, con la creación, en su caso, de personas jurídicas independientes, a fin de acomodar, en todo momento, su actuación a la normativa eléctrica

El artículo 7 del Pliego se refiere a las garantías, existiendo discrepancia entre la Dirección de los Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, y que, aparte de resaltar la errónea referencia contenida en el mismo a la inclusión en un Reglamento de Empresas clasificadas (que, en opinión de esa Abogacía, debe entenderse sustituida por el Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado, que se crea en el Ministerio de Industria y al que se refiere el artículo 45.4 de la Ley 54/1997, siendo condi-



ción necesaria la inscripción en el mismo para la presentación de ofertas de adquisición de energía al operador de mercado), se centran en si puede entenderse prestada la garantía a que se refiere el artículo 7 con la aportación del certificado de inclusión en ese Registro, y si la cuantía de esa garantía se puede fijar de acuerdo con lo establecido en el artículo 119 de la Ley 48/2003 para la garantía de explotación de concesiones demaniales, en función del importe anual de la tasa por aprovechamiento especial.

Para resolver esta cuestión hay que acudir al artículo 89.4 de la Ley 48/2003, en el que se detallan las condiciones de otorgamiento que deben figurar, al menos, en la autorización, entre las que se encuentran las “garantías que deben constituirse, incluidas aquellas necesarias para cubrir sus posibles riesgos medioambientales” (apartado d).

Del tenor de esa previsión legal se deduce que, con el fin de salvaguardar los posibles daños derivados de la prestación del servicio comercial, la Autoridad Portuaria debe incluir en la autorización la constitución de las garantías precisas que dejen a salvo a la Autoridad Portuaria de los perjuicios derivados de la anormal prestación del servicio con daño a los intereses públicos. Entre ellos se mencionan expresamente los posibles daños derivados de riesgos medioambientales. Sobre esta base, debería precisarse al máximo los posibles daños derivados de la prestación de este servicio comercial de distribución de energía y la obligada constitución de una garantía razonable para cubrir los mismos, en caso de producirse. En este sentido, no parece que la inclusión de la empresa en el Registro Administrativo del Ministerio de Industria, sea suficiente a estos fines, máxime cuando ni la Ley 48/2003 ni la Ley 54/1997 respecto; esta última, únicamente, exige la inscripción para la presentación de ofertas para la adquisición de energía al operador de mercado.

Por otro lado, se comparten las dudas de Puertos del Estado en cuanto a la idoneidad de fijar el importe de la garantía tomando como referencia lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 48/2003 que, como se ha dicho, se está refiriendo expresamente a la garantía de explotación de las concesiones demaniales.

Se comparten igualmente las objeciones de Puertos del Estado en lo relativo a la deficiencia en términos de técnica jurídica de la mención a la caducidad en el artículo 9 del Pliego relativo a las sanciones, ya que, en efecto, es más propia de una autorización demanial y no de una autorización de actividad, así como la configuración de la potestad sancionadora con un carácter potestativo, siendo así que dicha potestad es de ejercicio obligatorio siempre que se produzca un incumplimiento de los términos de la autorización y dicho incumplimiento esté tipificado como infracción en la Ley.

Tampoco se considera correcta la necesaria acomodación del procedimiento sancionador a la Ley 54/1997 y al Real Decreto 1955/2000, pues, como ya se ha tenido oportunidad de decir, la finalidad perseguida por la Autoridad Portuaria con la aprobación de este Pliego es, tal y como señala el artículo 89.2 de la Ley 48/2003, garantizar que la prestación del servicio de distribución de energía se realice “de forma compatible con los usos portuarios y con el funcionamiento operativo del puerto en condiciones de seguridad y calidad ambiental”, por lo que, desde esta perspectiva, tanto las posibles infracciones como las sanciones a imponer y, especialmente, por lo que ahora importa, el procedimiento sancionador debe acomodarse a las previsiones de la normativa específica en materia de puertos, en concreto, a lo dispuesto en los artículos 113 y siguientes de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y, en materia estrictamente procedimental, al artículo 125 de la misma y no a lo dispuesto en la Ley 54/1997 y en el Real Decreto 1955/2000, previstos únicamente para las infracciones y sanciones de la normativa eléctrica.

Aunque no es necesaria una mención expresa en el Pliego, la remisión en materia de infracciones y sanciones a las previsiones contenidas en los artículos 113 y siguientes de la Ley 27/1992 puede plantear, no obstante, un problema de colisión entre la legislación portuaria y la legislación específica en materia eléctrica, como se apunta en la nota de la Abogacía del Estado consultante.

En efecto, el artículo 120.9 de la Ley 27/1992 establece, con carácter general, que “en el caso de autorizaciones de prestación de servicios o de actividad y de las licencias de prestación de servicios portuarios básicos, las infracciones relativas a su uso o a las actividades que en él se prestan podrán llevar aparejada la suspensión temporal de la actividad” de acuerdo con una serie de criterios que detalla el precepto legal en función de la clase de infracción cometida.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley 54/1997, de regulación del sector eléctrico, relativo a la suspensión del suministro, indica que el suministro de energía eléctrica a los consumidores sólo podrá suspenderse cuando conste dicha posibilidad en el contrato de suministro que nunca podrá invocar problemas de orden técnico o económico que lo dificulten, o por causas de fuerza mayor o situaciones de las que se pueda derivar amenaza cierta para la seguridad de las personas o las cosas, regulándose, acto seguido, otros supuestos especiales de suspensión. En el apartado 3 de dicho artículo se establece que en ningún caso podrá suspenderse el suministro de energía eléctrica a aquellas instalaciones cuyos servicios hayan sido declarados como esenciales.

Pues bien, sobre esta base, es de destacar que lo que hacen los artículos 113 y siguientes de la Ley 27/1992 es regular el ejercicio de la potestad sancionadora de la Autoridad Portuaria en el ámbito de la relación que, en este caso concreto, liga a la misma con el titular de una autorización para la prestación de un servicio comercial en la zona portuaria, ejercicio que, al corresponder a una potestad legal, de carácter jurídico-público, no debe verse mediatizado por la existencia de un precepto relativo a la posible suspensión del suministro de energía a unos consumidores finales, cuestión que se sitúa, por el contrario, en el marco de las relaciones jurídico-privadas (relaciones contractuales) entre la empresa distribuidora de energía eléctrica y los consumidores finales de la misma, en este caso, los concesionarios, por lo que la posible invocación por los consumidores de algunas de las causas mencionadas en el artículo 50 de la Ley 54/1997, como obstativas a la suspensión del suministro y que, únicamente, se podrían hacer valer por el consumidor final de esa energía ante la empresa suministradora, no tienen por qué afectar a la relación jurídico-pública que liga a la empresa autorizada para la prestación del servicio comercial con la Autoridad Portuaria.

Ello no significa que la posible suspensión temporal del servicio acordada por la Autoridad Portuaria, de acuerdo con el artículo 120.9 de la Ley 27/1992, no pueda implicar de facto la suspensión del suministro a los consumidores que, en todo caso, podrán dirigirse a la empresa suministradora en demanda de los posibles daños y perjuicios derivados de esa decisión de suspensión temporal del servicio por parte de la Autoridad citada.

Todo ello, se insiste, sin necesidad de que el Pliego de Condiciones haga una referencia concreta a esta problemática, bastando con la remisión en bloque a las previsiones en materia de infracciones y sanciones de la Ley 27/1992.

Por último, en aras de la brevedad y porque, además, son aceptadas por la Abogacía del Estado consultante, este Centro Directivo hace suyas las consideraciones y objeciones realizadas por la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado respecto a la extinción de la autorización y jurisdicción competente, contenidas en los artículos 10, 11 y 13 del Pliego, que, en su caso, deberán rectificarse o completarse en la forma expuesta en ese informe.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Se aceptan, con carácter general, las objeciones formuladas al Pliego objeto de este informe por parte de la Dirección de los Servicios Jurídicos y Dominio Público de Puertos del Estado, en su informe de 28 de abril de 2008.

**Segunda.-** En especial y en primer término, es necesario hacer constar en el Pliego la necesaria ocupación del dominio público portuario para la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica.

**Tercera.-** La ocupación del dominio público portuario necesario para la prestación del servicio comercial de distribución de energía eléctrica lleva aparejado el pago de la correspondiente tasa de ocupación, regulada en el artículo 19 de la Ley 48/2003, tasa que es compatible con la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de servicios (artículo 28.1 de esa de dicho texto legal), debiendo, por tanto, incorporarse al Pliego la obligación de pago de esta tasa.

**Cuarta.-** Es preciso concretar en el Pliego si la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de servicios se fija o no con arreglo al volumen de negocios desarrollado en el puerto al amparo de la autorización, lo cual resulta esencial para fijar el régimen de actualización de la misma de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28.6 de la Ley 48/2003.

**Quinta.-** Las obligaciones de mantener la continuidad y regularidad del servicio en los términos recogidos en los artículos 4 y 5 del Pliego, más la concreción final realizada en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, deben incluirse en el mismo, sin perjuicio de que la entidad distribuidora que presta el servicio de suministro de energía a los concesionarios tenga que realizar los oportunos ajustes y modificaciones con la creación, en su caso, de personas jurídicas independientes, a fin de acomodar, en todo momento, su actuación a la normativa eléctrica.

**Sexta.-** Es necesaria la inclusión en el Pliego de la exigencia de que se constituya una garantía suficiente para cubrir los posibles daños derivados de la prestación del servicio comercial, sin que sea bastante a estos fines la inclusión de la empresa en el Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, no pudiéndose tomar como referencia, a estos efectos, la previsión sobre la garantía de explotación de concesiones demaniales contenida en el artículo 119 de la Ley 48/2003.

**Séptima.-** En régimen de infracciones y sanciones de la autorización, así como el procedimiento sancionador debe acomodarse, y así debería reflejarse en el Pliego, a lo dispuesto en los artículos 113 y siguientes de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

**Octava.-** Respecto de la suspensión temporal de la actividad de prestación del servicio de distribución de energía eléctrica por razón de la comisión de una infracción por parte de la empresa autorizada, deberían tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico III del presente informe a propósito de la relación entre el artículo 120.9 de la Ley 27/1992 y el artículo 50 de la Ley 54/1997.

**139.- Informe acerca de quiénes pueden ser titulares de las licencias de prestación de servicios portuarios de acuerdo con lo prevenido en el artículo 109.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.**

**Resumen**

Consulta acerca de quienes pueden ser titulares de las licencias de servicios portuarios. Concepto de persona jurídica. Posibilidad de que las Uniones Temporales de empresa puedan ser titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios. Ejercicio de las facultades de revisión de oficio de licencias otorgadas con infracción del ordenamiento jurídico. Principio de confianza legítima.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 55/13

**Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la solicitud de dictamen formulada por la Presidencia de Puertos del Estado en relación con la posibilidad de otorgar licencias para la prestación de servicios portuarios a uniones temporales de empresas. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

**ANTECEDENTES**

Al escrito de consulta se adjuntan tres informes: 1) un primer informe, emitido por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado de 6 de febrero de 2012, en el que se sostiene un criterio contrario a la posibilidad de otorgar licencias para la prestación de servicios portuarios a las uniones temporales de empresas; 2) un segundo informe, elaborado por la Asociación Nacional de Remolcadores de España (ANARE), de 9 de abril de 2013, favorable al otorgamiento de las mencionadas licencias a las uniones temporales de empresas; y 3) un tercer informe, emitido por la Autoridad Portuaria de Barcelona de 30 de abril de 2013 que se pronuncia en el mismo sentido que el anterior.

Ante esa disparidad de criterios, la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado emitió un nuevo informe, fechado el 21 de mayo de 2013, en el que se ratifica en su criterio inicial, contrario al otorgamiento de licencias para la prestación de servicios portuarios a uniones temporales de empresas, y en el que se analiza la situación producida como consecuencia del otorgamiento de dichas licencias a uniones temporales de empresas

Habida cuenta de la trascendencia que tiene el asunto para el sistema portuario de titularidad estatal, se ha considerado oportuno recabar el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la procedencia de que las uniones temporales de empresas puedan ser titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios, así como sobre la situación jurídica derivada de la existencia de diversas uniones temporales de empresas que actualmente son titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

El artículo 109 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), relativo al “régimen de prestación de los servicios portuarios y título habilitante”, tras establecer que la prestación de los servicios portuarios se llevará a cabo por la iniciativa privada (apartado 1) y que la prestación de los servicios portuarios requerirá la obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria (apartado 2, primer párrafo), dispone en el párrafo cuarto de su apartado 2 lo siguiente:

“Podrán ser titulares de licencias las personas físicas o jurídicas, de la Unión Europea o de terceros países, condicionadas esta últimas a la prueba de reciprocidad, salvo en los supuestos en que los compromisos de la Unión Europea con la Organización Mundial del Comercio no exija dicho requisito, que tengan capacidad de obrar, y no estén incursas en causas de incompatibilidad”.

El precepto transcrito (fiel trasunto del artículo 64.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general) viene a concretar el requisito subjetivo necesario para poder ser titular de una licencia de prestación de servicios portuarios; este requisito consiste en que los titulares de las licencias sean “personas físicas o jurídicas”.

Pues bien, en una primera aproximación al precepto y de acuerdo con el primero de los criterios interpretativos de las normas jurídicas que establece el artículo 3.1 del Código Civil –interpretación literal (“sentido propio de sus palabras”)– se llega a la conclusión de que, prescindiendo de las personas físicas, sólo las organizaciones con personalidad jurídica pueden ser titulares de las licencias para la prestación de servicios portuarios, quedando, por tanto, fuera de esta posibilidad las organizaciones sin personalidad jurídica, como es el caso de las uniones temporales de empresas.

Es bien sabido que la consideración de una organización como persona jurídica es de especial importancia por la simplificación de régimen jurídico que comporta. La atribución de personalidad jurídica es un medio para conseguir determinados efectos, disponiendo de capacidad jurídica y de obrar, lo que le permite ostentar la titularidad de derechos y obligaciones, y de autonomía patrimonial, es decir, de un patrimonio distinto y separado de los patrimonios personales de sus miembros, constituyendo así la organización personificada un centro de imputación jurídica y económica de derechos y obligaciones.

La unión temporal de empresas es una organización no personificada, de estructura y cohesión contractual, siendo la fórmula en la que se concreta la colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo de una obra, servicio o suministro con el fin de facilitar la actividad empresarial de sus miembros. En este sentido, el artículo 7 de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, de régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional dispone que “tendrá la consideración de Unión Temporal de Empresas el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro” (apartado 1) y que “la Unión Temporal de Empresas no tendrá personalidad jurídica propia” (apartado 2).

En consecuencia, siendo la locución “persona jurídica” empleada en el artículo 109.2 del TRLPEMM equivalente a la de organización con personalidad jurídica, la primera aproximación al precepto en cuestión, acudiendo al criterio de interpretación literal de las normas jurídicas, conduce, como se ha dicho, a la conclusión de excluir de la posibilidad de obtener licencia para la prestación de servicios portuarios a las organizaciones sin personalidad jurídica, entre las que se encuentran, las uniones temporales de empresas.

- II -

No obstante, y dado que en los informes emitidos por la ANARE y por la Autoridad Portuaria de Barcelona se esgrimen diversos argumentos a favor del reconocimiento de las uniones temporales de empresas como posibles titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios, es necesario profundizar más en la cuestión suscitada.

En primer lugar, se dice en dichos informes que, dado que los solicitantes individuales de la licencia pueden acreditar, con carácter previo, que cumplen todas y cada una de las condiciones exigidas por el TRPEMM y por el pliego de prescripciones particulares que rija el servicio de que se trate, podría entenderse que lo solicitan para sí mismos, gozando de plena libertad para adoptar después la forma en que se asociarán para prestar el servicio, debiendo tenerse en cuenta, además, que frente a terceros la responsabilidad de los miembros de la unión temporal de empresas es solidaria e ilimitada (artículo 8.8 de la Ley 18/1982).

A juicio de este Centro Directivo, lo esencial es que el solicitante de la licencia reúna los requisitos subjetivos para ser titular desde el momento en que formula la solicitud. En este sentido, si, como se ha expuesto, el TRPEMM exige que el titular de la licencia sea una persona física o jurídica, es claro que esta exigencia se traduce en el requisito de que dicho titular ostente personalidad jurídica, y este requisito no se cumple en el caso de que el titular de la licencia fuese una unión temporal de empresas.

- III -

En segundo lugar, y para justificar la admisibilidad de que la titularidad de las licencias de prestación de servicios portuarios pueda corresponder a una organización sin personalidad jurídica propia, como es la unión temporal de empresas, se traen a colación diversas normas sectoriales (legislación de contratación del sector público, legislación de subvenciones, normativa fiscal, etc) en las que se ha reconocido a dichas uniones un cierto grado de personificación que les permite operar por sí mismas en esos ámbitos.

Pues bien, el anterior argumento no es definitivo, ya que la existencia de normas sectoriales que, partiendo de la consideración de las uniones temporales de empresas como organizaciones sin personalidad jurídica, les ha reconocido un cierto grado de personificación viene a probar que para ámbitos o sectores distintos no cabe atribuir a las uniones temporales de empresas la titularidad de relaciones jurídicas propias de estos últimos ámbitos o sectores. A ello debe añadirse que la invocación de normas sectoriales como argumento para justificar que las uniones temporales de empresas pueden ser titulares de licencias de prestación de servicios portuarios sería admisible si en la legislación portuaria no existiese norma alguna que regulase este extremo, es decir, si existiese un vacío normativo, pero no cuando en dicha legislación existe una norma que, regulando lo relativo a la titularidad de las licencias para la prestación de servicios portuarios, exige expresa y claramente que el titular de aquéllas sea una persona física o jurídica, y ya se ha razonado que las uniones temporales de empresas carecen de personalidad jurídica.

- IV -

Para justificar igualmente la posibilidad de otorgamiento de una licencia de prestación de servicios portuarios a una unión temporal de empresas se esgrime como argumento la relación que se aprecia entre las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público portuario y la licencia para la prestación de servicios portuarios, señalando, por una parte, que si el otorgamiento de una licencia de prestación de servicios portuarios puede llevar aparejado habitualmente el otorgamiento de una concesión para la ocupación del dominio público

portuario y si, por otra parte, para obtener esta última no es necesario que el solicitante tenga personalidad jurídica propia, carecería de sentido que se exigiese al titular de la licencia para la prestación de un servicio portuario tener personalidad jurídica.

Es cierto que para ser titular de una autorización o de una concesión de dominio público portuario no es necesario que el solicitante tenga personalidad jurídica. En este sentido, tanto el artículo 77.1.a) como el 84.1.a) del TRLPEMM, al referirse, respectivamente, a los requisitos de la solicitud de autorización y de concesión, establecen que para que la Autoridad Portuaria resuelva sobre la ocupación del dominio público portuario, el interesado deberá formular una solicitud acompañada de determinados documentos, a saber, “los datos identificativos del solicitante o, en su caso, de los partícipes en la comunidad o entidad sin personalidad jurídica” –artículo 77.1.a) relativo a las autorizaciones– y la “acreditación de la personalidad del solicitante o, en su caso, de los partícipes en la comunidad o entidad sin personalidad jurídica” –artículo 84.1.a) relativo a las concesiones–.

A juicio de este Centro Directivo, el TRLPEMM ha establecido un régimen jurídico distinto, en cuanto a los requisitos subjetivos, para poder ser titular de autorizaciones y concesiones de ocupación del dominio público portuario, por un lado, y de licencias de prestación de servicios portuarios, por otro lado, regulando esas figuras, de diferente naturaleza jurídica, en Títulos distintos del TRLPEMM. En este sentido, si el TRLPEMM hubiese querido establecer, en el ámbito de los requisitos subjetivos para acceder a los respectivos títulos, un régimen jurídico uniforme entre las autorizaciones y concesiones portuarias, por un lado, y las licencias para la prestación de servicios portuarios, por otro lado, lo hubiera hecho sin duda. No ha sido así, sino que, por razones muy previsiblemente ligadas a la necesidad de fomentar la competencia entre los diversos operadores portuarios que aspiran a ser titulares de licencias y a la conveniencia de adoptar las máximas garantías para lograr una adecuada prestación del servicio, ha considerado oportuno que sólo las personas físicas y jurídicas puedan ser titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios, no existiendo, como más adelante se indicará, norma alguna que impida al legislador establecer esta aparente restricción en cuanto a los posibles solicitantes de licencia para la prestación de servicios portuarios.

Es cierto que la solicitud de la licencia de prestación de un servicio portuario puede estar ligada directamente al uso privativo de una determinada superficie de la zona de servicio del puerto, en cuyo caso, y como señala el artículo 115.4 del TRLPEMM, “el otorgamiento de la licencia estará vinculado recíprocamente al otorgamiento del correspondiente título administrativo y serán objeto de expediente único”. Ahora bien, esto no significa otra cosa que, siendo lo primero y esencial la licencia para la prestación del servicio portuario, aunque el solicitante necesite indefectiblemente que se le otorgue una concesión para el uso privativo de una determinada superficie del puerto, debe ser aquél persona física o jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 109.2 del TRLPEMM, para que pueda ser titular de la licencia, lo que le permitirá también ser titular de la oportuna concesión demanial, aunque para la obtención de esta última no se exija el requisito de ostentar personalidad jurídica.

Dicho de otra forma, el hecho de que para la obtención de una concesión de dominio público portuario (o de una autorización sobre el mismo) no sea necesario que el interesado en ello tenga personalidad jurídica no significa que si se solicita una licencia para la prestación de un servicio portuario (para lo que se requiere ostentar personalidad jurídica) que precise de la obtención de una concesión demanial ello dé lugar necesariamente a que se desplace el régimen jurídico de la licencia para la prestación de servicios portuarios y se sustituya por el régimen dispuesto para las concesiones demaniales y que, por esta vía, se otorgue una licencia para la prestación de un servicio portuario a una organización carente de personalidad jurídica, máxime cuando, como se ha dicho, la licencia para la prestación de servicios portuarios es una figura jurídica distinta de la concesión demanial y sometida a un régimen jurídico diferente.

**- V -**

Por último, se quiere fundar la posibilidad de que las uniones temporales de empresas puedan ser titulares de licencias de prestación de servicios portuarios en la incidencia de la normativa de la Unión Europea, más concretamente, en la incidencia del Reglamento CEE nº 2137/85, del Consejo que, según se afirma en los informes de ANARE y de la Autoridad Portuaria de Barcelona, se plantea sobre la base de la necesidad de un desarrollo armonioso de las actividades económicas y que haría deseable la creación para las personas físicas, sociedades y demás entes jurídicos de un marco jurídico que facilitase la adaptación de sus actividades a las condiciones económicas fijadas por la Unión Europea.

Al hilo de ello, se trae a colación el considerando 38 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que dispone lo siguiente:

“El concepto de ‘persona jurídica’ de acuerdo con las disposiciones del Tratado en materia de establecimiento deja libertad para que los operadores elijan la forma jurídica que consideren para realizar su actividad. Por tanto, las personas jurídicas en el sentido del Tratado incluyen todas las entidades constituidas en virtud de la legislación del Estado miembro, o que se rigen por la misma, independientemente de su forma jurídica”.

Del texto transcrito deducen ambos informes que el concepto de persona jurídica empleada en la normativa comunitaria incluye todas las entidades constituidas en virtud de la legislación del Estado miembro de que se trate y entre las que no cabe duda de que se incluirían las uniones temporales de empresas. A mayor abundamiento, y de acuerdo con la propia normativa de la Unión Europea, entienden dichos informes que cualquier restricción en la forma jurídica para realizar una determinada actividad debe tener en cuenta los requisitos recogidos en aquella normativa (no discriminación, necesidad, proporcionalidad). Esta consideración, unida a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas, criterio interpretativo que establece el artículo 3.1 de Código Civil, permite entender, según los referidos informes, que las uniones temporales de empresas pueden ser titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios.

Pues bien, la anterior argumentación no resulta eficaz desde el momento en que las previsiones contenidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo no son aplicables a las actividades portuarias dado que éstas quedan expresamente excluidas del ámbito de aplicación de dicha Directiva, conforme establece su artículo 2.2. d) y, en el mismo sentido, el artículo 2.2. d) de la Ley 17/2009, exclusión que, como se indica en el informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, presumiblemente obedece a la especial naturaleza de los servicios portuarios.

A lo expuesto debe añadirse que la regla (de carácter interpretativo) que establece el considerando 38 de la citada Directiva 2006/123 no constituye un argumento que conduzca indefectiblemente a la conclusión de que las uniones temporales de empresas puedan ser titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios en términos tales que la normativa española –TRLPEMM– suponga una restricción al libre acceso a la prestación de servicios.

En efecto, la propia utilización en el considerando 38 de la Directiva 2006/123 de la locución “persona jurídica” pone ya de manifiesto que se está refiriendo a una organización con personalidad jurídica. Cuando el propio considerando habla de elección de la “forma jurídica” puede pensarse con fundamento suficiente que, partiendo de la noción de persona jurídica, se está haciendo referencia a las diversas formas que pueden adoptar las personas jurídicas (en Derecho español, el artículo 35 del Código Civil las clasifica en corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público) y no a organizaciones carentes de personalidad jurídica como son las uniones temporales de empresas.



En resumen, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en línea con la opinión de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 109.2 del TRLPEMM, considera que únicamente pueden ser titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios las personas físicas o jurídicas, sin que, en consecuencia, puedan serlo las uniones temporales de empresas.

**- VI -**

Alcanzada la anterior conclusión, y como se recoge en el informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, es necesario examinar todavía la situación jurídica derivada de la existencia de diversas uniones temporales de empresas que actualmente son titulares de licencias para la prestación de servicios portuarios.

Dado el criterio que se mantiene en este informe, resulta indudable que la concesión a esas uniones temporales de empresas de las oportunas licencias de prestación de servicios portuarios constituye una infracción del ordenamiento jurídico que da lugar a un vicio de anulabilidad (cfr. artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común- LRJ-PAC-).

Partiendo de la anterior premisa, si las Autoridades Portuarias pretendieran dejar sin efecto los actos de concesión de las referidas licencias, deberían hacer uso de las facultades de revisión de oficio reguladas en el Capítulo I del Título VII de la LRJ-PAC, más concretamente, al tratarse de actos favorables o declarativos de derechos, deberían acudir a la vía de la declaración de lesividad que establece el artículo 103 de dicho texto legal, bien que la declaración de lesividad no procedería en modo alguno si hubiesen transcurrido cuatro años desde que se dictó el acto de concesión de la licencia.

Ahora bien, aun en los casos en que, por no haber transcurrido el referido plazo, sería posible, en principio, la declaración de lesividad, deben tomarse en consideración los límites que al ejercicio de la potestad de revisión de oficio establece el artículo 106 de la LRJ-PAC que dispone lo siguiente:

“Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”

De acuerdo con lo señalado en el informe final de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, al ejercicio de las facultades de revisión de oficio de las licencias otorgadas anteriormente a uniones temporales de empresas con infracción del ordenamiento jurídico se opondría la necesidad de respetar el principio de confianza legítima.

Esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, hace suya la amplia exposición argumental que se recoge en ese informe sobre la funcionalidad del principio de confianza legítima como límite a la potestad de revisión de oficio de los actos anulables. Aceptando, como acaba de decirse, esa exposición y con objeto de encontrar un anclaje del principio de confianza legítima en el artículo 106 de la LRJ-PAC, baste con indicar aquí que la doctrina científica y jurisprudencial ha considerado el principio de confianza legítima como una manifestación del principio de buena fe, expresamente mencionado en el artículo 106 (a diferencia del artículo 112 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958). La buena fe impone el deber de coherencia en el comportamiento propio, de aquí su vinculación al principio de confianza legítima, que constituye uno de los principios del procedimiento administrativo comunitario y que ha tenido ya plasmación en nuestro ordenamiento jurídico administrativo interno, como principio que debe respetar la Administración en su actuación (artículo 3.1 de la LRJ- PAC).

En este sentido, se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990, en la que se indica respecto de este principio lo siguiente:

“(…) ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su Sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el «principio de protección de la confianza legítima» que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica.”

Por su parte, la sentencia de 13 de septiembre de 2002, lo vincula también con el principio de seguridad jurídica, diciendo:

“(…) El principio de protección de la confianza legítima puede ser admitido incluso en relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito del Derecho comunitario europeo, como un corolario del principio de seguridad jurídica, que está consagrado en el artículo 9.3 CE. El principio de confianza legítima exige que las normas de Derecho sean claras y precisas y tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas en el marco del Estado de Derecho”

Las sentencias del Alto Tribunal de 4 de junio y 21 de diciembre de 2001 vinculan el principio de confianza legítima a los principios de seguridad jurídica y buena fe, declarando la primera de ellas lo siguiente:

“En efecto, el principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del TJCE y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca como fundamento del primero de los motivos de casación puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. En el bien entendido de que no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables, coartando la potestad de los poderes públicos para establecer nuevas regulaciones o para adoptar nuevos acuerdos con países terceros (cfr. SSTs de 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999)”

En el supuesto a que se refiere el presente informe, resulta indudable que en el posible ejercicio de las facultades de revisión de los actos de concesión de licencias para la prestación de servicios portuarios –por vulneración del artículo 109.2 del TRLPEMM– debe tenerse presente ese principio y ponderarse, por tanto, la creación por la Autoridad Portuaria de una situación jurídica individualizada cuyo normal desenvolvimiento puede considerarse razonable o, lo que es lo mismo, la creación de una apariencia jurídica de legalidad que determinó que los interesados en la obtención de las licencias formularan sus solicitudes y realizaran, una vez otorgadas, inversiones y gastos que, en caso de revisión del acto de otorgamiento de

las licencias, darían lugar a la producción de unos perjuicios que no tendrían el deber jurídico de soportar.

En resumen, y como termina diciendo en su informe la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, las Autoridades Portuarias han de aplicar el artículo 109.2 del TRLPEMM en sus propios términos, de tal forma que sólo deben otorgar licencias para la prestación de servicios portuarios a personas físicas o jurídicas y no a uniones temporales de empresas, carentes de personalidad jurídica. Para la posible revisión de oficio, por vía de declaración de lesividad, de las licencias otorgadas a uniones temporales de empresas, deberá ponderarse, en aplicación del artículo 106 de la LRJ-PAC, si la situación producida en cada caso se encuentra o no amparada por el principio de confianza legítima.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** De acuerdo con lo prevenido en el artículo 109.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, únicamente pueden ser titulares de las licencias de prestación de servicios portuarios las personas físicas o jurídicas, y no las uniones temporales de empresas, carentes de personalidad jurídica.

**Segunda.-** Las Autoridades Portuarias sólo deben otorgar licencias para la prestación de servicios portuarios a personas físicas o jurídicas y no a uniones temporales de empresas, carentes de personalidad jurídica. Para la posible revisión de oficio, por vía de declaración de lesividad, de las licencias otorgadas a uniones temporales de empresas, deberá ponderarse, en aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, si la situación producida en cada caso se encuentra o no amparada por el principio de confianza legítima.

## **140.- Informe sobre la aprobación de los límites geográficos para la prestación del servicio portuario de practicaaje en el puerto de Valencia.**

### **Resumen**

Informe sobre la aprobación de los límites geográficos para la prestación del servicio portuario de practicaaje en el puerto de Valencia. Procedimiento para establecer límites geográficos en la prestación del servicio de practicaaje en ausencia de pliegos de prescripciones particulares.

**REF:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 14/16 (R-205/2016)

**Fecha:** 12 de abril de 2016

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado el proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en Valencia sobre la propuesta de aprobación de los límites geográficos de prestación del servicio portuario de practicaaje en el puerto de Valencia a la vista de la discrepancia entre la indicada Abogacía y el Ente Público Puertos del Estado acerca del trámite que debe seguirse para la citada aprobación. En relación con dicha consulta este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

La Ley 27/1992, de 26 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) conceptuó los servicios portuarios como actividades de prestación que tienden a la consecución de los fines que a las Autoridades Portuarias (AP) se asignan por la Ley y se desarrollan en su ámbito territorial (artículo 66 LPEMM). Entre ellos se encontraba, y así aparecía mencionado en dicho precepto, el servicio de practicaaje.

La prestación de dicho servicio portuario, como el resto de los servicios, podía ser realizada directamente por las AP o mediante gestión indirecta (artículo 67.1 LPEMM). La AP, con anterioridad a la celebración del contrato para la prestación por particulares de dichos servicios, debía aprobar los respectivos pliegos de cláusulas del servicio previo informe de Puertos del Estado (artículo 67.3 LPEMM).

El servicio de practicaaje se ha venido prestando en todos los puertos que dependen de la Administración General del Estado en que ello resulte necesario por razones de seguridad marítima, apreciadas por la Dirección General de la Marina Mercante, de acuerdo con lo dispuesto en la LPEMM, en el Reglamento General de Practicaaje, aprobado por Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo (RGP), en el Reglamento de servicio y policía de cada puerto y en las condiciones técnicas que por razones de seguridad se establezcan. En el caso de que se prestase en régimen de gestión indirecta quedaba igualmente sujeto a lo establecido en los pliegos de condiciones generales del servicio, en el pliego de cláusulas de los servicios y en el correspondiente contrato (artículo 4 del RGP).

El Capítulo II del RGP se dedica al Servicio Portuario de Practicaaje Portuario. El primero de los artículos de dicho Capítulo, el artículo 5, comienza recordando que “el servicio de practicaaje se ejercerá en los puertos que dependen de la Administración General del Estado, por la Autoridad Portuaria correspondiente, a través de contratos con terceros o bien por gestión directa.” Por su parte, el artículo 6 dispone que “la Autoridad Portuaria, como titular del servicio de practicaaje, establecerá las condiciones de prestación de éste, las tarifas aplicables a los usuarios, el control de su prestación y la competencia sancionadora en los términos previstos en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en este Reglamento, en los pliegos

de condiciones generales para la prestación del servicio y en el contrato correspondiente (artículo 102.5, párrafo primero):”

Por último, el artículo 7 se refiere a los límites geográficos de prestación del servicio portuario de practicaje bajo las mismas premisas, es decir, bajo la consideración del servicio en cuestión como un servicio portuario ejercido, directa o indirectamente, por la Autoridad Portuaria.

Según dicho precepto:

“En los puertos de competencia de la Administración General del Estado, los límites geográficos de la prestación del servicio de practicaje y las zonas de espera de los buques y del embarque y desembarque de los prácticos serán fijados por la Autoridad Portuaria dentro de su ámbito territorial de competencia señalado en el artículo 38 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, previo informe vinculante de la Capitanía Marítima en lo que afecta a la seguridad marítima y de la navegación, oída la corporación de prácticos, y serán incorporados al reglamento de servicio y policía de cada puerto. Hasta tanto no se fijen dichos límites, éstos estarán constituidos por el límite exterior de la zona II de las aguas portuarias (...):”

Pues bien, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (LREPS) cambió el modelo, estableciéndose un nuevo sistema de prestación de los servicios portuarios. Las AP dejan de ser titulares de los servicios portuarios tradicionales, que se confían a la iniciativa privada en régimen de libre competencia (artículos 60 y siguientes de la LREPS), requiriéndose la obtención de la correspondiente licencia por parte de la AP. Al propio tiempo se regula con detalle el régimen de acceso a la prestación de los servicios básicos (artículo 64), así como los pliegos reguladores y los pliegos particulares de dichos servicios (artículo 65).

Dicho modelo, con las modificaciones introducidas por la Ley 33/2010, pasó definitivamente al actual Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), cuyo artículo 113 regula con detalle los Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios que, cumpliendo con los trámites que en dicho artículo se prevén, deben aprobarse por las AP. Pues bien, el apartado 4 de ese artículo detalla las materias que deben regularse en el Pliego entre las que se encuentra el “Objeto y ámbito geográfico del servicio portuario”–apartado a)–.

Es importante, por último, poner de manifiesto que, según la disposición adicional vigésima novena del TRLPEMM, que incorpora el contenido de la disposición adicional sexta de la Ley 33/2010, en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LREPS (lo que tuvo lugar a los veinte días de su publicación en el BOE de 7 de agosto), los pliegos de prescripciones particulares de los servicios portuarios existentes en aquella fecha deberán adaptarse, cuando procediese, a los contenidos de esta Ley. Asimismo, si en aquella fecha no estuvieran aprobadas, deberán aprobarse en ese mismo plazo.

Se ha superado con creces dicho plazo sin que se haya producido la adaptación de los antiguos pliegos o la aprobación de unos nuevos por parte de la Autoridad Portuaria de Valencia (APV). No obstante, con el fin de no perjudicar a los titulares de los contratos de gestión indirecta del servicio y en tanto se cumplan las previsiones sobre la aprobación de los pliegos de prescripciones particulares a las que se refiere el artículo 113 del TRLPEMM, tal y como se deduce de lo señalado en la disposición transitoria séptima de la LREPS, en las disposiciones transitorias segunda y quinta de la Ley 33/2010 y en las disposiciones transitoria cuarta y séptima del TRLPEMM, se ha respetado la actividad prestacional de los servicios portuarios que se estaba realizando cuando se cambió el modelo de gestión, permitiendo mantenerla de forma temporal con las condiciones que tuviera en ese momento siempre que no resulte contraria a la nueva normativa.

Así las cosas, y siendo necesario ordenar la zona geográfica sobre la que se presta el servicio de practicaaje en el puerto de Valencia, parece claro que la falta de aprobación en plazo de los nuevos Pliegos de Prescripciones Particulares (PPP) adaptados al nuevo modelo por parte de la APV no puede impedir la adopción de las decisiones pertinentes en orden a la fijación del ámbito geográfico para la prestación del servicio o, si se prefiere, la falta de aprobación por la APV de un Pliego de Prescripciones Particulares del servicio de practicaaje adaptado a las nuevas previsiones legales en relación con dicho servicio no puede servir de pretexto a esta última para eludir su responsabilidad de ordenación, desde el punto de vista de la seguridad marítima, de las áreas de fondeo y de la obligada coordinación de todas las actividades náuticas que se producen en la zona.

Por lo demás, como se indica en la propuesta elaborada, “debe señalarse que, una vez modificada la Zona II en virtud de la aprobación de la DEUP del Puerto de Valencia (OM 28/10/14) siendo que la última fijación de dichos límites geográficos es de 2004 y la DEUP fue aprobada a finales de 2014, constituye una necesidad irrenunciable el establecer nuevos límites en concordancia con el nuevo escenario de progresivo crecimiento del tamaño de los buques, que hace que esta cuestión sea hoy una insistente demanda por parte de los distintos agentes afectados, empezando por la propia Capitanía y los propios Prácticos”

- II -

Siendo evidente la necesidad de modificar el ámbito geográfico del servicio portuario de practicaaje y no estando aprobados los nuevos PPP del servicio, surge la duda acerca del trámite que debe seguirse para aprobar esos nuevos límites geográficos.

Pues bien, teniendo en cuenta que el servicio de practicaaje se sigue rigiendo todavía, en lo que no se oponga a la actual normativa, por el RGP y por el Pliego de Cláusulas correspondiente, a través de un contrato de gestión indirecta, sin que, por tanto, pueda decirse que haya tenido hasta ahora virtualidad la nueva normativa derivada del cambio de modelo de gestión, en principio, no existiría obstáculo legal para que la AP, en su necesaria tarea de ordenación del espacio geográfico donde debe desarrollarse el servicio de practicaaje, tuviera presente lo dispuesto en el artículo 7 del RGP.

Dicho precepto atribuye, como se ha visto, a la AP, en los puertos de competencia de la Administración General del Estado y dentro de su ámbito territorial, la fijación de los límites geográficos de la prestación del servicio de practicaaje, las zonas de espera de los buques y de embarque y desembarque de los prácticos.

Ahora bien, la falta de aprobación en plazo por la APV de los PPP del servicio de practicaaje, adaptados al nuevo modelo de gestión, donde deben regularse, entre otras materias, el “ámbito geográfico del servicio portuario” (artículo 113.4.a), no puede determinar que para la adopción del acuerdo relativo a dicho ámbito geográfico pueda prescindirse de los trámites previstos en el artículo 113.1 TRLPEMM aunque no se trate de una modificación propiamente dicha de los PPP particulares.

En caso contrario, si no se aplicaran esas previsiones, podría ocurrir que la modificación del ámbito geográfico de prestación del servicio de practicaaje siguiese una tramitación distinta en función de que la AP competente hubiera o no cumplido con la obligación de aprobar los referidos PPP en el plazo previsto legalmente, lo que no es admisible.

Resulta obvio que, si bien la falta de aprobación en plazo de los PPP del servicio de practicaaje por parte de la APV no debe ser obstáculo para que dicho Organismo público, haciendo uso de lo prevenido en el artículo 7 del RGP, apruebe unos nuevos límites geográficos de prestación del servicio de practicaaje, ello no debe ser óbice para tener presente también en la adopción del acuerdo oportuno los trámites prevenidos en el artículo 113.1 del TRLPEMM, de superior rango al artículo 7 del RGP.

Como bien se indica en la nota elaborada por Puertos del Estado sobre el particular, “evidentemente, la no aprobación de los citados pliegos no puede impedir la necesaria ordenación del servicio, pero al menos debe dotarse a la tramitación que se siga de todas las garantías que la actual regulación de los servicios portuarios establece para la modificación de aquellas materias que deben regularse en dichos pliegos”.

Sobre esa base y al margen de los trámites realizados hasta la fecha, entre los que destaca el informe del Comité de Seguridad constituido en el seno del Consejo de Navegación y Puerto del Puerto de Valencia, por la APV, donde se hayan representados, la Capitanía Marítima, la propia Autoridad Portuaria, el Colegio Nacional de Prácticos del Puerto, a través de un práctico habilitado en el Puerto de Valencia, y la Asociación Naviera Valenciana, sería preciso tener en cuenta el contenido del artículo 113.1 del TRLPEMM que, aunque pensado para el caso de aprobación de los PPP, dispone que las AP tomarán la decisión oportuna:

“(…) oído el Comité de Servicios Portuarios, y previa audiencia de las organizaciones sindicales más representativas y representativas del servicio correspondiente y de las asociaciones de operadores y usuarios más representativas cuyos fines guarden relación directa con el objeto del correspondiente pliego. Para ello, las Autoridades Portuarias remitirán el proyecto de Pliego junto con el expediente completo a Puertos del Estado con el objeto que emita informe vinculante con anterioridad a su aprobación definitiva.

Previamente, Puertos del Estado recabará informe de la Dirección General de la Marina Mercante sobre los Proyectos de Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios de practicaje, remolque portuario y amarre y desamarre de buques, en lo que se refiere a la seguridad marítima, teniendo en este ámbito carácter vinculante. Este informe deberá emitirse en el plazo de un mes desde la recepción de la documentación correspondiente, entendiéndose en sentido favorable si no fuera remitido en dicho plazo”.

Como se observa, tanto para la aprobación como para la modificación del PPP al que se refiere este precepto, que debe regular, entre otras materias, el “Objeto y ámbito geográfico del servicio portuario “(artículo 113. 4.a) del TRLPEMM), se prevé la intervención de Puertos del Estado mediante la emisión de un informe vinculante con anterioridad a su aprobación definitiva, trámite que no está previsto, por el contrario, en el artículo 7 del RGP. Previamente, Puertos del Estado recabará informe de la Dirección General de la Marina Mercante sobre los proyectos de PPP de los servicios portuarios de practicaje, informe que, en este caso, aunque no se trate de la aprobación del Pliego, deberá solicitarse por el Ente Público a dicha Dirección General.

En suma, no sería jurídicamente admisible que, habiendo transcurrido el plazo legal para la adaptación de los pliegos de prescripciones particulares de los servicios portuarios, no se aplique una norma con rango de ley (TRLPEMM) que establece unos trámites imperativos, como son los consignados en los párrafos primero y segundo del artículo 113 de dicho texto legal, pues ello supondría fundamentar la inaplicación de esas prescripciones legales en la previa falta de cumplimiento de una exigencia legal como es la adaptación en plazo de los referidos pliegos. Frente a ello no cabe objetar que el procedimiento regulado en el artículo 113 del TRLPEMM se refiere a la aprobación de los PPP de los servicios portuarios, siendo así que aquí se trata solamente de la fijación de los límites geográficos del servicio de practicaje, ya que ello es precisamente, como se ha dicho, unos de los contenidos de los PPP

Aunque el artículo 7 del RGP puede servir de base para que la APV pueda ejercer en estos momentos su competencia en la materia, para la adopción del acuerdo pertinente deberá tenerse en cuenta, por las razones expuestas, la tramitación prevista en el artículo 113.1 del TRLPEMM en donde destaca el informe vinculante de Puertos del Estado (y el previo a emitir a su instancia por la Dirección General de la Marina Mercante), que deberá recabarse con anterioridad a su aprobación definitiva.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La Autoridad Portuaria de Valencia, a través de su Consejo de Administración, puede aprobar una nueva delimitación geográfica de prestación del servicio portuario de practicaje en el Puerto de Valencia, en el ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 7 del Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaje.

**Segunda.-** Para la adopción de acuerdo pertinente, por las razones expuestas en este informe, deberá tenerse en cuenta, en todo caso, la tramitación prevenida en el artículo 113.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, debiendo solicitarse el informe vinculante de Puertos del Estado (y el previo que ha de emitir, a petición suya, la Dirección General de la Marina Mercante), al que se refiere dicho precepto, que deberá recabarse con anterioridad a su aprobación definitiva.



**XII.- RÉGIMEN DE  
GESTIÓN DE LOS  
TRABAJADORES PARA  
LA PRESTACIÓN DEL  
SERVICIO PORTUARIO  
DE MANIPULACIÓN  
DE MERCANCÍAS  
(ESTIBA Y DESESTIBA)**



## **XII.- RÉGIMEN DE GESTIÓN DE LOS TRABAJADORES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORTUARIO DE MANIPULACIÓN DE MERCANCÍAS (ESTIBA Y DESESTIBA)**

### **141.- Informe sobre la necesidad o no para los concesionarios del servicio público de estiba y desestiba de buques de obtener licencia municipal para el ejercicio de su actividad y para la instalación de cintas transportadoras.**

#### **Resumen**

Consulta de la Abogacía del Estado en Tarragona sobre la necesidad o no, para los concesionarios del servicio público de estiba y desestiba de buques, de obtener licencia municipal para el ejercicio de su actividad y para la instalación de cintas transportadoras. Examen de la normativa aplicable: LPMM; Real Decreto-Ley 2/86 y R.D. 371/87, sobre el S.P. de estiba y desestiba; LBRL; Ley 38/72, de Protección de Ambiente Atmosférico; Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por R.D. 2414/61; Estatuto de Autonomía y legislación de Cataluña, etc. Conclusiones: 1ª) Inexigibilidad de licencia municipal de actividad molesta para el ejercicio de las integrantes del S.P. de estiba y desestiba; 2ª) Exigibilidad de licencia municipal de obras, en su caso, y de la actividad clasificada que corresponda, para la instalación, por una empresa estibadora, de cintas transportadoras en la zona de servicios del puerto, cuando la actividad proyectada pueda ser contaminante de la atmósfera; 3ª) Aplicación de las conclusiones anteriores al territorio de la C.A. de Cataluña; salvedades respecto a las demás CCAA en que existan puertos del Estado.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 5/98

**Fecha:** 2 de junio de 1998

**Ponente:** Carlos Gallego Huescar

### **Texto del Informe**

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.S. como consecuencia de la que le dirigió la Autoridad Portuaria de Tarragona sobre la necesidad o no, para los concesionarios del servicio público de estiba y desestiba, de obtener licencia municipal para el ejercicio de su actividad y para la instalación de parques de cintas transportadoras. En relación con dicha consulta y a la vista de la documentación que la acompaña, este Centro directivo informa lo que sigue:

### **ANTECEDENTES**

La Abogacía del Estado en Tarragona acompaña a su escrito de consulta una propuesta de informe en la que, previos los razonamientos que estima oportunos, concluye, en primer lugar, que "las personas que en virtud de un contrato de gestión desempeñen el servicio público de estiba y desestiba deberán obtener la licencia municipal de actividad molesta, siempre que tal actividad, por razón del material objeto de estiba y desestiba y de su manipulación y almacenamiento a la intemperie, pueda generar polvos en suspensión. En cualquier caso la actividad se debe considerar de manera unitaria por cada concesionario del servicio público de estiba y desestiba, con independencia de la diversidad de materiales que vayan a ser objeto del mismo".

Por otra parte, y en relación con la posible necesidad de obtener licencia municipal para la construcción de un parque de cintas transportadoras, se indica en la aludida propuesta de informe de la Abogacía del Estado consultante que dicha construcción "sólo quedaría

sometida a la necesidad de obtener la licencia municipal de actividad molesta si el material a transportar en las cintas puede producir polvos en suspensión.” Finalmente, la Abogacía del Estado en Tarragona entiende que “si la actividad del estibador se va a desarrollar mediante el citado parque de cintas y ambos, según lo dicho, quedaran sometidos a la necesidad de obtener licencia, es claro que tal licencia a los efectos medioambientales estudiados sería única.”

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La consulta de la Abogacía del Estado en Tarragona conduce implícitamente a una cuestión que en principio cabe considerar como de carácter general, cual es la de si la gestión de un servicio público de titularidad estatal puede o no estar sujeta a licencia municipal. Sin embargo, lo cierto es que tal cuestión no puede resolverse en abstracto, ya que requiere, por una parte, el examen de la normativa específica aplicable al servicio público de que se trate en cada caso y, por otra, el de la normativa por la que se rija la competencia municipal. En todo caso, conviene advertir que no existe una norma general que excluya la exigencia de licencia municipal por el solo hecho de la titularidad pública de una obra o actividad, sino que son las diversas normas sectoriales las que formulan declaraciones al respecto en función de la articulación de competencias concurrentes que en determinados ámbitos pueden darse. Por lo tanto, será preciso examinar la normativa relativa a los diversos aspectos a que se ha aludido.

En los supuestos a que se refiere la consulta debe destacarse, además, que se trata de una actividad realizada sobre espacios físicos que forman parte del dominio público estatal, como son los integrados en los puertos de interés general, lo que no impide la concurrencia sobre el mismo territorio de competencias de Entes públicos distintos del Estado y, en lo que aquí interesa, de los respectivos Municipios. Debe señalarse a este respecto que, como ha recordado la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1984, de 3 de julio, “tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado han sostenido de forma inequívoca y, concretamente, respecto a los puertos y a la zona marítimo-terrestre, que unos y otra forman parte del término municipal en que están enclavados,” lo que determina lógicamente que en el ámbito territorial de que se trata pueden ejercer sus competencias tanto la Administración General del Estado (y las Autoridades Portuarias) como los Ayuntamientos correspondientes.

El propio Tribunal Constitucional, en su citada sentencia 77/1984, ha declarado, con carácter general, que

“El concepto de dominio público sirve para calificar una categoría de bienes, pero no para aislar una porción de territorio de su entorno, y considerarlo como una zona exenta de las competencias de los diversos Entes públicos que las ostenten.”

Por tanto, la doctrina del Tribunal Constitucional reitera la posible coexistencia de títulos competenciales del Estado y de otras Administraciones Públicas sobre un mismo espacio físico. El mismo Tribunal ha manifestado que para integrar estas competencias se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación, y cuando resulten insuficientes, “la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente” (sentencia 77/1984, a la que se remite en este punto la número 40/1998, de 20 de febrero, en su fundamento jurídico 30).

Una vez formuladas las anteriores consideraciones generales, debe pasarse al examen de los distintos grupos normativos a que se ha hecho referencia.

- II -

A tal efecto es conveniente, ante todo, delimitar el concepto de estiba y desestiba que, por su naturaleza intrínseca, es una actividad portuaria (aunque con una normativa específica), para así acotar las actividades e, incluso, las obras respecto de las que debe plantearse el problema de la exigencia o no de licencia municipal.

El artículo 66.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en lo sucesivo, LPMM), dispone que “las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías objeto del tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria, se regularán y ejercerán de acuerdo con su normativa específica.” Esta normativa específica está constituida por el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, de Estiba y Desestiba de Buques, que en su artículo 1 dispone:

“Las actividades de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general constituyen un servicio público esencial de titularidad estatal”.

El artículo 4 de este mismo Real Decreto-Ley establece:

“La gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques se realizará de forma indirecta por personas naturales o jurídicas mediante contrato, en los términos previstos en la legislación de contratos del Estado (...).”

No se trata, por tanto, de un servicio que prestan las Autoridades Portuarias, sino de un “servicio público esencial de titularidad estatal”, que se presta, necesariamente, en la zona portuaria. Sin perjuicio de la organización especial de este servicio público, las Autoridades Portuarias tienen, como se verá más adelante, importantes competencias respecto a la actividad de estiba y desestiba y, entre ellas, la de otorgar las oportunas concesiones del servicio público en cuestión, en los términos que resultan de las bases para la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques en puertos de interés general, aprobadas por Orden Ministerial de 15 de abril de 1987 (BOE del 21 de abril).

Como se ha visto, la LPMM describe de forma general este servicio público al referirse en su artículo 66.2 a “las labores de carga, descarga, estiba, desestiba y transbordo de mercancías objeto del tráfico marítimo en los buques y dentro de la zona portuaria” (concepto que reitera el artículo 2 del citado Real Decreto-Ley 2/1986). El servicio público de estiba y desestiba tiene un ámbito muy preciso, aunque a veces se interfieren en el mismo distinciones artificiosas que se basan más en las exigencias de aplicación o no del régimen jurídico laboral especial de los trabajadores portuarios que en la naturaleza material de la actividad desarrollada. El Reglamento de ejecución del reiterado Real Decreto-Ley 2/1986, sobre el servicio público de estiba y desestiba, aprobado por Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo (en lo sucesivo, RED) delimita en sus artículos 2 a 6 el ámbito material de dicho servicio público.

El artículo 2 del RED define con precisión las actividades integrantes del servicio público de estiba y desestiba. Así, dice que “la carga y estiba comprenden la recogida de la mercancía en las zonas cubiertas o descubiertas del puerto, el transporte horizontal de las mismas hasta el costado del buque; la aplicación de ... cualquier dispositivo que permita izar la mercancía directamente desde un vehículo de transporte ... o desde el muelle, previo depósito en el mismo, o apilado en la zona de operaciones, al costado del buque; el izado de la mercancía y su colocación en la bodega o a bordo del buque ... y la estiba de la mercancía en la bodega o a bordo del buque.” La desestiba y descarga consiste, lógicamente, en el proceso inverso hasta el depósito y apilado de las mercancías en zonas portuarias cubiertas o descubiertas. Debe advertirse que, según resulta a contrario del artículo 3 del RED, las operaciones que se han descrito solamente se consideran como actividades integrantes del servicio público de estiba y desestiba si las realizan empresas estibadoras, y no cuando son realizadas por la Autoridad Portuaria (o por la tripulación del buque) con sus propios medios. Básicamente, el servicio público de estiba y desestiba lo integran las actividades de embarque y desem-

barque, quedando fuera de él las labores de almacenamiento y manipulación de mercancías en zonas del Puerto que sean objeto de concesión. No obstante, se incluyen también en el reiterado servicio público las operaciones que las empresas estibadoras realicen en instalaciones portuarias en régimen de concesión, “cuando dichas instalaciones estén directamente relacionadas con plantas de transformación, instalaciones de procesamiento industrial o envasado de mercancías propias, que se muevan por dichos terminales marítimos de acuerdo con su objeto concesional” (cfr. artículo 3.g) del RED).

Conviene insistir en que, a los efectos de este informe, debe distinguirse entre la actividad de embarque y desembarque, que es la típica y esencial de un Puerto, de las posteriores actividades de almacenamiento y manipulación de mercancías, mediante instalaciones propias ad hoc en zonas portuarias dadas en concesión. La intervención municipal en uno y otro caso es distinta, como se verá en el fundamento jurídico V del presente escrito.

- III -

La intervención municipal por medio de licencia para la realización de ciertas obras y actividades por los ciudadanos es una competencia tradicional de las Corporaciones Locales. Constituye la proyección jurídica de un principio básico de la autonomía local, cual es el derecho de los Municipios, las Provincias y las Islas a “intervenir en cuantos asuntos afecten directamente a su círculo de intereses”, como lo expresa el artículo 2.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en lo sucesivo LBRL).

La LBRL atribuye a los Municipios competencias en muy diversas materias que inciden en ese círculo de intereses propios definidor del ámbito de su autonomía. En lo que interesa a este informe, y en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, se les atribuye competencia en las materias de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística y de protección del medio ambiente (cfr. artículo 25.2 d) y f) de la LBRL). El artículo 84.1 c) de la citada Ley establece que las Corporaciones Locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de diversos medios, entre los que menciona “el sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo”.

Las leyes estatales y autonómicas van perfilando el ejercicio de las referidas competencias y los supuestos concretos en los que es precisa la licencia municipal o el sometimiento a otros actos de control preventivo de la Administración Local. Esta función delimitadora del legislador ordinario, claramente recogida por el citado artículo 2.1 de la LBRL, tiene un límite esencial en la doctrina constitucional de la garantía institucional de la autonomía municipal, que veda al aludido legislador una regulación que afecte al orden básico de esa autonomía constitucionalmente reconocida en el artículo 137 de la Constitución Española (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre).

La función de intervención municipal mediante el otorgamiento de autorizaciones o licencias, o mediante otros instrumentos de control, se despliega en los dos ámbitos singulares que corresponden a las materias de competencia municipal antes mencionadas. Por una parte, la intervención en las actividades de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanísticas y, por otra, en las denominadas actividades clasificadas o reguladas (a efectos de protección del medio ambiente).

La consulta de la Abogacía del Estado en Tarragona se refiere a la necesidad de obtener licencia municipal de actividad molesta para el desarrollo de la actividad de estiba y desestiba, cuando la manipulación y almacenamiento a la intemperie de material pulverulento sea el causante de las molestias. Partiendo de este planteamiento, la competencia municipal a tener en cuenta, fundamentalmente, es la de protección del medio ambiente, que se concreta en la intervención en las aludidas actividades clasificadas.

- IV -

La intervención municipal en las actividades clasificadas o reguladas, entre las que se encuentran las actividades molestas, responde, como se ha dicho, a su competencia en materia de protección de medio ambiente. La competencia legislativa básica en esta materia es del Estado, sin perjuicio de las normas adicionales de protección que pueden establecer las Comunidades Autónomas (cfr. artículo 149.1 23ª de la Constitución). Existe al respecto una gran dispersión de normas, incidiendo unas sobre otras, por lo que se van a exponer siguiendo un criterio cronológico hasta llegar al régimen jurídico actualmente en vigor.

La primera y muy importante norma a citar en este sentido es el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre (en lo sucesivo RAMNP). El artículo 1 de este Reglamento dispone lo siguiente:

“El presente Reglamento, de obligatoria observancia en todo el territorio nacional, tiene por objeto evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, sean oficiales o particulares, públicos o privados, a todos los cuales se aplica indistintamente en el mismo la denominación de actividades, produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a la riqueza pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes”

A la vista de este precepto resulta determinante la consideración objetiva de la actividad, no siendo determinante, por el contrario, la titularidad de la actividad. Por tanto, la titularidad estatal de un servicio público, ya sea prestado directamente por la Administración General del Estado, ya sea gestionado indirectamente por medio de contrato o a través de Entes instrumentales, no excluye, por sí misma, la exigencia de permisos, autorizaciones, licencias o cualquier otra forma de intervención administrativa municipal que requieran las obras o actividades que se realicen en ejecución de tal servicio, si aquellos actos de intervención son competencia de los respectivos Municipios. El Decreto 2183/1968, de 16 de agosto, por el que se regula la aplicación del RAMNP en las zonas de dominio público y sobre actividades ejecutables directamente por órganos oficiales, deja claro el sometimiento a dicho Reglamento de “cuantos establecimientos, almacenes, industrias, instalaciones y actividades potencialmente productoras de efectos perniciosos para la higiene y seguridad ambiental se ejerzan o hayan de ser ubicadas por particulares o empresas privadas en zonas o terrenos de dominio público, cualquiera que sea el Organismo o Entidad Gestora y las facultades y competencias que ostente sobre esa clase de bienes” (artículo 1 del mencionado Decreto). Cuando estas mismas actividades “se acometiesen directamente por el Estado o sus Entidades autónomas”, como dice el artículo 2 del mismo Decreto, estarán también sujetas al RAMNP, aunque con determinadas especialidades, en cuanto al procedimiento, que se indican en el propio Decreto 2183/68.

Las actividades que integran el servicio público de estiba y desestiba de buques son, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, diversas, y pueden afectar a distintas mercancías. La condición de molesta, insalubre, nociva o peligrosa de una actividad de las aludidas dependerá del tipo de mercancía que, en cada caso y buque por buque, sea objeto de la manipulación propia del servicio público en cuestión. Por tanto, es lógico que no se incluya ninguna de ellas, como actividad genérica, en el nomenclátor del RAMNP. El artículo 2 del RAMNP indica que el nomenclátor anejo no tiene carácter limitativo, por lo que cabe la clasificación de una actividad con independencia de que conste o no en el mismo. Ahora bien, la consideración especial del almacenamiento y la manipulación de mercancías pulverulentas potencialmente contaminadoras de la atmósfera en zonas portuarias se encuentra en otra norma, que implica ya la calificación de tales actividades como perniciosas y también su sometimiento a un régimen jurídico especial.

Este régimen jurídico es el que resulta de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico (en lo sucesivo LPAA), que en su disposición final cuarta

ordena adaptar a lo prescrito en ella los preceptos del RAMNP. Según el artículo 1.1 de la LPAA, “la presente Ley tiene por objeto prevenir, vigilar y corregir las situaciones de contaminación atmosférica, cualesquiera que sean las causas que las produzcan”. El apartado 2 del mismo artículo dice que “se entiende por contaminación atmosférica, a los efectos de esta Ley, la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza”. El apartado 3 del propio artículo 1 dispone: “Dentro de sus respectivas competencias, la Administración del Estado y las Corporaciones Locales adoptarán, con la colaboración de ... (las) demás Entidades de derecho público o privado y de los particulares, cuantas medidas sean necesarias para mantener la calidad y pureza del aire (...). Tales medidas, que serán de obligado cumplimiento para todas las actividades públicas y privadas, no implicarán el deterioro de los restantes elementos del medio ambiente ni la ruptura del equilibrio ecológico”.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.3 de la LPAA, el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la citada Ley, aprobó el catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera, que figura como anexo II de la mencionada disposición reglamentaria. En el grupo A, punto 1.12.7 de dicho catálogo se incluye el “almacenamiento y manipulación de minerales y material pulverulento y a la intemperie en zonas portuarias”. Del antes citado artículo 1.3 de la LPAA resulta que no se excluyen las actividades públicas y se mantienen las competencias de las Corporaciones Locales sobre actividades clasificadas, aunque con ciertas especialidades.

El Decreto 833/75, por su parte, estableció un régimen de competencias sobre actividades potencialmente contaminantes sin excluir la intervención de las Corporaciones Locales. El artículo 2.C) dispone:

“Será competencia del Ministerio de Obras Públicas la adopción de las medidas necesarias para evitar la contaminación producida por las siguientes actividades:

(...)

b) Manipulaciones de minerales y otras materias contaminantes en zonas portuarias”

Pero esta intervención de la Administración General del Estado no excluyó, por sí misma, la exigencia de licencia municipal de apertura de la instalación correspondiente, como se expondrá seguidamente.

La competencia para “enjuiciar” la instalación, ampliación, modificación y traslado de una actividad potencialmente contaminadora de la atmósfera se atribuyó al Ministerio competente por razón de la actividad, oídos la Comisión Provincial de Servicios Técnicos respectiva o, en su caso, la Comisión Central de Saneamiento y los Ayuntamientos afectados, conforme establecía el artículo 55 del Decreto 833/75, añadiendo su artículo 56.2 que “cuando se trate de proyectos correspondientes a instalaciones comprendidas en el Grupo A del catálogo de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera, la competencia para enjuiciar e informar los proyectos sobre medidas correctoras y condiciones de funcionamiento corresponderá a los servicios centrales del Ministerio competente por razón de la materia”. Este informe tendría “carácter vinculante para la concesión de la licencia municipal de apertura de industrias potencialmente contaminadoras de la atmósfera, así como para la adopción de las medidas correctoras pertinentes, y será causa de denegación de aquella, siempre que de ellos se desprenda que se rebasan los niveles de inmisión establecidos” (artículo 57 del reiterado Decreto).

Ahora bien, el régimen jurídico que resulta de las normas hasta aquí citadas ha quedado notablemente alterado por la constitución y entrada en funcionamiento de las Comunidades Autónomas. El artículo 149.1.23<sup>a</sup> de la Constitución atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de “legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de control”. A su vez, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18



de diciembre), que es el que especialmente interesa a efectos de este informe, establece en su artículo 10.1.6 que:

“En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Generalidad el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias:

(...)

6. Protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de la Generalidad para establecer normas adicionales de protección.”

Por tanto, las competencias ejecutivas en la materia de que se trata corresponden actualmente a la Administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Sin embargo, el desarrollo legislativo realizado por la propia Comunidad Autónoma de Cataluña, mediante su Ley 22/1983, de 21 de noviembre, de protección del ambiente atmosférico (en lo sucesivo LCPAA), confiere a la intervención municipal mediante licencia un nuevo alcance respecto del que resultaba del Decreto 833/75. El artículo 4.A) de la citada LCPAA dispone que “los titulares de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera están obligados a no ejercer ninguna actividad si no disponen de la licencia municipal correspondiente,” que será la licencia de actividad clasificada, de conformidad con el RAMNP. Previamente, el artículo 2.1 de la LCPAA establece el sometimiento a la misma de “cualquier actividad potencialmente contaminadora de la atmósfera, tanto si es de titularidad pública como si es de titularidad privada.” Por su parte, el artículo 11 de la reiterada Ley catalana establece las competencias de las Corporaciones Locales y, entre ellas, se menciona, bajo la letra b), la de “comprobar y exigir que los proyectos técnicos que acompañen la solicitud de licencia municipal para ejercer las actividades clasificadas potencialmente como contaminadoras de la atmósfera contengan las determinaciones mínimas señaladas por Reglamento.” En conclusión, la competencia puramente ejecutiva de valoración de los efectos perniciosos de una actividad potencialmente contaminadora corresponde, dentro de su ámbito territorial, a la Comunidad Autónoma de Cataluña, pero ésta ha dispuesto que la comprobación de los proyectos técnicos que acompañen a las solicitudes de licencia y la exigencia de medidas correctoras, en su caso, se efectúen por la Corporación Local correspondiente.

Además, la Generalidad de Cataluña, en el ejercicio de sus competencias para adoptar normas adicionales de protección, ha completado el anexo del Decreto 833/75, que, como ya se indicó, recogía como actividad potencialmente contaminadora el “almacenamiento y manipulación de minerales y de material pulverulento a granel y a la intemperie en zonas portuarias.” En efecto, el Decreto del Consejo Ejecutivo de la Generalidad nº 322/1987, de 23 de septiembre, incluye como actividad potencialmente contaminante de la atmósfera el “almacenamiento o manipulación de minerales, combustibles sólidos u otros minerales y desperdicios pulverulentos” (anexo 1, punto 12, grupo B, apartado b.2)). No se mencionan expresamente las zonas portuarias, pero no existe razón alguna para excluirlas de la norma en cuestión.

En definitiva, puede afirmarse que las actividades de almacenamiento y manipulación de materiales combustibles y pulverulentos en zonas portuarias está sometida a licencia municipal de conformidad con la normativa sobre actividades clasificadas, si bien deben hacerse ya algunas precisiones en este punto. La primera de ellas es que no cabe identificar, sin más, la actividad de almacenamiento y manipulación de minerales, combustibles sólidos u otros materiales pulverulentos con la actividad del servicio público de estiba y desestiba. Como ya se indicó más arriba, el almacenamiento no forma parte, normalmente, de dicho servicio público, salvo que se trate de una operación que haga la empresa estibadora, en sus instalaciones propias, en una zona portuaria ocupada por concesión (cfr. artículo 3.g) RED). La actividad de servicio público de desestiba y descarga (desembarque) llega hasta el apilado de la mercancía, bien en un vehículo de transporte, bien en una zona portuaria, para que aquélla, si no es sacada directamente del Puerto, sea almacenada y, en su caso, manipulada

por los concesionarios que operan en la zona de servicios del Puerto, sean estibadores o no. Solamente en la medida de que las actividades de estiba y desestiba, entendidas como embarque, desembarque y transbordo de mercancías, tal y como son descritas en el artículo 2 del RED, supongan manipulación de material pulverulento, susceptible de producir emanaciones contaminantes, podrá hablarse de una actividad clasificada o regulada sobre la que existen las competencias municipales a que se viene aludiendo.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de señalar, cabe preguntarse si toda la actividad del servicio público de estiba y desestiba está sometida a licencia municipal o si el interés general que subyace en la competencia exclusiva del Estado sobre Puertos de interés general permite modular, en determinados aspectos, esta competencia municipal.

- V -

Hasta ahora se ha expuesto el régimen jurídico especial al que se someten las actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera y se ha advertido que dicho régimen no es trasladable, sin más, al servicio público de estiba y desestiba que, como también se ha puesto de manifiesto, comprende diversas operaciones sobre distintos tipos de mercancías. Como actividad portuaria que es, descrita en la secuencia de sus pasos en el artículo 2 del RED, y cuyo desarrollo se efectúa desde el buque hasta el depósito y apilado en el muelle, en un vehículo de transporte terrestre o en zonas cubiertas o descubiertas del Puerto, y viceversa, se puede prestar por la empresa estibadora con los medios de la Administración portuaria o con sus propios medios. En cualquier caso, se insiste en que se trata de una actividad portuaria cuyo establecimiento (o lugar de realización) es el Puerto mismo, concretamente los muelles y las zonas de uso público, y cuya apertura resulta de la propia existencia de las instalaciones del Puerto. En efecto, en dichas instalaciones está implícita la ubicación y la prestación misma del servicio público de estiba y desestiba, que consiste, como se ha reiterado, en el embarque y desembarque de mercancías. De estas circunstancias deriva que exista una primera valoración que la autoridad municipal, al otorgar la licencia, no puede realizar por venirle impuesta por el interés estatal prevalente.

En efecto, para el otorgamiento de una licencia municipal de actividad molesta o de otra actividad clasificada por su carácter insalubre, nocivo o pernicioso, se hace una primera constatación de la existencia de ciertas condiciones, basadas en los planes de ordenación urbana y en las Ordenanzas municipales, y que se refieren, fundamentalmente, al emplazamiento de la actividad (cfr. artículo 30 del RAMNP). Se trata, pues, de una cuestión urbanística y de ordenación del territorio. Desde esta perspectiva o con este fundamento no podría exigirse una licencia municipal a la prestación del servicio público de estiba y desestiba, ya que prevalece la competencia del Estado para instalar el puerto, definir los usos portuarios y, en consecuencia, ubicar las actividades portuarias, entre las que figuran las propias de aquel servicio público.

En la competencia exclusiva del Estado sobre los puertos de interés general (artículo 149.1.20<sup>ª</sup> de la CE) subyace un interés prevalente sobre los intereses de otras Entidades públicas territoriales. Dicha competencia exclusiva incide sobre la ordenación del territorio en cuanto a la decisión de la ubicación de los puertos y de las actividades que en su zona de servicios se hayan de realizar. La sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998, de 20 de febrero, declara al respecto lo siguiente:

“En el caso concreto de la competencia estatal sobre puertos de interés general debe tenerse en cuenta que la existencia de un puerto estatal implica, necesariamente, una modulación del ejercicio de las competencias autonómicas y municipales sobre ordenación del territorio y urbanismo, y que no puede quedar al arbitrio de los Entes con competencias en dichas materias la decisión sobre la concreta ubicación del puerto, su tamaño, los usos de los distintos espacios, etc. Al mismo tiempo, es también claro que la existencia de un puerto

estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto..., la competencia de ordenación del territorio y urbanismo... tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial (STC 77/1984, fundamento jurídico 2º):”

El interés general del Estado deberá prevalecer, pues, sobre los de otras entidades territoriales afectadas, pero esto sólo será así, como dice la propia sentencia 40/1998, “cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.” (fundamento jurídico 30). Ahora bien, el emplazamiento de la actividad de estiba y desestiba, en su condición estricta de operaciones de embarque y desembarque, está implícito en la aprobación del proyecto del puerto de que se trate y en su propia instalación efectiva. La referida aprobación compete actualmente al Ministerio de Fomento (cfr. artículo 20.1 de la LPMM), sin que falte la cooperación de la Administración competente en materia de protección del medio ambiente, pues todo proyecto de construcción de un puerto de los indicados está sujeto al procedimiento de declaración de impacto ambiental (artículo 20.2 de la LPMM). Además, la actividad de estiba y desestiba se realiza en la zona de servicios del mismo, cuya delimitación corresponde al Ministerio de Fomento a propuesta de la Autoridad Portuaria correspondiente, mediante un plan de utilización de los espacios portuarios, que debe incluir los usos previstos en las distintas zonas del puerto (artículo 15.1 y 2 de la LPMM). Con carácter previo a la aprobación del aludido plan las Administraciones urbanísticas han de informar sobre los aspectos de su competencia (artículo 15.2 de la LPMM). Para la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencias concurrentes sobre el espacio portuario se establece que “los planes y demás instrumentos generales de ordenación urbanística deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales como sistema general portuario” (artículo 18.1 de la LPMM). Este sistema general se debe desarrollar mediante un plan especial o instrumento equivalente que formulará la Autoridad Portuaria y cuya tramitación y aprobación corresponden a la Administración urbanística competente. Con carácter previo a su aprobación deberá darse traslado a la Autoridad Portuaria para pronunciarse sobre los aspectos de su competencia. Si la Autoridad Portuaria se pronunciase negativamente sobre la propuesta de la Administración urbanística competente, ésta no podrá proceder a la aprobación definitiva y, si persistiera el desacuerdo, corresponderá al Consejo de Ministros “informar con carácter vinculante” (artículo 18.2 de la LPMM), lo cual es ilustrativo del carácter prevalente del interés estatal. Este régimen jurídico ha sido ratificado por la citada sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998.

En orden al emplazamiento y la prestación del servicio público de estiba y desestiba prevalece, por tanto, la competencia estatal sobre los puertos de interés general, si bien están legalmente previstos los mecanismos de cooperación de las Administraciones Públicas con competencia en la ordenación del territorio, urbanismo y protección del medio ambiente en los términos expuestos. Existiendo ese interés prevalente para decidir el emplazamiento de la actividad de embarque y desembarque, que es la más típica y esencial de un puerto, no puede quedar condicionado dicho emplazamiento por una eventual licencia municipal.

Descartado este aspecto de la intervención municipal, el contenido y fundamento de la eventual licencia de instalación de la actividad de que se trata deberían quedar limitados, en cuanto a las cuestiones que el Ayuntamiento puede valorar con criterios propios, al aspecto de control medioambiental de dicha actividad, dado que no puede decidir sobre la prestación misma del servicio público portuario de estiba y desestiba ni sobre su emplazamiento. Debe advertirse, no obstante, que la exigencia de control medioambiental, imponiendo, en su caso, medidas correctoras y condiciones de ejercicio de la actividad, no puede hacerse, lógica-

mente, en abstracto, considerando la actividad de estiba y desestiba de una manera unitaria para cada empresa estibadora, por el solo hecho de comenzar a operar en un puerto. Para otorgar la licencia municipal sería preciso un proyecto de instalación para la prestación de la actividad pernicioso o potencialmente contaminante que se sometiera a la consideración del respectivo Ayuntamiento. En la consideración unitaria del servicio público de estiba y desestiba no existe una instalación propiamente dicha, con sus elementos estructurales, que vaya a ser abierta por una empresa y que pueda ser confrontada con el plan especial y con el plan de utilización de espacios portuarios (sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre las instalaciones en régimen de concesión demanial en la zona portuaria), como tampoco existe un proyecto global enjuiciable desde el punto de vista medioambiental. La instalación, como se ha dicho, es el mismo puerto ya abierto. Puede decirse que la actividad portuaria de estiba y desestiba es inocua en su consideración unitaria y solamente en relación con una mercancía o carga determinada (y, aun así, dependiendo de su embalaje o medio auxiliar de transporte: no es lo mismo, por ejemplo, que el material pulverulento venga en contenedores o carezca de tal dispositivo de seguridad), esa misma actividad podrá ser considerada pernicioso, como potencialmente contaminadora de la atmósfera, nociva o peligrosa.

Puesto que, conforme a lo que se acaba de razonar, la clasificación de la actividad en cuestión puede ser distinta, según el tipo de carga de cada buque, solamente podría considerarse la licencia municipal buque por buque, pues sólo así puede saberse cuál es el peligro concreto para el medio ambiente, determinar, en consecuencia, las condiciones de ejercicio de la actividad e imponer, en su caso, las pertinentes medidas correctoras. Pero debe advertirse que la obligación de obtener licencia en cada uno de estos supuestos sería, en primer lugar, incompatible con el tráfico marítimo, sometido a exigencias temporales no conciliables con la tramitación de licencias conforme al RAMNP. Así, en el caso de la consulta habría una primera intervención del Ayuntamiento de Tarragona, después pasaría el expediente a la Comisión Territorial de Industrias y Actividades clasificadas de la Generalidad de Cataluña, al corresponder a ésta, como ya se indicó, la competencia de gestión en materia de protección del medio ambiente (cfr. artículo 148.1.9ª de la Constitución y artículo 10.1.6 del Estatuto de Autonomía de Cataluña), y después volvería al Ayuntamiento para el otorgamiento de la licencia y, antes de comenzar las labores de estiba y desestiba, se debería realizar la visita previa de comprobación a que se refiere el artículo 34 del RAMNP.

Resumiendo lo expuesto hasta este punto, este Centro directivo estima, por una parte, que el ejercicio de las actividades integrantes del servicio público de estiba y desestiba, consideradas unitariamente para cada concesionario de dicho servicio, no está sujeta a previa licencia municipal y, por otra parte, que no sería razonable exigir dicha licencia para la actividad concreta de estiba y desestiba de cada buque, en función de la mercancía objeto de aquélla.

Como argumentación adicional en favor de este criterio se debe señalar que la legislación sobre puertos contempla medidas de protección medioambiental a cargo de la propia Administración portuaria, sin perjuicio de las competencias de otras autoridades u órganos, pero sin referencia específica a la licencia municipal de actividad. Así, el artículo 36.a) de la LPMM menciona, entre los “objetivos generales” de las Autoridades Portuarias, “la realización, autorización y control, en su caso, de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario y de los servicios portuarios para lograr que se desarrollen en condiciones óptimas de eficacia, economía, productividad y seguridad, sin perjuicio de las competencias de otras autoridades”. El artículo 37 de la misma Ley enumera las funciones que tendrán las Autoridades Portuarias para el cumplimiento de aquellos objetivos, mencionando entre dichas funciones (bajo la letra h) la de “controlar en el ámbito portuario, el cumplimiento de los reglamentos de mercancías peligrosas y de seguridad e higiene, así como de los sistemas de seguridad y contra incendios, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de la Administración y específicamente de las sancionadoras por infracción de la normativa laboral”.

Por otra parte, conviene añadir que con anterioridad a la vigente LPMM se dictó el Real Decreto 145/1989, de 20 de enero, que aprobó el Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Peligrosas en los Puertos (en lo sucesivo, RAMAMP). El artículo 4 de dicho Reglamento atribuyó al Capitán del puerto (actualmente, Capitán Marítimo) “la admisión de buques que transporten mercancías peligrosas” (concepto en el que se incluyen las potencialmente contaminantes) y al Director del puerto “la admisión de mercancías peligrosas en la zona de servicio del puerto.” El artículo 7 del RAMAMP dispuso que “el embarque y desembarque de mercancías peligrosas estará bajo el control del Capitán del puerto, el cual tiene la facultad de autorizar dichas operaciones;” pero esta facultad debe entenderse afectada por las competencias que la LPMM (cfr., en especial, el ya citado artículo 37.h) confiere a las Autoridades Portuarias.

Por tanto, es a la Autoridad Portuaria a la que corresponde autorizar el embarque y desembarque de mercancías peligrosas, así como imponer, en su caso, las medidas correctoras y las condiciones de ejercicio pertinentes, de conformidad con lo establecido en el RAMAMP y en las normas básicas y adicionales de protección del medio ambiente. Como ya se vio, el artículo 36.a) de la LPMM otorga esta competencia sin perjuicio de la de otras autoridades, pero la competencia municipal y la de la respectiva Comunidad Autónoma sobre protección del medio ambiente se encuentra modulada, por las razones antes expuestas, en el sentido de que no supone la exigencia de una licencia o autorización previa de apertura o instalación, que ya está implícita en la instalación del puerto y en el interés prevalente del Estado. La competencia de las Administraciones locales y autonómicas deberá contraerse, en opinión de este Centro, al control de las emisiones potencialmente contaminantes y a la exigencia de las condiciones necesarias para que, en caso de existencia de focos contaminantes, sea restablecida la normalidad, incluyendo los requerimientos de paralización de la actividad de estiba y desestiba si se superasen los límites tolerables de inmisión y emisión establecidos en la normativa de protección del ambiente atmosférico.

## - VI -

En el fundamento jurídico II de este informe se esbozó la distinción entre la actividad típica y esencial del Puerto, constituida por el embarque y desembarque de mercancías, y las posteriores actividades de almacenamiento y manipulación de mercancías en instalaciones portuarias ad hoc en régimen de concesión administrativa, algunas de las cuales siguen formando parte del servicio público de estiba y desestiba (cfr. artículo 3.g) del RED). En este caso aparecen elementos estructurales nuevos, añadidos a la instalación originaria que constituye el Puerto mismo que, a su vez, pueden añadir un plus de peligro potencial para el medio ambiente, planteándose si en tales supuestos es exigible la licencia municipal.

A juicio de esta Dirección General, las instalaciones que tenga una empresa estibadora en zonas del Puerto ocupadas en virtud de concesión administrativa, así como las que puedan tener otras personas físicas o jurídicas en las mismas condiciones, destinadas al almacenamiento de minerales o material pulverulento, están sometidas a licencia municipal por razón de las obras a realizar, en su caso, y por el ejercicio de la actividad clasificada o regulada. En estos casos, al existir un elemento estructural propio añadido, constituido por las instalaciones que se ubiquen en la zona portuaria ocupada por concesión, que no van de suyo con la instalación misma del Puerto, se considera necesario que la Administración competente constate la adecuación de la instalación al Plan Especial y al plan de utilización de espacios portuarios (competencias de ordenación del territorio y urbanística) e, igualmente, se estima preciso que la Administración correspondiente valore la incidencia de la actividad que en la instalación se va a realizar desde el punto de vista de la protección del medio ambiente. Por ello, además de la concesión administrativa que otorgue la Autoridad Portuaria, se habrán de obtener la licencia o licencias municipales pertinentes. Solamente las obras e instalaciones realizadas por las Autoridades Portuarias están excluidas de la obtención de licencia, siendo

sustituida ésta por un informe. En efecto, una vez aprobado el correspondiente plan especial de ordenación del espacio portuario, las obras que realicen las Autoridades Portuarias en el dominio público deberán adaptarse a dicho plan, sometándose a informe de la Administración urbanística competente para la constatación de este requisito (artículo 19.1 LPMM). Estas obras no están sometidas a los actos de control preventivo municipal a que se refiere el artículo 84.1.b) de la LBRL, por constituir obras de interés general (artículo 19.3 de la LPMM).

Por tanto, cuando se trate de la instalación de un parque de cintas transportadoras por una empresa estibadora, como parece ser el supuesto que se consultó a la Abogacía del Estado en Tarragona, en un terreno otorgado en concesión a aquella empresa, se entiende que tal actividad estará sometida a la obtención de licencia municipal de obra, en su caso, y a la licencia de actividad molesta, si proyectase el almacenamiento y la manipulación de material pulverulento. Cualquier otro concesionario estará sometido igualmente a licencia municipal de obra para realizar la correspondiente instalación y, si proyectase una actividad molesta por ser especialmente contaminante, nociva o peligrosa, deberá obtener también la correspondiente licencia municipal. Todo ello sin perjuicio de las competencias que conserva la respectiva Autoridad Portuaria, no sólo como Administración concedente, sino como autoridad administrativa a la que compete velar por el cumplimiento de las reglamentaciones de mercancías peligrosas y de seguridad.

## - VII -

Los razonamientos contenidos en este informe, respondiendo a la consulta de la Abogacía del Estado en Tarragona, se entiende que son válidos para la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Las otras Comunidades Autónomas en cuyos territorios existan puertos del Estado, así como las Entidades Locales en que se ubiquen éstos, ejercerán las competencias de que se trata en el presente informe en la medida en que resulten de sus respectivos Estatutos de Autonomía y de las normas autonómicas específicas que, en la materia de protección de medio ambiente, se hayan dictado.

No obstante, se puede afirmar, con carácter general, que la conclusión básica según la cual el interés prevalente del Estado determina que no cabe exigir licencia municipal de actividad clasificada por la prestación del servicio público de estiba y desestiba, considerado unitariamente, ni tampoco por cada operación de estiba y desestiba, entendida en los términos expresados en el fundamento jurídico V de este informe, es válida para todos los puertos del Estado. Ahora bien, la intervención de las distintas Comunidades Autónomas en cuyos territorios existen puertos del Estado puede variar con respecto a lo expuesto para Cataluña, porque aunque todas ellas tengan en la actualidad competencias de desarrollo legislativo y de adopción de medidas adicionales de protección en la materia de medio ambiente (cfr. artículo 11.1 a) del Estatuto de Autonomía del País Vasco, artículo 27.30 del Estatuto de Autonomía de Galicia, artículo 15.1 7ª del Estatuto de Autonomía de Andalucía, artículos 11.11 y 12.1 del Estatuto de Autonomía de Asturias, artículos 23.7 y 24.1 del Estatuto de Autonomía de Cantabria, artículo 32.6 del Estatuto de Autonomía de Valencia, artículo 32.12 del Estatuto de Autonomía de Canarias y artículo 11.5 y 7 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares), pueden existir diferencias en el contenido de los respectivos catálogos de actividades clasificadas y en la propia delimitación de la competencia municipal (cfr. artículo 2.1 de la LBRL). Esto puede llevar consigo no sólo la aplicación de procedimientos especiales, sino la articulación de las competencias entre la Comunidad Autónoma y la Corporación Local respectiva de distinta forma a la expuesta en este informe.

Por último, conviene precisar que también pueden existir peculiaridades en el ejercicio de la competencia medioambiental, derivadas de los Estatutos de Autonomía de las ciudades de Ceuta y Melilla, aprobados por la Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, y por la Ley Orgánica

2/1995, de 13 de marzo, respectivamente, que en los artículos 22.1 de ambos Estatutos atribuyen las mencionadas ciudades competencias en la gestión de la protección del medio ambiente, con la potestad de ejecución reglamentaria.

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección General formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** No es exigible licencia municipal de actividad molesta para el ejercicio de las actividades integrantes del servicio público de estiba y desestiba, consideradas unitariamente para cada concesionario del citado servicio.

**Segunda.-** No se considera exigible, tampoco, la mencionada licencia municipal para la actividad concreta de estiba y desestiba de cada buque, en función de la mercancía objeto de aquélla.

**Tercera.-** Es exigible la licencia municipal de obras, en su caso, y la de actividad clasificada que corresponda, para la instalación, por parte de una empresa estibadora, de parques de cintas transportadoras, en la zona de servicios del Puerto que tenga ocupada por concesión administrativa, cuando la actividad proyectada pueda ser pernicioso por potencialmente contaminante de la atmósfera, por peligrosa o por otra razón que determine la existencia de una actividad clasificada.

**Cuarta.-** Las anteriores conclusiones se refieren al territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, debiendo tenerse en cuenta respecto a las demás Comunidades en que existan puertos del Estado lo expuesto en el fundamento jurídico VII de este informe.

## **142.- Informe sobre convocatoria de huelga por la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios.**

### **Resumen**

Consulta sobre convocatoria de huelga por la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios. Motivos de la huelga. Competencia del ente público "Puertos del Estado" en relación con las reivindicaciones que constituyen los motivos de la huelga. Calificación de la huelga como ilegal: distinción a estos efectos de los motivos por los que se convocó la huelga. Cauce procedimental para declarar ilegal la huelga: proceso de conflicto colectivo a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Legitimación para ello: no corresponde la legitimación para declarar ilegal la huelga a "Puertos del Estado," sino a las sociedades estatales de Estiba y Desestiba y a la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 95/06

**Fecha:** 14 de noviembre de 2006

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

Ha tenido entrada en esta Abogacía General del Estado su solicitud de informe en relación con el preaviso de huelga convocada por la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios en la que, ante el conflicto local del Puerto de Cartagena, plantean a la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias (ANESCO) y a Puertos del Estado las exigencias de ordenar y requerir a la Sociedad de Estiba de Cartagena la aceptación de un conjunto de reivindicaciones de carácter local como reacción a decisiones empresariales adoptadas en el ámbito de competencias de la Autoridad Portuaria y su Sociedad de Estiba. En concreto se solicita informe acerca del carácter abusivo o ilegal de la huelga así como, en su caso, sobre la legitimación activa de ese ente para entablar un procedimiento declarativo sobre la ilegalidad de la huelga ante la Jurisdicción Social.

A la vista de la documentación que acompaña a su escrito, este Centro Directivo informa lo que sigue:

- I -

El escrito de preaviso de huelga presentado el día 18 de octubre pasado por la Coordinadora citada ante "Puertos del Estado," contiene dos grupos de motivos o reivindicaciones de la huelga. En el primer grupo estarían los siguientes:

- Reposición del local sindical a la Coordinadora Estatal de Estibadores Portuarios en la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena (SESTICARSA).
- Inmediata readmisión de D. Damián Reyes Meroño (Delegado de Personal y Representante Sindical de la Coordinadora).
- Dejar sin efecto la comunicación de 9 de octubre de 2006 (efectuado por SESTICARSA) por la que se privó de trabajo a 9 estibadores hasta el 1 de enero de 2007.
- Reconocimiento público de los Delegados de Personal de SESTICARSA.

En el segundo grupo estarían los siguientes:

- Cumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (medidas de seguridad e higiene, creación de un comité de prevención, entrega de equipos de protección individual, etc.).
- Cumplimiento del Real Decreto-Ley 2/1986 y III Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba y desestiba:



- a) actividades complementarias: las realizan trabajadores que no son estibadores portuarios, siendo así que en el III Acuerdo Marco y Convenio Colectivo del Puerto de Cartagena están reservadas exclusivamente a estibadores portuarios.
- b) actividades de transporte horizontal: las realizan trabajadores que no son estibadores portuarios.

Teniendo en cuenta ese elenco de motivos o reivindicaciones de la huelga, es preciso examinar, acto seguido, las competencias del ente público “ Puertos del Estado” para atender las mismas, llegándose fácilmente a la conclusión de que las reivindicaciones que motivan la huelga escapan a las atribuciones o competencias de Puertos del Estado a la vista del artículo 25 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), según redacción dada a este precepto por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, y del artículo 55 de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. El artículo 25.a) señala, entre otras, como competencia de dicho ente público el control de eficiencia del sistema portuario de titularidad estatal; por su parte, el artículo 55 de la citada Ley 48/2003 atribuye al Consejo Rector de Puertos del Estado la función de definir las necesidades de personal de la entidad, así como sus modificaciones. Ahora bien, todas estas funciones no guardan relación con las reivindicaciones que motivan la huelga.

- II -

La siguiente cuestión a examinar es la calificación de la huelga convocada, a la vista del tenor literal de la norma reguladora de la huelga constituida por el Real Decreto-Ley 27/1977, de 4 de marzo, con las correcciones e interpretación hecha al mismo por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril.

Dado que en el escrito de consulta se califica la huelga como de solidaridad, debe examinarse si se aprecia el supuesto que establece el artículo 11.b) del citado Real Decreto-Ley (ilegalidad de la huelga cuando sea de solidaridad o apoyo, salvo que afecte al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan).

A estos efectos es necesario distinguir:

- A) Reivindicaciones del primer grupo. Sí sería huelga de solidaridad o apoyo, mereciendo la calificación de ilegal, dado que por el contenido y carácter de las reivindicaciones, no puede estimarse que afecta al interés profesional de los trabajadores de todas las empresas estibadoras. Además tendría la consideración de huelga abusiva.
- B) Reivindicaciones del segundo grupo. Como se ha dicho, el artículo 11 del Real Decreto Ley 17/1987 exceptúa del carácter ilegal que atribuye a la huelga de solidaridad o apoyo el caso de que dicha clase de huelga afecte al interés profesional de quienes la promuevan o sostengan (el Tribunal Constitucional –sentencia número 11/1981, de 8 de abril– declaró inconstitucional la exigencia de que la afectación a esos intereses profesionales fuese directa).

Así las cosas, cabe, en principio, apreciar que existe afectación al interés profesional ya que, concierne al interés profesional emplear, para “actividades complementarias” y para “actividades de transporte horizontal” a trabajadores que no son estibadores portuarios: se prescinde, para el ejercicio de esas actividades, de una cualificación profesional requerida, cual es la cualificación profesional de estibador portuario (cualificación exigida, según se dice, en el III Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba y desestiba; no obstante, el artículo 86.2 de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, no declara obligatoria, para la prestación del servicio de transporte horizontal, la contratación de trabajadores con la cualificación profesional exigida en la disposición adicional quinta de esta Ley).

Ahora bien, en los antecedentes remitidos obra un preacuerdo de 6 de abril y otro preacuerdo de 16 de septiembre de 2006. En estos preacuerdos se aborda o parece abordarse la cuestión de quienes no son estibadores portuarios (en ambos preacuerdos se hace referencia al ingreso en la plantilla de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena de doce trabajadores una vez constatado que han alcanzado el nivel de formación exigido), así como a la cuestión del transporte horizontal (en el apartado 4º del preacuerdo de 16 de septiembre de 2006 se propone que esta cuestión sea objeto de negociación, iniciándose la misma con tres meses de antelación al plazo de finalización de la vigencia del convenio colectivo). Pues bien, dada la existencia de esos preacuerdos, este motivo o reivindicación de la huelga –empleo de trabajadores que no tienen la condición de estibadores portuarios– no podría amparar la legalidad de aquélla a la vista del artículo 11.c) del Real Decreto-Ley 17/1977 salvo que se diesen dos circunstancias que se desconocen: 1) Que ese preacuerdo de 16 de septiembre de 2006 no hubiese sido objeto de aprobación por la asamblea de trabajadores (en el apartado último de dicho preacuerdo se supedita su validez y eficacia a la ratificación por la asamblea de trabajadores); y 2) Que, pese a haber sido ratificado ese preacuerdo por la asamblea de trabajadores, el mismo hubiese sido incumplido por la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena.

Resta, por último, considerar la posible calificación de la huelga como ilegal por su carácter abusivo. Esta cuestión se suscita en razón de que, pese a los motivos de la huelga que aparecen recogidos en el escrito de preaviso, en el escrito de consulta se dice que: “Los efectos de la huelga resultan absolutamente desproporcionados en relación con los intereses que se pretenden defender. A este respecto te informo que en la reunión mantenida en el día de ayer entre la autoridad portuaria de Cartagena y coordinadora a fin de encontrar una posible solución al conflicto planteado, la exigencia sindical se centró en la readmisión de un delegado sindical despedido por la sociedad de Estiba del Puerto de Cartagena por haber liderado la retención de su Gerente en sus oficinas durante varias horas, hasta que se personó la Fuerza Pública”.

Del pasaje transcrito parece deducirse que los motivos de la huelga consignados en el escrito de preaviso han quedado sustituidos por una única exigencia, cual es la de la readmisión de un delegado sindical despedido. Si fuese cierto ello, no cabe duda de que el mantenimiento de la huelga por esa sola exigencia permitiría apreciar el carácter abusivo de la misma, dado que se cumplirían los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias números 11/1981, de 8 de abril; 72/1982, de 2 de diciembre y 41/1984, de 21 de marzo): no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea grave y que haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica.

- III -

Por último, quedaría analizar el cauce procedimental para declarar ilegal la huelga y la legitimación de Puertos del Estado para entablar el procedimiento declarativo correspondiente.

Respecto al cauce procedimental, el Tribunal Supremo (vid., por todas, las sentencias de 22 de noviembre de 2000 y 9 de junio de 2005), siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias números 11/1981, de 8 de abril, 72/1982, de 2 de diciembre, y 41/1984, de 21 de marzo), aparte de los casos de huelga ilegal del artículo 11 del Real Decreto-Ley 17/1977, ha considerado ilícitas y abusivas por presunción legal, las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que prestan servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo y las de celo o reglamento. Para todos estos casos y por extensión, se puede entender, para los de ilegalidad en sentido estricto del artículo 11, el Tribunal Supremo ha reconocido como cauce idóneo para la declaración de ilegalidad o de abusiva de la misma del proceso de conflicto colectivo, iniciado, normalmente por la patronal.

En efecto, aunque el artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995 indica que se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia o de una decisión o práctica de empresa, así como la impugnación de convenios colectivos, sin una referencia explícita a la huelga, la doctrina del Tribunal Supremo (de nuevo la sentencia de 9 de junio de 2005 es significativa al respecto) ha considerado, en una interpretación amplia del precepto, que el proceso de conflicto colectivo es el cauce adecuado, normalmente desde la perspectiva empresarial, para la declaración de una huelga como ilegal, *strictu sensu*, o como abusiva, en los términos expuestos.

Ése, por tanto, debería ser el cauce a seguir por la patronal si considerase la huelga convocada como ilegal.

Por lo que se refiere a la legitimación para promover ese proceso y teniendo en cuenta que el artículo 152 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral reconoce la misma a las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, siempre que se trate de conflictos de ámbito superior a la empresa, y a los empresarios y los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, cuando se trate de conflictos de empresa o de ámbito inferior, en el presente caso, dicha legitimación no correspondería a Puertos del Estado, que no tiene, entre sus competencias (artículos 25 y 26 de la LPEMM y 51 y siguientes de la Ley 48/2003), la de contratar a los estibadores portuarios sino a las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba de cada uno de los puertos donde se ha producido la huelga, que ha tenido un alcance nacional, a cuyo fin, contratan a los trabajadores oportunos que figuran inscritos en el registro especial de trabajadores portuarios que existe en las Oficinas de Empleo, proporcionándoles, acto seguido, la adecuada formación profesional. Dicha sociedad proporciona a las empresas estibadoras con carácter temporal los trabajadores precisos de su plantilla que sean necesarios para el desarrollo de las tareas. Por último, con carácter general, las sociedades estatales mantienen con esos trabajadores una relación laboral de carácter especial (artículos 7, 9, 10, 11 y 13 del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo). Indudablemente esas sociedades, en su condición de empresarios o empleadores, estarían legitimadas para promover el juicio.

De igual forma, ANESCO, como asociación empresarial de ámbito estatal que agrupa a la mayoría de las empresas prestadoras del servicio portuario de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías y que contratan trabajadores portuarios en régimen laboral común, gozaría de legitimación para iniciar ese proceso.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Las reivindicaciones que motivan la huelga, de dos clases, unas de carácter local y otras de alcance general, contenidas en el preaviso oportuno, escapan a las atribuciones o competencias de “Puertos del Estado” a la vista de los artículos 25 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y del artículo 55 de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

**Segunda.-** Los motivos o reivindicaciones del primer grupo reseñados en el apartado I del presente informe permiten conceptualizar la huelga como de solidaridad o apoyo y de carácter ilegal, dado que, por el contenido y carácter de las reivindicaciones, no afectan al interés profesional de los trabajadores de todas las empresas estibadoras.

El motivo o reivindicación consistente en el empleo de trabajadores que no tienen la condición de estibadores portuarios no podría amparar la legalidad de la huelga a la vista del

artículo 11.c) del Real Decreto-Ley 17/1977, dada la existencia de un preacuerdo fechado el 16 de septiembre de 2006, salvo que se diesen dos circunstancias que se desconocen: 1) Que ese preacuerdo de 16 de septiembre de 2006 no hubiese sido objeto de aprobación por la asamblea de trabajadores (en el apartado último de dicho preacuerdo se supedita su validez y eficacia a la ratificación por la asamblea de trabajadores); y 2) Que, pese a haber sido ratificado ese preacuerdo por la asamblea de trabajadores, el mismo hubiese sido incumplido por la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Cartagena.

**Tercera.-** Del pasaje del escrito de preaviso transcrito en el penúltimo párrafo de la página 5 de este informe, parece deducirse que los motivos de la huelga consignados en el escrito de preaviso han quedado sustituidos por una única exigencia, cual es la de la readmisión de un delegado sindical despedido. Si fuese cierto ello, no cabe duda de que el mantenimiento de la huelga por esa sola exigencia permitiría apreciar el carácter abusivo de la misma, dado que se cumplirían los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias números 11/1981, de 8 de abril; 72/1982, de 2 de diciembre y 41/1984, de 21 de marzo): no basta con que la huelga origine un daño a la empresa, sino que es preciso que el daño sea grave y que haya sido buscado por los huelguistas más allá de lo que es razonablemente requerido por la propia actividad conflictiva y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga necesariamente implica.

**Cuarta.-** De acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el cauce idóneo para la declaración de ilegalidad o de abusiva de la huelga es el proceso especial de conflicto colectivo de los artículos 151 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995, iniciado, en este caso, por la patronal, correspondiendo la legitimación para entablar el mismo, como se ha razonado en el Apartado III de este informe, no a "Puertos del Estado", sino a las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba y a la Asociación Nacional de Empresas Estibadoras y Consignatarias (ANESCO).

## **143.- Informe sobre la legalidad del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria**

### **Resumen**

Consulta sobre la legalidad del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria. Legalidad formal del mismo: legitimación de la asociación empresarial ANESCO para la negociación de dicho convenio colectivo; jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre legitimación en el ámbito de la negociación colectiva; falta de legitimación de ANESCO a la vista de lo dispuesto en el art. 87.3 del Estatuto de los Trabajadores; argumentos para ellos derivados de la configuración de las sociedades estatales de estiba y desestiba y del mantenimiento por las mismas de la condición de empresarios respecto de los trabajadores que proporcionan a las empresas de estiba y desestiba a solicitud de las empresas estibadoras. Legalidad material del citado IV Acuerdo: contravención por determinados preceptos del mismo de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre (se extendiendo más allá de los límites legales el concepto de actividades constitutivas del servicio portuario básico de cargue, estiba desestiba y descarga).

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 62/07

**Fecha:** 25 de octubre de 2007

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la legalidad del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria y, en relación con dicha consulta, tiene el honor de informar cuanto sigue:

- | -

El análisis de la legalidad del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria exige diferenciar, por una parte, lo atinente a la legitimación de la organización patronal ANESCO para la negociación del referido Acuerdo y, por otra parte, lo relativo a lo que puede denominarse legalidad de fondo del repetido Acuerdo, es decir, la legalidad de las previsiones contenidas en el mismo.

En relación con lo primero, y por las consideraciones que a continuación se exponen, puede ya anticiparse que ANESCO carece de legitimación para la negociación del Acuerdo de referencia.

La falta de legitimación de la organización patronal ANESCO para la negociación del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, firmado con naturaleza de convenio colectivo de carácter estatal, guarda íntima relación, como seguidamente se expone, con el ámbito personal del Acuerdo al que se refiere el artículo 2 del mismo.

En efecto, el artículo 2 del Acuerdo, referido al ámbito personal del que dimana la supuesta legitimación de ANESCO para la negociación del convenio, afecta, por un lado, a las sociedades estatales de estiba y desestiba, a las agrupaciones portuarias de interés económico constituidas o que se constituyan al amparo de la Ley 48/2003, a las sociedades o entidades de cualquier tipo constituidas o que se constituyan en el ámbito autonómico con igual función, o a las entidades de cualquier naturaleza que se constituyan en los puertos de interés general o de cualquier régimen de la Administración General del Estado o autonómica en sustitución de las mismas o para realizar iguales o similares funciones de organización y gestión de los

profesionales de la estiba portuaria, y, por otro lado, a las empresas estibadoras que realicen el servicio público o básico de estiba y desestiba de buques y las actividades complementarias conforme al artículo 3, a las empresas que, sin ser estibadoras, realicen como actividad principal las actividades complementarias y aquellas otras que hayan recibido autorización, licencia o cualquier otro título administrativo habilitante para la realización de las actividades descritas en el ámbito funcional del repetido Acuerdo.

Pues bien, a primera vista y sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la legitimación, resulta indudable que el Acuerdo cuestionado trata de extenderse no sólo a las sociedades estatales de estiba y desestiba y entidades con iguales funciones del ámbito autonómico o entidades de cualquier naturaleza que se constituyan en puertos de interés general en sustitución de las mismas, con sus propios y específicos esquemas de relaciones laborales y con personal propio –lo que supone que ANESCO se está arrogando una representación que no le corresponde, cual es la de las sociedades estatales de estiba y desestiba (por más que las empresas integradas en ANESCO participen en el capital social de las sociedades estatales de estiba y desestiba)–, sino también de empresas no estibadoras que realizan como actividad principal las actividades complementarias y aquellas otras para las que hayan recibido licencia o cualquier título administrativo habilitante.

No se puede olvidar, en este sentido, que tanto el número 2 como el número 3 del artículo 82 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET) limitan la validez y fuerza vinculante del convenio colectivo al ámbito propio del mismo. De lo que se indica en el artículo 82.2 se deduce que la normativa y mandatos de un convenio colectivo tienen efectividad y vigor únicamente “en su ámbito correspondiente” y el número 3 de dicho precepto precisa que dicha normativa y mandatos obligan “a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación”. Es obvio, por consiguiente, que un convenio colectivo no puede establecer válidamente normas que produzcan sus efectos fuera del ámbito propio del mismo y que las disposiciones que impongan una aplicación que exceda o sobrepase ese ámbito carecerán de validez en lo atinente a tal exceso.

Si lo dicho serviría por sí solo para cuestionar la validez del Acuerdo de que aquí se trata, debe indicarse que el ámbito personal reflejado en el artículo 2 de aquél afecta, a su vez y de una forma muy profunda, a la legitimación de ANESCO para negociar el Acuerdo a la luz de lo dispuesto en el artículo 87 del ET.

Antes de analizar la problemática concreta del Acuerdo suscrito y saliendo al mismo tiempo al paso de las alegaciones de los representantes de la Mesa Negociadora, es necesario hacer un breve resumen de la doctrina jurisprudencial acerca de la legitimación para negociar convenios.

En este sentido, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios y la representatividad justificativa de tal legitimación vienen reguladas en el ET y en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOSL) en forma de derecho necesario, de manera tal que ni siquiera cabría su regulación en el propio convenio colectivo que, en su caso, habría de calificarse como nula si fuese contraria a dichos textos legales o inútil si los reiterase (así, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2003 y 20 de junio de 2006, entre otras). Como se ha dicho, e insiste la primera de esas sentencias, esas normas legales son normas de derecho necesario (*ius cogens*), por lo que no pueden ser desconocidas, modificadas ni alteradas por la negociación colectiva, la cual ha de acatarlas o cumplirlas necesariamente.

En parecidos términos se manifiesta el Tribunal Constitucional cuando afirma que el derecho a la negociación colectiva –contenido adicional del derecho de libertad sindical– es un derecho esencialmente de configuración legal, lo que implica, entre otras cosas, que sus titulares no son libres para ejercerlo de modo incondicionado, sino que han de sujetarse a la normación legal sobre los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas gene-

rales del procedimiento, de forma y manera que los “cauces”, como se afirma literalmente en la sentencia del Alto Tribunal nº 101/1996, de 11 de julio, que sirven de marco legal y en el seno de los cuales se articula y desarrolla la negociación colectiva de los titulares del derecho homónimo, resultan indisponibles para cualquiera de los interlocutores (sentencias nos 80/2000, de 27 de marzo, fundamento jurídico 6 y 85/2001, de 26 de marzo, fundamento jurídico 6).

Sobre el tema general de la legitimación en el ámbito de la negociación colectiva se distinguen tres sucesivos niveles:

- a) La legitimación inicial, que se entronca con la representatividad, en los términos previstos en los artículos 37.1 de la Constitución, 82 y 87 del ET y 6 de la LOLS, de manera que cuantos acrediten la cualidad de representantes de los empresarios o de los trabajadores tienen, en principio, legitimación para negociar, siquiera ello no sea suficiente para suscribir el pacto, dado que el sistema español se asienta sobre el principio de corrección que supone limitar el número máximo de personas físicas que realmente pueden negociar (artículo 88.3 del ET: 15 para los convenios de ámbito superior a la empresa y 12 en los demás).
- b) La legitimación plena, que se determina en cada caso concreto por el nivel o grado de representatividad acreditada, pero proyectada ya sobre los ámbitos del convenio y la composición de la mesa negociadora, de tal modo que sólo los legitimados inicialmente pueden ocupar algún puesto en la mesa de negociaciones en proporción a la representatividad real.
- c) La legitimación negociadora, que es una cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones (artículo 89.3 del ET y sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre y 19 de noviembre de 2001, 5 de noviembre de 2002 y 20 de junio de 2006).

Tratándose de asociaciones empresariales, con la entrada en vigor de la Ley 11/1994 la legitimación inicial –artículo 87.3 del ET– requiere que cada asociación, no el conjunto de las que concurren, cumpla la doble exigencia de que formen parte de la misma el 10 por 100 de las empresas del sector y que tales empresas ocupen el 10 por 100 de los trabajadores afectados; y la legitimación plena –artículo 88.1 del ET– queda ya referida al conjunto de todas las asociaciones, no a cada una de ellas (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1996, 19 de noviembre de 2001 y 21 de noviembre de 2002).

Dicho lo anterior, y pasando ya al caso concreto suscitado, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado considera que ANESCO carece de legitimación para la negociación del Acuerdo firmado, que tiene la naturaleza de convenio colectivo de ámbito estatal.

En primer término, y tal y como se ha expuesto, la legitimación inicial para la firma del Acuerdo exige que la organización patronal de que se trate cuente con el 10 por 100 de los empresarios, en el sentido del artículo 1.2 del ET, siempre que éstos den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados (artículo 87.3 del ET). Pues bien, según el cuadro existente en la documentación remitida a este Centro Directivo, en el que se consigna por cada puerto el nivel de contratación de trabajadores portuarios por parte de las empresas estibadoras, el nivel de contratación, en su conjunto, es inferior al 10 por 100 de trabajadores. Este es el porcentaje que se exige para la representación en la Mesa Negociadora, ya que la firma de un convenio colectivo exige que la asociación o asociaciones empresariales firmantes cuenten entre sus asociados con empresas que ocupen al menos el 51 por 100 de los trabajadores que desempeñan su trabajo en el ámbito funcional pactado.

La representación de la Mesa Negociadora argumenta que dan “ocupación efectiva” a los trabajadores portuarios y que el artículo 87.3 del ET (y, por extensión, el artículo 88.1, in fine) habla de “dar ocupación”, no de contratar. Pues bien, a ello hay que objetar que la referencia

que se hace en dicho precepto a dar ocupación efectiva no puede entenderse como algo contrapuesto a contratación, sino más bien todo lo contrario, es decir, la ocupación a que se refiere ese precepto presupone la contratación o, si se quiere, es sinónimo de contratación, por lo que resulta obvio que para reconocer la legitimación inicial a las asociaciones empresariales es necesario que tengan “contratados” y no sólo ocupados al 10 por 100 de los trabajadores afectados.

En el presente caso, aunque las empresas integradas en ANESCO dan ocupación efectiva a trabajadores portuarios, no media entre éstos y las primeras una relación laboral, pues la misma se mantiene únicamente entre la sociedad proveedora de personal (la respectiva sociedad estatal de estiba y desestiba) y dichos trabajadores portuarios.

Como se indica en el escrito presentado por Puertos del Estado ante la Dirección General de Trabajo el 30 de julio de 2007, las empresas estibadoras cuentan con una licencia que las habilita para prestar servicios de estiba, concretamente, para las actividades relacionadas en el artículo 85.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general. Para la realización de dichas actividades deben emplear personal portuario en régimen de relación laboral común. Ahora bien, y debido a la irregularidad del tráfico marítimo portuario, cuando las empresas estibadoras no cuenten con suficiente personal portuario propio (en relación laboral común) han de acudir a las sociedades estatales de estiba y desestiba formulando una solicitud de trabajadores que están vinculados a dichas sociedades estatales en régimen de relación laboral especial (artículo 2.1.h) del ET). La respectiva sociedad estatal proporciona esos trabajadores en función de la solicitud formulada por la empresa estibadora, pero en ningún momento dicha sociedad estatal pierde la cualidad de empresario de esos trabajadores de relación laboral especial (artículo 11 del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, regulador del Servicio Público de Estiba y Desestiba).

De admitirse la tesis de ANESCO, es decir, que lo determinante sea dar “ocupación”, sin vínculo contractual, podría considerarse que, por ejemplo, el personal de las empresas de seguridad, de limpieza, de electricidad, etc., que presta servicios en las empresas estibadoras tendría cabida en ese porcentaje. Se confunde la contratación de trabajadores con la contratación de servicios entre empresas. Los trabajadores de cualquier empresa de prestación de servicios tienen “ocupación” en otra empresa, por ser ésta cliente de su empleador. Desde ese punto de vista, el cliente, en efecto, da ocupación a los trabajadores de la empresa contratada, pero no establece ningún vínculo laboral con ellos, exigencia implícita del artículo 87.3 del ET para legitimar a la asociación empresarial correspondiente a fin de negociar un convenio que afecte a ese personal.

Como termina diciendo en este punto el citado escrito de Puertos del Estado, que esta Abogacía General del Estado hace suyo, el hecho de que el IV Acuerdo invente fórmulas de adscripción distintas a la rotación y a la relación laboral común como la contenida en el artículo 8.1.b) del mismo y que, de esta forma, se trate de dar cumplimiento a la exigencia del artículo 87.3 del ET constituye una evidencia de que los firmantes son conscientes de la ilegalidad del pretendido acuerdo. Es más, se llega a dedicar una disposición, la adicional 5ª, para tratar de justificar su falta de legitimación para negociar y su incumplimiento de la obligación de contratar a trabajadores portuarios en relación laboral común para cubrir, al menos, una cuarta parte de las actividades integrantes del servicio portuario de estiba, tal y como ordena la Ley 48/2003.

Por otro lado, y como ya se indicó anteriormente, el Acuerdo en cuestión se pretende extender a empresas no estibadoras y trabajadores no portuarios (que realicen actividades en su ámbito funcional). Es patente igualmente, desde esta perspectiva, la falta de legitimación de ANESCO, por cuanto que esta organización patronal representa a empresas estibadoras y a empresas consignatarias, pero en absoluto representa ni puede representar a empresas no estibadoras, con sus propios esquemas de relacionales laborales y su propio convenio sectorial. De esta forma, y como se indica en el repetido escrito de Puertos del Estado, se



acaba con cualquier fórmula alternativa de gestión de estas actividades complementarias, imponiendo unas condiciones que harían inviable la existencia de empresas no estibadoras en la prestación de servicios complementarios y para los que pretenden una reserva por vía convencional que se suma a la que ya cuentan por vía legal.

Por último, también desde esta perspectiva de la legitimación y en línea con lo anteriormente expuesto, ANESCO se está arrogando la representación de las sociedades estatales de estiba y desestiba y de las organizaciones de empresas estibadoras, que se ven incluidas en el ámbito personal del Acuerdo (artículo 2.1.1).

Las sociedades estatales de estiba y desestiba, según el artículo 7 del Real Decreto-Ley 2/1986, tienen como objeto asegurar la profesionalidad de los trabajadores que desarrollen actividades portuarias y suministrar personal portuario en los términos del Título IV de dicho Real Decreto-Ley, pero en ningún caso la prestación de servicios de estiba y desestiba. Son sociedades especializadas en mano de obra portuaria, cuya dinámica de funcionamiento es muy similar a las empresas de trabajo temporal (artículo 11 del Real Decreto-Ley 2/1986). No hay duda alguna, en este sentido, de que las sociedades estatales citadas tienen la consideración de empresarios que disponen de una serie de trabajadores en régimen laboral especial, como reza el artículo 11 del citado Real Decreto-Ley, "con los derechos y obligaciones específicos en materia de organización del trabajo y condiciones de desarrollo del mismo que a las empresas estibadoras se atribuye en el título regulador de la relación laboral especial"; por lo que, en virtud de lo prevenido en dicho precepto legal, no puede ANESCO asumir su representación para negociar un Acuerdo con naturaleza de convenio colectivo de ámbito estatal. Lo mismo puede decirse de las organizaciones de empresas estibadoras. ANESCO agrupa a empresas estibadoras y consignatarias, pero en ningún caso a sociedades estatales o autonómicas de estiba y desestiba.

La transformación de las sociedades estatales en agrupaciones portuarias de interés económico (APIEs) se sitúa en un marco competencialmente distinto del de las relaciones laborales. El Acuerdo, en su artículo 2.1.1, dispone que afectará también a las APIEs, constituidas o que se constituyan en el futuro al amparo de la Ley 48/2003, sin que, de nuevo, ANESCO ostente representatividad alguna sobre las mismas.

Por último, el Acuerdo regula, además de las relaciones laborales, el funcionamiento de las sociedades estatales, tal y como se desprende de una simple lectura de su articulado.

No se puede terminar el análisis de la cuestión relativa a la legitimación de ANESCO, sin hacer referencia al reproche que se hace por la representación de la Mesa Negociadora a Puertos del Estado, consistente en que en anteriores Acuerdos, e incluso en el presente, esta entidad pública ha admitido la legitimación negociadora de ANESCO, reconociéndose, por tanto, a esta asociación empresarial como interlocutor válido. Se podía hablar, incluso, de un acto propio por parte de Puertos del Estado contra el que esta entidad pública no podría ir válidamente con posterioridad.

Para rebatir esta alegación es preciso, en primer término, insistir en el carácter de normas de derecho necesario y de orden público que tienen las normas reguladoras de la legitimación, como ha reconocido reiterada doctrina jurisprudencial de la que se ha hecho mención anteriormente. Según ella, cualquier regulación o admisión tácita o expresa en el seno de una negociación colectiva de la legitimación de una asociación empresarial en contra de las previsiones del ET sería nula.

Por otro lado, tampoco podría invocarse la doctrina de los actos propios, que exige y requiere que los mismos se realicen con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando y definiendo la correspondiente situación jurídica, debiendo ser concluyente y definitivo (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1987, 15 de junio de 1989, 27 de julio de 1990 y 10 de junio de 1994, entre otras muchas), y que, en el presente caso, se concretaría en el hecho de que Puertos del Estado haya admitido la legitimación de ANESCO para la firma de anteriores Acuerdos, contra lo que Puertos del Estado no podría ir válidamente con

posterioridad, pues para que esa doctrina pudiera ser aplicada, siendo algo que va implícito en ello, sería necesario siempre encontrarse ante un acto inicial, válido y conforme a Derecho, circunstancia que no concurre en el caso de que se trata, en el que el acto inicial expreso o tácito de reconocimiento o admisión, por parte de Puertos del Estado, de la legitimación de ANESCO, resulta contrario a una norma de derecho necesario, no disponible para las partes negociadoras.

En suma, y a modo de recapitulación de todo lo dicho, debe concluirse en la falta de legitimación de ANESCO para la negociación del Acuerdo de continua referencia.

- II -

El examen de la legalidad de fondo del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria exige tomar en cuenta, a la vista de las consideraciones que se recogen en el escrito presentado por el Presidente de la entidad pública Puertos del Estado ante la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el 30 de julio de 2007, las previsiones que en dicho Acuerdo se contienen en punto al ámbito funcional del mismo.

En este sentido, y como quiera que el artículo 3.1 del Acuerdo dispone que “el presente Acuerdo regula las relaciones laborales entre las Empresas y Trabajadores descritos en el ámbito personal, que intervengan en la realización de las actividades portuarias constitutivas del servicio público o básico de estiba y desestiba de buques y en las actividades y labores complementarias que se relacionan en el artículo 3.4”, procede examinar, en primer lugar, lo relativo a las actividades constitutivas del servicio público de estiba y desestiba y, tras ello, analizar lo concerniente a las actividades complementarias.

Actividades constitutivas del servicio público de estiba y desestiba

- Artículo 3.2.2

Este precepto alude a “la descarga, arrastre hasta lonja y almacén, y a cuantos trabajos se deriven de la manipulación del pescado fresco, provenientes de buques de más de 100 toneladas de registro bruto, salvo que dichas actividades sean realizadas por los tripulantes del propio buque, como consecuencia de pacto colectivo...”

Dado que, a la vista del artículo 3.1 del Acuerdo, antes transcrito, en relación con el artículo 3.4, en el que se definen las actividades complementarias, la previsión del artículo 3.2.2 sólo puede entenderse como inclusión de las actividades que en él se describen en las actividades constitutivas del servicio público de estiba y desestiba de buques, el precepto convencional que ahora se analiza infringe la legislación vigente.

En efecto, ya el artículo 2.f) del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, excluía de la consideración de actividades integrantes del servicio público de estiba y desestiba de buques “la descarga, arrastre hasta lonja y almacén y cuantos trabajos se deriven de la manipulación del pescado fresco, provenientes de buques de menos de 100 toneladas de registro bruto o de los que superen dicho registro, siempre que como consecuencia de pacto dichas labores sean realizadas por los tripulantes del buque”. Pues bien, con una fórmula más amplia, que elimina los límites y condicionamientos que establecía el precepto que acaba de transcribirse, el artículo 85 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general excluye del servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías, las actividades relativas a la pesca fresca. Así, el artículo 85.1 dispone que “se consideran integradas en este servicio portuario las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías objeto de tráfico marítimo, que permitan su transferencia entre buques, o entre éstos y tierra u otros medios de transporte”, estableciendo, por su parte, el apartado 2 de dicho precepto que “a los efectos establecidos en este artículo, no tendrán la consideración de mercancía objeto de tráfico marítimo:

... c) La pesca fresca, el bacalao verde y sus productos elaborados a bordo.” Resulta así claro que, teniendo por objeto el servicio portuario básico de carga, estiba, descarga y desestiba las mercancías que sean objeto de tráfico marítimo, no podrá apreciarse la concurrencia de dicho servicio cuando no recaiga sobre mercancías objeto de tráfico marítimo como es el caso de la pesca fresca, al no tener ésta el carácter de mercancía objeto de tráfico marítimo por expresa indicación del artículo 85.2.c) de la Ley 48/2003.

En conclusión, y como se ha dicho, la previsión del artículo 3.2.2 del IV Acuerdo infringe lo dispuesto en el artículo 85.2.c) de dicho texto legal.

- Artículo 3.2.3

Se refiere este precepto convencional, para incluirlas en la actividad de servicio portuario básico de que se trata, a “las operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba, transbordo y labores complementarias definidas en el artículo 3.4 y que se realicen en instalaciones portuarias en régimen de concesión, salvo que se refiera a mercancías del titular de una planta de transformación o instalación industrial o a una empresa de su mismo grupo empresarial, no abierta al tráfico comercial general.”

A tenor de esta previsión y como se desprende de su simple lectura, las operaciones que en la misma se recogen se incluyen en el servicio portuario básico de carga, estiba, desestiba y descarga, con la excepción de que la mercancía sea del titular de la planta de transformación o instalación industrial, por lo que, tratándose de mercancías de dicho titular, tales operaciones no se incluyen en el referido servicio portuario básico.

Pues bien, esta configuración resulta también contraria a las previsiones de la Ley 48/2003, más concretamente, a lo establecido en su disposición adicional séptima, tal y como seguidamente se expone.

La disposición adicional séptima de la Ley 48/2003, bajo la rúbrica de “régimen laboral aplicable al personal que realice actividades que constituyen el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías,” establece que “el régimen laboral aplicable a los estibadores portuarios de las agrupaciones portuarias de interés económico (en esta figura han de transformarse las sociedades estatales de estiba y desestiba) que realicen las actividades que constituyen el servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías será el establecido en los títulos IV y V del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el Servicio de Estiba y Desestiba de Buques y normativa que lo desarrolla, en lo que no se oponga a las disposiciones de esta Ley.” Tras esta prescripción, dicho precepto introduce una excepción a esa regla, al indicar que “no obstante lo anterior, no será de aplicación el régimen previsto en dicha norma a las actividades de carga, estiba, desestiba, descarga y transborde de mercancías siguientes: a) Las que se realicen en instalaciones portuarias otorgadas en régimen de concesión al titular de una planta de transformación o instalación industrial o a una empresa de un mismo grupo empresarial, no abierta al tráfico comercial general, en la que se manipulen mercancías directa y exclusivamente vinculadas con la referida planta o instalación de procesamiento industrial y está expresamente identificada en el título concesional.”

La disposición adicional séptima.1 de la Ley 48/2003 establece, pues, una regla general y una excepción a la misma. La regla general consiste en la aplicación del régimen establecido en los títulos IV y V del Real Decreto-Ley 2/1986 a los estibadores portuarios de las agrupaciones portuarias de interés económico que realicen las actividades constitutivas del servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías; la excepción consiste en que el régimen establecido en esos títulos no es aplicable cuando se trata de las actividades descritas en el epígrafe a). Pues bien, tratándose de las actividades descritas en el epígrafe a) de la disposición adicional séptima.1 del citado texto legal, en ningún caso es aplicable el régimen laboral establecido en los títulos IV y V del Real Decreto Ley 2/1986, siendo, en consecuencia, indiferente que la mercancía sea o no de propiedad del titular de la planta de transformación o instalación industrial; es por ello por lo que ha de entenderse que la previ-

sión del artículo 3.2.3 del IV Acuerdo contraviene la Ley 48/2003, por cuanto que extiende el ámbito funcional de dicho Acuerdo a actividades que se sitúan al margen del ámbito de aplicación del citado Real Decreto-Ley (Títulos IV y V).

- Artículo 3.2.5

Incluye en la actividad de servicio portuario básico de carga, estiba, descarga, desestiba y transporte de mercancías a “las operaciones de sujeción, trinca, suelta, excepto cuando sean realizadas a bordo por la tripulación”

El artículo 85.3.e) de la Ley 48/2003 niega la consideración de servicio portuario básico (es decir, niega la consideración de servicio de carga, estiba, desestiba, descarga y transporte de mercancías) a “las labores complementarias de sujeción y trincaje cuando sean realizadas por las tripulaciones de los buques.” Dado que el artículo 85.3.e) de dicho texto legal no condiciona o supedita la negación de la consideración de servicio portuario básico de las actividades que en dicho precepto se describen a que las mismas sean realizadas (por la tripulación) a bordo del buque, circunstancia a la que para nada se refiere aquella norma legal, carece de fundamento jurídico la previsión del artículo 3.2.5 del IV Acuerdo. Dicho en otros términos, resulta contrario a la Ley 48/2003 –artículo 85.3.e)– que se incluya en el servicio portuario básico de que se trata las tareas de sujeción y trincaje salvo cuando sean realizadas a bordo, pues en todo caso esas actividades no tienen la consideración de servicio portuario básico, siendo indiferente que se realicen a bordo del buque o no, operándose, por ende, una extralimitación del ámbito funcional del IV Acuerdo.

- Artículo 3.2.6

Esta previsión convencional incluye igualmente en el servicio portuario básico de carga, estiba, descarga, desestiba y transbordo de mercancías las operaciones de “puesta y retirada de calzos, caballetes, manipulación de manivelas y cualquier otro utensilio en las operaciones de buques de carga rodadas” Atendida la naturaleza de esta actividad, la misma tiene por fin la sujeción y suelta de mercancías, por lo que cabe entender que resulta aplicable lo dicho a propósito del artículo 3.2.5 del IV Acuerdo; así esa actividad no tiene la consideración de servicio portuario básico cuando la realicen las tripulaciones de los buques, la hagan o no a bordo. En consecuencia y en la medida en que la previsión de que ahora se trata se formula con generalidad, tampoco se respeta la norma del artículo 85.3.e) de la Ley 48/2003.

- Artículo 3.2.7

Con arreglo a esta norma convencional, se incluye en el servicio portuario básico de continua referencia “el manejo de grúas y maquinillas de cualquier tipo y otros aparatos o elementos mecánicos cuando se utilicen en las operaciones portuarias, se exceptúa el manejo de medios mecánicos propiedad de la Autoridad Portuaria cuando sean manipulados por personal de la propia Autoridad...”

La cuestión que suscita esta norma convencional no se refiere a la regla general (consideración como servicio portuario básico de la actividad consistente en manejo de grúas, maquinillas u otros aparatos o elementos mecánicos), sino a la excepción (no se considera como servicio portuario básico el manejo de medios mecánicos propiedad de la Autoridad Portuaria cuando sean manipulados por personal de la propia entidad pública). El artículo 85.3.a) de la Ley 48/2003 niega la consideración de servicio portuario básico a la actividad consistente en “el manejo de medios mecánicos propiedad de la Autoridad Portuaria...” Se suscita así el interrogante de si la previsión del artículo 85.3.a) de la Ley de continua referencia exige solamente que los medios mecánicos sean propiedad de la Autoridad Portuaria respectiva o si, por el contrario, es necesario, además, que esos medios mecánicos sean manejados por personal de la Autoridad Portuaria. A juicio de este Centro Directivo, basta con que los medios mecánicos sean de propiedad de la Autoridad Portuaria, sin que deba exigirse que sean manipulados por personal de la propia Autoridad Portuaria, y ello en razón de las dos siguientes consideraciones: 1) Que el artículo 85.3.a) de la Ley 48/2003 sólo alude a que los

medios sean propiedad de la Autoridad Portuaria, sin ulterior distinción de si esos medios son o no manipulados por personal de esa entidad pública, por lo que debe estarse al criterio de interpretación “ubi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus” (donde la ley no distingue, no debe hacerse distinción); es más, si el requisito de que los medios mecánicos deben ser manipulados por personal de la propia Autoridad Portuaria es un requisito esencial sin el cual no puede apreciarse el supuesto del artículo 85.3.a) de la Ley 48/2003, lo lógico es que este texto legal lo hubiera exigido expresamente; y 2) Que el propio artículo 85.3.a) excluye también de la consideración de servicio portuario básico “la manipulación de mercancías del Ministerio de Defensa, salvo que en este último caso el servicio se realice por una empresa titular de una licencia de servicio básico de carga, estiba, desestiba, descarga y transbordo de mercancías”, por lo que si en el caso de manipulación de mercancías del Ministerio de Defensa se prevé que la manipulación se puede hacer por una empresa (supuesto en el que la actividad tiene la consideración de servicio portuario básico no bastando, por tanto, que la mercancía sea propiedad de ese Departamento ministerial), previsión que no se establece para el caso de medios mecánicos de propiedad de la Autoridad Portuaria, ello confirma que basta con que los medios sean de propiedad de la Autoridad Portuaria para que no surja el servicio portuario básico.

Así las cosas, no resulta conforme al artículo 85.3.a) de la Ley 48/2003 que el artículo 3.2.7 del IV Acuerdo supedite la excepción que establece al supuesto de que los medios mecánicos de la Autoridad Portuaria sean manipulados por personal de la respectiva entidad pública.

- Artículo 3.2.8

Se alude en este precepto convencional, para incluirlo en el servicio portuario básico de continua cita a “el embarque y desembarque de camiones, automóviles y cualquier otra clase de vehículos a motor, excepto cuando esas operaciones sean realizadas por sus propietarios, usuarios o conductores habituales dependientes de aquellos...” Esta previsión, a reserva de lo que seguidamente se indicará, no resulta contraria a la Ley 48/2003, ya que el artículo 85.3.c) de este texto legal niega la consideración de servicio portuario básico al embarque y desembarque de camiones, automóviles y cualquier clase de vehículos a motor cuando se realice por sus propietarios, usuarios o conductores habituales dependientes de aquéllos, y el artículo 3.2.8 del Acuerdo considera como servicio portuario básico el embarque y desembarque de camiones, automóviles y cualquier clase de vehículos a motor excepto cuando esas operaciones sean realizadas por sus propietarios, usuarios o conductores habituales dependientes de aquéllos. Hay, pues, concordancia entre el precepto legal y la norma convencional.

Ahora bien, el párrafo segundo del artículo 3.2.8 del IV Acuerdo añade que “en ningún caso se consideran conductores habituales a los empleados de empresas receptoras que embarquen o desembarquen más de un vehículo desde o hasta fuera del puerto, aun en el caso de que viajen con los mismos”. Se suscita así la cuestión de la corrección de esta delimitación, en forma negativa, de lo que son conductores habituales, ya que si dicha delimitación es incorrecta se estará incidiendo en la definición de lo que va a tener la consideración de servicio portuario básico: si se niega más de lo debido el concepto de conductor habitual se estará ampliando (por vía convencional) más allá de lo establecido legalmente lo que es servicio portuario básico.

Planteadas así la cuestión, y dado que el artículo 85.3.c) de la Ley 48/2003 no define específicamente lo que se entiende por conductor habitual, habrá que estar al significado común de esa locución, que no es otro que su sentido gramatical. Pues bien, refiriendo dicha locución una idea de reiteración o repetición en el tiempo del ejercicio de una actividad respecto de una misma cosa, como así se desprende de los términos “habitual” y “hábito” (acepciones 2 y 3 del Diccionario de la Real Academia Española), no puede sostenerse que la delimitación negativa que del concepto de conductor habitual hace la previsión convencional sea inexacta, ya que el hecho de que una persona embarque o desembarque más de un vehículo hace que no pueda

ser considerada conductor habitual de un determinado vehículo; dicho en otros términos, el conductor habitual de un vehículo es quien maneja el mismo de forma continuada, y esta circunstancia no puede apreciarse en quien no maneja el mismo vehículo, sino varios, embarcándolos y desembarcándolos.

Debe, pues, concluirse que el precepto convencional de que se trata no infringe la Ley 48/2003, por lo que no puede atribuírsele tacha de ilegalidad.

- Artículo 3.2.10

Este precepto convencional extiende el ámbito funcional del IV Acuerdo a “los servicios portuarios prestados en terminales dedicadas, en régimen de autoprestación o autoservicio o en las autopistas del mar o tráfico marítimo de corta distancia y aquéllos otros que estratégicamente se consideren oportunos en cada Puerto, en los términos y condiciones establecidos por la legislación vigente.”

Dado que la Ley 48/2003 otorga un tratamiento específico y diferenciado a la autoprestación de servicios portuarios básicos, así como a la integración de los mismos (artículos 73 a 75), y ello en razón de sus singulares características, ese tratamiento específico y diferenciado viene a quedar eliminado con la previsión del artículo 3.2.10; lo mismo puede decirse respecto de las autopistas del mar o tráfico marítimo de corta distancia.

- Artículo 12

Al tratar de los grupos profesionales, se prevé como cometido del grupo de Especialistas “la manipulación de ascensores de los buques que los utilicen en la carga y descarga de mercancías, cuando así lo atribuya el convenio colectivo local” (artículo 12, Grupo I, punto 4). Pues bien, el artículo 85.4 de la Ley 48/2003 dispone que “la Autoridad Portuaria podrá autorizar al naviero el manejo de medios de carga y descarga propios del buque cuando se ejecute con personal del buque, una vez se acredite, mediante la presentación de los oportunos certificados de las autoridades competentes, si procede la idoneidad de los medios técnicos empleados y la cualificación del personal que los maneje...” A la vista del precepto que acaba de transcribirse, la previsión del artículo 12, Grupo I, punto 4 sólo puede entenderse ajustada a la Ley 48/2003 cuando no se cumpliera el supuesto del artículo 85.4 del citado texto legal. Así las cosas, y dado que la previsión convencional para nada se refiere a ello, apareciendo formulada en términos generales, no cabe entender que se ajuste a dicho precepto legal.

Al tratar igualmente de los grupos profesionales, se prevé como cometido del grupo de Oficiales Manipulantes la “manipulación de maquinaria de extracción de mercancía por aspiración (chuponas)” –artículo 12, Grupo II, punto 13–. En relación con esta previsión convencional, debe indicarse que el artículo 85.3.g) de la Ley 48/2003 niega la consideración de servicio portuario básico a “las operaciones de carga, descarga y transbordo si se realiza por tubería.” Ante esta previsión legal, de apreciarse similitud sustancial entre el mecanismo o maquinaria de extracción a que alude el artículo 12, Grupo II, punto 13 del IV Acuerdo y el mecanismo (tubería) a que alude el artículo 85.3.g) de la Ley 48/2003, lo que este Centro Directivo no puede precisar con la seguridad necesaria por tratarse de una cuestión técnica ajena a su competencia, la referida previsión convencional sería contraria al citado precepto legal.

### **Actividades complementarias**

Analizado lo relativo a las actividades constitutivas del servicio público de estiba y desestiba, debe, finalmente, hacerse referencia a las actividades complementarias.

El artículo 3.4 del IV Acuerdo dispone que “tendrán la consideración de actividades complementarias las que –sin tener el carácter de servicio público o básico– sean desarrolladas por las empresas indicadas en el ámbito personal”, distinguiendo a renglón seguido este precepto convencional entre labores portuarias de entrega y recepción de mercancías que estén vinculadas directamente con la actividad de estiba, desestiba, carga y descarga de

buques y aquellas actividades o labores que no están directamente vinculadas a las operaciones del buque, precisando quiénes han de realizar estas últimas.

Definidas así las actividades complementarias (que el IV Acuerdo enumera a título ejemplificativo), no puede desconocerse que algunas de ellas constituyen actividades profesionales que son objeto de otros convenios colectivos que se refieren a sectores de la actividad distintos y que han sido concertados por otros agentes, lo que tiene por consecuencia la inaplicación o desplazamiento de esos otros convenios, lo que no resulta admisible.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La asociación empresarial ANESCO carece de legitimación para la negociación del IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria.

**Segunda.-** Por las consideraciones expuestas en el apartado II del presente informe, las previsiones contenidas en los artículos 3.2.2; 3.2.3; 3.2.5; 3.2.6; 3.2.7; 3.2.10 y artículo 12 (Grupo I, punto 4 y Grupo II, punto 13) del Acuerdo reseñado en la anterior conclusión no se ajustan a la legalidad vigente.

## **144.- Informe sobre acuerdo transaccional entre la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de la Luz y Las Palmas y la Autoridad Portuaria de Las Palmas.**

### **Resumen**

Consulta sobre proyecto de informe elaborado por el Abogado del Estado Coordinador del convenio de asistencia jurídica con la Autoridad Portuaria de Las Palmas sobre acuerdo transaccional entre la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de la Luz y de Las Palmas (SAGEP) y la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

La Autoridad Portuaria, al no estar incluida en el ámbito de aplicación y concepto de la Hacienda Pública estatal previsto en el artículo 5 de la Ley General Presupuestaria y dada la naturaleza privada de las materias sobre las que se transige, no está sujeta a los requisitos de forma previstos en el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria.

El acuerdo transaccional previsto cumple con los requisitos materiales exigidos por la doctrina jurisprudencial, aplicados en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, para la admisión de un contrato de transacción. Insuficiencia de la garantía pignoratícia ofrecida consistente en el 50% de la recaudación total anual abonada a la SAGEP por las empresas estibadoras en concepto de Cuota Fija de la Tarifa Máxima Empresarial. Necesidad de sustituirla por una garantía en forma de aval bancario o seguro de caución solidario prestado por los socios de la SAGEP por importe proporcional a su participación en el capital de la misma. Si los socios acreditan y justifican documentalmente la imposibilidad de obtener la anterior garantía, solo quedaría ya la responsabilidad personal de los socios a la que se refiere el artículo 147 del TRLPEMM, debiendo la Autoridad Portuaria valorar la suscripción del acuerdo transaccional con esta simple garantía personal y mancomunada de los accionistas de la SAGEP.

**Ref:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 32/14(R-1052/14)

**Fecha:** 19 de enero de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Subdirección General de los Servicios Consultivos ha examinado, al amparo de lo previsto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado y en la Instrucción 1/2005, de 22 de junio, sobre régimen de coordinación de los Convenios de Asistencia Jurídica, el proyecto de informe elaborado por el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con la Autoridad Portuaria de Las Palmas sobre el acuerdo transaccional entre la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de la Luz y de Las Palmas (SAGEP) y la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

Con carácter general, esta Subdirección General, se muestra conforme con las conclusiones a las que el Abogado del Estado consultante llega en el proyecto de informe, aunque entiendo necesario efectuar diversas consideraciones que dejen clara la posición del mismo.

En primer lugar, tanto por aplicación de la doctrina de la Abogacía General del Estado como de la doctrina del Consejo de Estado, contenida en el proyecto de informe, la Autoridad Portuaria de Las Palmas, para suscribir el acuerdo transaccional, no está sujeta a los requisitos previstos en el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (autorización por Real Decreto del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno) no solo desde el punto de vista subjetivo, al no estar incluida en el ámbito de aplicación y concepto de la Hacienda Pública estatal previsto en el artículo 5 de la Ley, sino también desde el punto de vista objetivo en atención a la naturaleza privada de las materias sobre las que se transige.



En segundo lugar, en el acuerdo transaccional previsto, más concretamente, en el punto primero (Actuaciones en los procesos judiciales en marcha), tal y como se analiza con detalle en el proyecto de informe y con las matizaciones realizadas en el mismo, en especial la relativa al alcance de la renuncia a “cualesquiera acciones legales” (letra D), concurren los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial, aplicados en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, para la admisión de un contrato de transacción.

En tercer lugar, y con respecto a la llamada “Financiación de la SAGEP”; a que se refiere el punto segundo del acuerdo transaccional, siendo correctas las consideraciones realizadas en el proyecto de informe (pág. 9) acerca de la necesidad de concretar en el apartado 2 el importe concreto y detallado de las cantidades debidas por la SAGEP a la Autoridad Portuaria, abonadas por esta entidad pública en concepto de avalista, y las relativas a la asunción de una deuda futura por parte de la Autoridad Portuaria o, si se prefiere, al reconocimiento por parte de la SAGEP de una nueva obligación financiera frente a la Autoridad Portuaria (punto segundo, apartado 4), es preciso hacer unas consideraciones generales en relación a la garantía propuesta.

Esa garantía consiste en la pignoración a favor de la Autoridad Portuaria del 50% de la recaudación total anual abonada a la SAGEP por las empresas estibadoras en concepto de Cuota Fija de la Tarifa Máxima Empresarial (punto segundo, apartado 5).

Pues bien, en primer término y como bien dice el proyecto de informe, resulta difícil admitir que, como garantía de la devolución de un préstamo, se ofrezcan recursos propios de la entidad, es decir, ingresos con los que presumiblemente debería hacer frente a la amortización de cuotas, en la medida que se estaría admitiendo como garantía lo que, al mismo tiempo, constituye fuente de financiación o medio de pago para hacer frente al préstamo, de tal forma que cualquier incumplimiento del pago de esa cuota conllevaría la ineficacia de la garantía constituida, máxime cuando esos mismos recursos han sido insuficientes desde el año 2007 para hacer frente a la deuda histórica que arrastra la entidad o, con mayor proximidad en el tiempo, para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de préstamo suscrito con La Caixa el 31 de julio de 2009.

Es más, como se deduce del informe de la Asesoría Jurídica de la Autoridad Portuaria y del propio proyecto de informe, hay serias dudas acerca de la legalidad de dicha Cuota Fija y sobre la suficiencia de la misma, al aparecer limitada a los ingresos anuales y al 50% de la recaudación de la misma, destinándose el otro 50% a reducción del déficit histórico (punto segundo, apartado 1).

En otras palabras, la garantía en cuestión no resulta consistente para responder de las obligaciones económicas de la SAGEP derivadas del acuerdo transaccional previsto. Se desconoce su base normativa, quiénes son los posibles deudores de la Cuota Fija indicada, los procedimientos para su exigencia, si su cuantía estimada, en caso de recaudarse, es suficiente para hacer frente a la deuda derivada del aplazamiento concedido, etc., circunstancias todas ellas de necesario examen y ponderación cuando se ofrece cualquier tipo de garantía. Prueba de su inconsistencia, como también dice el proyecto de informe es que en el propio acuerdo (punto segundo, apartado 5) se indica que, en caso de insuficiencia de la garantía ofrecida, los socios de la SAGEP se comprometen a ampliar el concepto e importe, si resultare necesario, de las hipotecas mobiliarias (como se indica en el informe de la Asesoría Jurídica de la Autoridad Portuaria, se desconoce sobre qué bienes se ha constituido, el valor de los mismos, etc.) que, de forma individual, tienen prestadas a la SAGEP a modo de garantía de cumplimiento de sus obligaciones de pago.

Por todo ello, se considera que la mejor garantía que puede prestarse para responder del pago de las cantidades aplazadas debe ser la constitución por los socios de la SAGEP, por importe proporcional a su participación en el capital social de la misma, de una garantía en forma de aval bancario de entidad de crédito de primer orden o seguro de caución con compañía de seguros de primer orden, con carácter solidario de esas entidades, con renuncia

expresa a los beneficios de orden, división y excusión y con compromiso de pago al primer requerimiento de la Autoridad Portuaria. Dicha garantía tendrá validez en tanto no se hayan extinguido y liquidado todas y cada una de las obligaciones contraídas por la empresa avalada y la Autoridad Portuaria haya autorizado su concesión y, lo que es muy importante, subsistirá en el supuesto de extinción de la personalidad jurídica de la SAGEP habida cuenta de los riesgos que para su subsistencia supone la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, que considera contrario al Derecho Comunitario el marco legal de la estiba en España.

Para el caso de que todos o alguno de los socios acrediten y justifiquen documentalmente la imposibilidad de obtener la garantía a la que se ha hecho mención, solo quedaría ya la responsabilidad personal de los socios a que se refiere el artículo 147 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, según el cual “los accionistas de la SAGEP responderán de la totalidad de los pasivos y obligaciones de la sociedad, personal y mancomunadamente entre sí, en proporción a su participación en el capital social”. A dicha responsabilidad, aunque era innecesario por venir impuesta por mandato legal, se refiere también el punto segundo, apartado 5, último párrafo del acuerdo transaccional, y permitiría, en todo caso, dirigir una acción de reclamación de cantidad contra cada uno de los socios para que respondieran de la deuda contraída por la SAGEP con la Autoridad Portuaria en proporción a su participación en el capital social.

Sobre esa base, en este último caso, es a la Autoridad Portuaria de Las Palmas, más concretamente su Consejo de Administración, a quien correspondería valorar la suscripción de un acuerdo transaccional como el propuesto con la simple garantía de la responsabilidad personal y mancomunada de los accionistas de la SAGEP, que responderían de la obligación contraída por la misma en la forma indicada.

## **145.- Informe sobre la compatibilidad con el derecho europeo de las bases de reforma legal propuestas por los sindicatos a fin de ejecutar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, en relación con la gestión de trabajadores destinados a la prestación del servicio de manipulación de mercancías en los puertos de interés general**

### **Resumen**

Consulta sobre las propuestas sindicales presentadas para corregir el incumplimiento de obligaciones por parte del Reino de España declarado en sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2014, consistentes en, por un lado, imponer a empresas de otros Estados Miembros la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, participar en el capital social de esta, así como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima y, por otro, a contratar a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente.

**Ref.:** AUEI/MAEC/143/15

**Fecha:** 11 de junio de 2015

**Ponente:** Alejandro Rubio González

### **Texto del Informe**

Se ha recibido en la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales de la Abogacía General del Estado solicitud de informe del Sr. Presidente de Puertos del Estado sobre la compatibilidad con el Derecho Europeo de las bases de reforma legal propuestas por los sindicatos Coordinadora Estatal Trabajadores del Mar (CETM), Comisiones Obreras (CC.OO.) y la Unión General de Trabajadores (UGT) a fin de ejecutar la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2014. No se acompaña a la petición de informe antecedente alguno; no obstante en el texto del informe se incorpora una transcripción literal de la propuesta sindical. Evacuando a estos efectos la consulta formulada, cúmplame informar a V.S. con arreglo a las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **Primera.- Objeto y alcance de la Sentencia del Tribunal de Justicia**

El antecedente inmediato de la consulta formulada es la Sentencia Comisión/España, C-576/13, EU:C:2014:2430, pronunciada el 11 de diciembre de 2014. Esta Sentencia declaró que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 TFUE, al imponer a las empresas de otros Estados miembros que deseen desarrollar la actividad de manipulación de mercancías en los puertos españoles de interés general tanto la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, por un lado, como la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente, por otro lado. La consulta se enmarca en el proceso de ejecución de esta Sentencia, por lo que de cara a resolver las dudas sometidas a informe, es preciso recordar la restricción objeto del incumplimiento; su justificación y la falta de proporcionalidad de la misma.

En primer término, por lo que se refiere a la restricción que el Tribunal de Justicia declaró contraria al Derecho de la Unión, ésta se articula en torno a dos tipos de obligaciones. Por un lado, la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores

Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta. Por otro lado, la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por dicha Sociedad Anónima, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente.

A continuación, el Tribunal de Justicia, acogiendo las alegaciones del Gobierno español, consideró que las restricciones estaban justificadas por razones imperiosas de interés general. En efecto, el Tribunal reconoce expresamente que el régimen español estaría justificado tanto por la protección de los derechos de los trabajadores, como por la necesidad de garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio portuario de manipulación de mercancías.

No obstante lo anterior, en tercer lugar, el Tribunal considera que el régimen español es desproporcionado, ya que existen medidas menos restrictivas que permiten la consecución de esos objetivos. En particular, acogiendo el enfoque de la Comisión, el Tribunal indica que cabría la posibilidad de prever que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas, que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras. Estos ejemplos están extraídos de los dos volúmenes del informe final del estudio “Port labour in the EU”, de 8 de enero de 2013.

**Segunda.-** Falta de idoneidad de la propuesta para dar cumplimiento a la Sentencia.

Con carácter preliminar, debe reseñarse que el documento presentado a informe transcribe una propuesta que no contiene un texto articulado, sino modelo con diferentes pautas generales. No obstante, del contenido del mismo se desprenden elementos no son aptos para entender corregido el incumplimiento declarado por el Tribunal de Justicia.

En primer término, con referencia a la restricción consistente en imponer la obligación de inscribirse en una Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios y, en su caso, de participar en el capital de ésta, no se elimina totalmente esta restricción. En efecto, bajo la rúbrica “Reforzamiento de la negociación colectiva” se señala que se podrán incluir en la negociación colectiva acuerdos que comprometan a las empresas de su ámbito personal a participar como socios en las SAGEP o pool constituido. Es decir, la obligación ya no se impondría por ministerio de la ley, sino a través de convenio colectivo.

Sobre esta cuestión debe recordarse que, desde la Sentencia Viking Line, el Tribunal de Justicia viene manteniendo que los convenios colectivos no están excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a libertades protegidas en el Tratado. En primer lugar, ha indicado que, puesto que las condiciones de trabajo de los diferentes Estados miembros se rigen, bien por disposiciones de carácter legislativo o reglamentario, bien por convenios colectivos y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas, si las prohibiciones previstas en los artículos citados se limitaran a los actos de la autoridad pública, ello podría crear desigualdades en su aplicación. En segundo lugar, la jurisprudencia ha declarado igualmente que las cláusulas de los convenios colectivos no están excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación. En consecuencia, el desplazamiento de la obligación de una norma legal a una norma convencional no corrige el incumplimiento declarado por el Tribunal de Justicia.

En segundo término, la propuesta sindical tampoco elimina la restricción consistente en la obligación de contratar con carácter prioritario a trabajadores puestos a disposición por la SAGEP, y a un mínimo de tales trabajadores sobre una base permanente. No en vano, bajo la rúbrica “incorporación de personal en los pool de nueva creación (distintos de la SAGEP)”, es decir, los creados voluntariamente, se establece la “obligación de incorporar a su plantilla a trabajadores registrados mediante contrato laboral indefinido en régimen de relación laboral especial. En caso de exceso de personal en la SAGEP y, previo informe de la Autoridad Portuaria, el nuevo pool incorporará al personal de exceso en la proporción correspondiente a la actividad prevista, subrogándose en los derechos y obligaciones, incluida la antigüedad”.

Por tanto, se sigue manteniendo la misma restricción, pero de manera indirecta al establecerse la obligación de contratar por parte de los pool que constituyan las empresas estibadores. En consecuencia, se producen con los mismos efectos en la práctica, es decir, obligar a las empresas estibadoras a adaptar sus plantillas lo que puede tener consecuencias financieras y producir perturbaciones en su funcionamiento.

Por consiguiente, este centro directivo debe concluir que de la propuesta sindical se desprenden elementos que no son aptos para entender corregido el incumplimiento derivado de las dos restricciones declaradas por el Tribunal de Justicia.

**Tercera.-** Incidencia del Convenio nº 137 de la OIT.

De la petición de informe se desprende que gran parte de la controversia suscitada durante la negociación obedece al alcance que debe darse al Convenio nº 137 de la OIT. En este sentido la petición de informe da a entender que el Convenio nº 137 no sería conforme con el Derecho de la Unión.

Con carácter preliminar, este Centro Directivo considera que, desde el punto de vista del Mercado Interior, el Convenio no es ni concluyente ni pertinente para valorar el incumplimiento. El Convenio de la OIT no es concluyente, ya que no impone las concretas medidas que dieron lugar al incumplimiento. A esos efectos, los artículos 2 y 3 simplemente establecen unas obligaciones genéricas que deben ser concretadas en la legislación nacional. Estas obligaciones genéricas, por lo demás, son reconducibles a los principios enunciados en el artículo 151 del TFUE y son precisamente el instrumento que sirve para justificar como razón imperiosa de interés general la protección de los derechos de los trabajadores. En segundo lugar, el Convenio no es pertinente para el análisis de las concretas restricciones pues, como ha señalado la Abogado General Trstenjak en sus conclusiones del asunto C-214/10, no forma parte del Derecho de la Unión. Por consiguiente, los actos del Derecho de la Unión únicamente pueden examinarse, en principio, desde el punto de vista de su compatibilidad con el Derecho de la OIT, en base al criterio de la autovinculación de la Unión .

Hechas estas precisiones, no se aprecia en las obligaciones derivadas del Convenio ninguna vulneración de las libertades fundamentales del Mercado Interior, ya que no impone directamente a los operadores portuarios las obligaciones que constituyen una restricción. De hecho, los modelos empleados por el Tribunal de Justicia como criterio en el juicio de proporcionalidad cumplirían igualmente las exigencias derivadas de los artículos 2 y 3 del Convenio.

**Cuarta.-** Posibilidad de la existencia de una ayuda de Estado.

La petición de informe plantea la existencia de una ayuda Estado en lo relativo a las bonificaciones tributarias que se proponen para los accionistas de la SAGEP. En este sentido, la propuesta de los sindicatos establece que "la gestión del registro de trabajadores se encomienda a la como obligación de servicio público a la SAGEP constituida en cada puerto." Así mismo, indica que "la gestión del registro de trabajadores portuarios por la SAGEP será compensada mediante bonificación en alguna tasa portuaria a las empresas estibadoras participantes en su capital social".

En lo que se refiere a la compensación por los gastos ocasionados por la prestación de un servicio de interés económico general, el Tribunal aclaró en la sentencia *Altmark* que puede excluirse la concesión de una ventaja a los efectos del artículo 107.1 TFUE si se reúnen cuatro condiciones cumulativas:

- 1) La empresa beneficiaria tiene un mandato de servicio público y las obligaciones vinculadas están claramente definidas.
- 2) Los parámetros de la compensación por la prestación del servicio deben fijarse de antemano de forma objetiva y transparente.

- 3) La compensación no debe superar los costes netos generados para cumplir el mandato de servicio público.
- 4) Con el fin de mantener un coste lo más bajo posible para la comunidad, la empresa que se encargue de cumplir las obligaciones de servicio público se elegirá mediante un procedimiento de licitación pública, de no ser así, los costes de llevar a cabo los SIEG se determinarán sobre la base de los de una empresa corriente bien administrada.

Pues bien, el modelo contenido en la propuesta presenta serios problemas en lo relativos a las condiciones segunda, tercera y cuarta. En cuanto a la segunda y la tercera, un sistema de bonificaciones en las tasas portuarias no guarda ninguna relación con los criterios contenido en esas condiciones. Por lo que concierne a la cuarta condición, la atribución directa del servicio público a las SAGEP sin mediar una licitación pública, implica no respetar las exigencias del artículo 107 TFUE. En estas circunstancias, debe concluirse que la encomienda del servicio público del registro de trabajadores a las SAGEP sin respetar los criterios de la Sentencia Altmark constituye una ayuda de estado en el sentido del artículo 107.1 TFUE.

En cualquier caso, este Centro Directivo estima preciso hacer a V.S. una serie de consideraciones adicionales. En primer lugar, debe recordar que el examen por la Comisión de la cuestión de si determinadas medidas pueden ser calificadas de ayudas de Estado requiere una apreciación económica compleja. Esta apreciación es una atribución propia de la Comisión, de acuerdo con el artículo 108 TFUE, en cuyo ejercicio dispone de un amplio margen de apreciación. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, en estos casos, el Tribunal de Justicia ha señalado reiteradamente que en el marco del control que los órganos jurisdiccionales de la Unión ejercen sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión en materia de ayudas de Estado, no corresponde al juez de la Unión sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia. Por consiguiente, las valoraciones que puedan hacerse deben entenderse sin perjuicio del margen de apreciación económica que tiene reconocido la Comisión y de su posterior control judicial.

**Quinta.-** Posibilidad de la existencia de un acuerdo incompatible con el artículo 101 TFUE.

Finalmente, la petición de informe plantea que la propuesta sindical pueda ser contraria al artículo 101 TFUE. Si bien no se dice de una manera abierta, se da a entender que este problema se plantearía en relación con el apartado rubricado “Reforzamiento de la negociación colectiva”. A este respecto, es necesario recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales, destinados a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1. Por tanto, es preciso examinar si la naturaleza y el objeto de los acuerdos alcanzados en el marco del reforzamiento de la negociación colectiva justifican que se excluya del ámbito de aplicación del 101 TFUE, apartado 1, del Tratado

Bajo la rúbrica “Reforzamiento de la negociación colectiva” se señala que se podrán incluir en la negociación colectiva acuerdos que comprometan a las empresas de su ámbito personal a participar como socios en las SAGEP o pool constituido. El compromiso de participar en el capital de esas entidades no parece ser un objeto propio del contenido de los Convenios colectivos por cuanto no afecta a las afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales

No obstante lo anterior, debe recordarse que, según la jurisprudencia, el hecho de que un acuerdo o una actividad estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia no entraña que ese acuerdo o esa actividad también estén excluidos del ámbito de aplicación de las disposiciones del mismo Tratado relativas a la libre circulación de personas o de servicios, dado que estas disposiciones responden a requisitos de aplicación propios. De este modo, y con independencia del artículo 101 TFUE, desde el punto de vista de las libertades fundamentales este tipo de medidas son contrarias a la

libertad de establecimiento, tal y como se ha señalado en la Consideración Segunda de este informe. Por tanto, la inclusión en la negociación colectiva de acuerdos que comprometan a las empresas de su ámbito personal a participar como socios en las SAGEP o pool constituido es contraria al Derecho de la Unión.

En mérito a lo expuesto, esta Abogacía del Estado somete a la consideración de V.S. las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** De la propuesta sindical se desprenden elementos no son aptos para entender corregido el incumplimiento derivado de las dos restricciones declaradas por el Tribunal de Justicia.

**Segunda.-** Desde el punto de vista del Mercado Interior, el Convenio no es ni concluyente ni pertinente para valorar el incumplimiento, ya que no impone las concretas medidas que dieron lugar al incumplimiento.

**Tercera.-** La encomienda del servicio público del registro de trabajadores a las SAGEP sin respetar los criterios de la Sentencia Altmark constituiría una ayuda de estado en el sentido del artículo 107.1 TFUE. Las valoraciones económicas que puedan hacerse sobre esta cuestión deben entenderse sin perjuicio del margen de apreciación económica que tiene reconocido la Comisión y de su posterior control judicial.

**Cuarta.-** La inclusión en la negociación colectiva de acuerdos que comprometan a las empresas de su ámbito personal a participar como socios en las SAGEP o pool constituido es contraria al Derecho de la Unión.

Es cuanto procede informar a los efectos legales oportunos. No obstante, V.S. con mejor criterio resolverá lo que estime pertinente.





**XIII.- RÉGIMEN  
ECONÓMICO DE LA  
UTILIZACIÓN DEL  
DOMINIO PÚBLICO Y DE  
LA PRESTACIÓN DE LOS  
SERVICIOS PORTUARIOS  
(TARIFAS, CÁNONES,  
TASAS, PRECIOS  
PRIVADOS)**



### **XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)**

#### **146.- Informe sobre la procedencia de declarar lesivas a los intereses públicos varias liquidaciones practicadas por la antigua Junta de Obras del Puerto en aplicación de la tarifa G-3 exigible por la prestación de servicios generales.**

##### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de declarar lesivas a los intereses públicos varias liquidaciones practicadas por la antigua Junta del Puerto de M. en aplicación de la tarifa G-3 (exigible por la prestación de servicios generales por parte de los organismos portuarios). Infracción del ordenamiento jurídico por haberse aplicado la tarifa establecida en la O. M. de 23 de diciembre de 1967, en lugar de la aprobada por O. M. de 14 de febrero de 1986, que era la vigente al tiempo de girarse las liquidaciones en cuestión. Competencia para la declaración de lesividad: corresponde al Consejo de Administración de la actual Autoridad Portuaria de M. (arg. art. 40.p) y D. A. 61 de la Ley 27/92, de Puertos del Estado, en relación con el art. 103.3 LRJ-PAC y con el art. 56.2 LJCA). Posibilidad de declarar la lesividad de todas las liquidaciones en un solo acuerdo. Dudas respecto de la acumulación de las demandas (cfr. arts. 44, 45.2 y 47 LJCA). Asistencia jurídica de la Autoridad Portuaria por el SJE (art. 35.7 Ley 27/92 y R.D. 685/93).

**Ref.:** A.G.VARIOS 25/94

**Fecha:** 16 de agosto de 1994

**Ponente:** Luis Pérez de Ayala Becerril

##### **Observaciones**

Actualmente en lo relativo al trámite y competencia para declarar la lesividad de los actos de las Autoridades Portuarias hay que estar a lo dispuesto en el artículo 35.2 del TRLPEMM, interpretado en el informe A.G. ENTES PÚBLICOS 67/12, incluido en el nº 13 de esta recopilación.

La referencia a la antigua tarifa G- 3, anterior a la Ley 27/1992, debe entenderse sustituida, primero, por la tarifa T-3 derivada de esa última Ley (artículo 70) y Órdenes aprobatorias de las tarifas, consideradas como precios privados. Todas ellas fueron declaradas inconstitucionales y anuladas por sentencias del TC y del Tribunal Supremo. A partir de la Ley 48/2003, las antiguas tarifas se convierten en tasas portuarias, regulándose en la misma sus elementos esenciales.

### **Texto del Informe**

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la procedencia de declarar lesivas a los intereses públicos varias liquidaciones efectuadas por la antigua Junta del Puerto de Málaga en aplicación de la Tarifa G-3 y, a la vista de la consulta y de la documentación que a la misma se acompaña, procede a informar lo siguiente:

## ANTECEDENTES

- 1º) La Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre Régimen Financiero de los Puertos Españoles, estableció, entre las tarifas exigibles por los organismos portuarios por la prestación de servicios generales, la denominada tarifa G-3, correspondiente a los servicios de “Embarque, desembarque y transbordo de mercancías”, que comprendía la “utilización de las Estaciones marítimas, zonas de manipulación y dársenas, con sus servicios generales de policía” (cfr. artículo 8º de la Ley citada). Por Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1967 se fijaron las bases y cuantías de las tarifas por servicios generales y, entre ellas, la tarifa G-3, cuya regla 24 estableció, para las mercancías cargadas o descargadas en instalaciones comprendidas en concesiones otorgadas a particulares en la denominada Zona II, el 80 por 100 (como regla general) de la tarifa correspondiente a la Zona I (posteriormente se expondrán con más detalle estos conceptos).
- 2º) El régimen financiero de los Puertos establecido en la Ley 1/1966 fue modificado por la Ley 18/1985, de 1 de julio, desarrollada, a su vez, por la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 14 de febrero de 1986, que afectó a la cuantía de la tarifa G-3, sustituyendo el régimen reseñado en el apartado anterior por una remisión, tratándose de concesiones ya otorgadas, a “lo establecido en las correspondientes Órdenes de concesión, manteniéndose las tarifas reducidas que en dichas Órdenes se establecen” (cfr. regla 24ª de la tarifa G-3, según la citada Orden Ministerial de 1986).
- 3º) Según manifiesta la Autoridad Portuaria a que después se hará referencia, la Junta del Puerto de Málaga no tuvo en cuenta la modificación normativa mencionada, sino que siguió liquidando la tarifa G-3 para la mercancía que se operaba en las instalaciones comprendidas en las dos concesiones existentes en la Zona II del citado Puerto con la reducción al 80 por 100 de la cuantía establecida en las reglas generales, manteniéndose este criterio hasta la desaparición de la mencionada Junta del Puerto como organismo autónomo.
- 4º) Con la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, las tarifas por servicios portuarios perdieron su condición de ingresos de derecho público, pasando a configurarse como ingresos de derecho privado. La Autoridad Portuaria de Málaga -constituida en virtud de lo dispuesto en aquella Ley- continuó aplicando, en relación con la tarifa G-3 devengada por las operaciones realizadas en las concesiones de la Zona II, el mismo criterio de liquidación a que se viene haciendo referencia.
- 5º) Con fecha 5 de julio de 1994, el Presidente de la Autoridad Portuaria ha dictado un acuerdo en el que, tras exponer la situación que en resumen se ha descrito y formular determinadas consideraciones jurídicas al respecto, dispone “la iniciación del expediente de revisión de los actos de gestión tributaria que se dictaron por la entonces Junta del Puerto de Málaga infringiendo las vigentes en su momento Órdenes Ministeriales de aplicación de las Tarifas Portuarias” (en tanto no haya prescrito la acción administrativa), solicitando informe de esta Dirección General “para que se pronuncie sobre la posible declaración de lesividad para el interés público de carácter económico, de los citados actos de gestión tributaria”.

A este acuerdo y al escrito de consulta se acompañan, entre otros documentos, dos relaciones de los “actos que se quieren declarar lesivos” (una relación corresponde a las liquidaciones por operaciones realizadas en las instalaciones concesionales de “X, S.A.” y la otra, a las efectuadas en las instalaciones de “Y, S.A.”).

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

En el escrito de consulta dirigido por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga a esta Dirección General se solicita informe sobre la posible declaración la lesividad a los intereses públicos de los actos a que alude el acuerdo del citado Presidente de 5 de julio de 1994 (cfr. antecedente 5º de este informe) y “sobre el órgano administrativo competente para realizar dicha declaración.” En consecuencia, procede determinar, ante todo, si concurren en el presente caso los requisitos necesarios para declarar lesivos a los intereses públicos los actos a los que se refieren su consulta y el acuerdo que la acompaña.

A los efectos señalados conviene advertir que, tal y como afirma en su reiterado acuerdo el Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga, los actos cuya lesividad se pretende se encuadran dentro de la categoría de “actos de gestión tributaria,” por lo que las posibilidades de revisión de los mismos habrán de examinarse a la luz de lo dispuesto en los artículos 153 y siguientes de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

En efecto, los textos normativos citados por el propio Presidente permiten inclinar a tal conclusión, ya que el artículo 18 de la Ley 1/1966 disponía que los actos de gestión relativos a la aplicación de las tarifas serían recurribles en vía económico-administrativa; en análogos términos se expresaba el artículo 39 del Reglamento de las Juntas de Puertos, aprobado por Decreto 1350/1970, de 9 de abril, mientras que el artículo 44 de esta misma disposición establecía que a tales ingresos les sería de aplicación el procedimiento de apremio ordinario correspondiente a los deudores de la Hacienda Pública. Tales datos aproximaban, pues, a la naturaleza tributaria de las tarifas de los Puertos, si bien podían no considerarse definitivos; sin embargo, la naturaleza tributaria de las tarifas portuarias (y, más concretamente, de la tarifa G-3) ha sido reconocida en diversas ocasiones por el Tribunal Supremo, que las califica como tasas: así, la sentencia de 21 de octubre de 1990 (ref.: “La Ley”, Archivo, 1991, 5462) declara que los tributos regulados por la Ley 1/66, entre los que se encuentra la tarifa G-3, tienen la naturaleza de tasas; igualmente, la reciente sentencia de 13 de mayo de 1994, califica repetidamente de tasa a la tarifa G-3.

### - II -

La sección primera del capítulo VIII del título III de la LGT está dedicada a los procedimientos especiales de revisión; dentro de ella, el artículo 153 se refiere a la nulidad de pleno derecho, mientras que el artículo 154 regula la revisión en vía administrativa de los actos que infrinjan manifiestamente la Ley, y los artículos 155 y 156 se refieren sucesivamente a la devolución de ingresos indebidos y a la rectificación de errores materiales. Termina la citada sección primera con el artículo 159, a cuyo tenor “fuera de los casos previstos en los artículos 153 al 156, la Administración tributaria no podrá anular sus propios actos declarativos de derechos, y para conseguir su anulación deberá previamente declararlos lesivos para el interés público e impugnarlos en vía contencioso-administrativa, con arreglo a la Ley de dicha Jurisdicción.”

Dada la evidente inaplicación al caso de los artículos 153 a 156 de la LGT, la única vía para dejar sin efecto los actos a que se refiere la consulta será, de acuerdo con lo expuesto, la declaración de lesividad de tales actos y su posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

A tenor del artículo 56.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 (en lo sucesivo, LJCA), “cuando la propia Administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su

anulación, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses de carácter económico o de otra naturaleza, en el plazo de cuatro años, a contar de la fecha en que hubiera sido dictado.”

Para que un acto administrativo pueda ser declarado lesivo por la Administración, a efectos de su ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, han de concurrir dos requisitos: que el acto lesione los intereses públicos, de carácter económico o de otra naturaleza, y que incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico, y sea, por tanto, anulable, sin que la Administración pueda por sí misma anularlo de oficio.

Por lo que respecta al primero de los requisitos, es evidente que en el presente caso se cumple, en cuanto que las reducciones que repetidamente se han venido practicando en la liquidación de la tarifa G-3 supusieron, para la Junta del Puerto de Málaga, un ingreso menor al que hubiera obtenido en el caso de aplicar el criterio que se estima correcto en los términos que después se verán.

Al primer requisito citado ha de unirse un segundo, necesario, como ya se ha dicho, para que sea procedente la declaración de lesividad, y que consiste en la ilegalidad del acto, esto es, que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea anulable.

Por último, habrá de tenerse en cuenta el plazo de cuatro años previsto para la declaración de lesividad, lo que reviste especial interés en cuanto que, como posteriormente se examinará, ya ha transcurrido respecto de determinados actos de liquidación de la tarifa G-3 incluidos en las relaciones remitidas a este Centro Directivo en unión de la consulta.

- III -

El artículo 159 LGT, como se ha visto, se remite a la LJCA en materia de declaración de lesividad. Sin embargo, no debe olvidarse que la regulación que contiene el artículo 56 LJCA se completa con lo que disponía la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en su artículo 110.1, y actualmente con las previsiones del artículo 103 (apartados 2 a 6) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). Conviene, por ello, plantearse si deberá aplicarse y citarse la antigua regulación o, por el contrario, la nueva normativa (cuestión que, si bien no es trascendente en cuanto al contenido de la declaración de lesividad en sí, afecta a determinados aspectos formales, como después se verá).

A tal respecto, este Centro Directivo ha sostenido en ocasiones anteriores que los procedimientos de revisión de oficio están incluidos, al menos potencialmente, en los procedimientos que requieren adecuación a la Ley 30/92, siquiera sea para completar el contenido de ésta en algunos extremos (vgr. para fijar, en su caso, el plazo máximo de resolución, determinar la autoridad competente para resolver, regular el trámite de audiencia etc.), lo que permite sostener la aplicación de la disposición adicional tercera de la LRJ-PAC (redactada por el Real Decreto-Ley 14/1993 de 4 de agosto), en relación con la disposición transitoria segunda, 2, y, en su virtud, concluir que hasta el 27 de agosto, inclusive, de 1994 (o antes si la adecuación llegara a producirse), sería de aplicación la LPA de 17 de julio de 1958 a los procedimientos iniciados después del 27 de febrero de 1993 (cfr. disposición final de la LRJ-PAC) y antes del 28 de agosto de 1994. Pero ello, presumiblemente, y por la fecha en que el presente dictamen se emite, no va a suceder, por lo que la normativa a aplicar será la contenida en la LRJ-PAC.

- IV -

Es necesario examinar, conforme a todo lo señalado hasta este punto, si al dictarse los actos cuya lesividad se pretende se incurrió en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico.

Tales actos, como ya se ha visto, consisten en liquidaciones reducidas al 80 por 100 de la tarifa G-3 que fueron practicadas por la Junta del Puerto de Málaga desde 1989 hasta 1992.

La normativa vigente al tiempo de dictarse dichos actos venía constituida, esencialmente, por la Ley 1/1966, de Régimen Financiero de los Puertos Españoles, y por la Ley 18/1985, de 1 de julio, de modificación de la anterior, así como las disposiciones de desarrollo reglamentario.

El artículo 8 de la Ley 1/66 estableció, entre otras, y como ya se apuntó en el antecedente 1º, la tarifa G-3, por "utilización de estaciones marinas, zonas de manipulación y dársenas, con sus servicios generales de policía". Su cuantía se fijó por Orden de 23 de diciembre de 1966, en cuyo Anexo 1º se determinaron las bases para su cálculo. En concreto, y respecto de la tarifa exigible en caso de utilización de instalaciones construidas en régimen de concesión, estableció la regla 24ª lo siguiente: "Las mercancías cargadas o descargadas por muelles o instalaciones de cualquier clase construidos por particulares en régimen de concesiones en la Zona I abonarán las mismas tarifas anteriormente indicadas. En la Zona II abonarán unas tarifas cuya cuantía será en cada caso el 80 por 100 de las señaladas para la Zona I, salvo lo que se haya dispuesto en las cláusulas de concesiones, pero nunca abonarán menos del 30 por 100".

El régimen de la tarifa G-3 para las concesiones situadas en la denominada Zona II se caracterizaba, por tanto, por una reducción del 20 por 100 sobre la general aplicable a la Zona I (reducción que podía ampliarse hasta el 70 por 100 en función de lo estipulado en cada concesión).

Conviene añadir que la delimitación de las Zonas I y II de las aguas del Puerto de Málaga fue realizada por la citada Orden de 23 de diciembre de 1966 (Anexo nº 2), si bien la Zona II fue posteriormente ampliada por la Orden de 7 de junio de 1984.

En el Puerto de Málaga existían y siguen existiendo (según se detalla en el acuerdo adjunto a la consulta) dos concesiones administrativas situadas en la Zona II; la primera de ellas corresponde en la actualidad a "REPSOL BUTANO, S.A.", y fue otorgada por Orden Ministerial de 17 de marzo de 1965. En ella se indica, simplemente, que el concesionario ha de ingresar "el importe de las tarifas por servicios indirectos (predecesoras de las tarifas por servicios generales), de acuerdo con lo especificado en la condición general 8ª de las mismas" (cfr. condición 11ª de la concesión citada).

La segunda de las concesiones en cuestión fue otorgada con fecha 17 de abril de 1970, y su titular es actualmente "Y, S.A."; en ella, al igual que en una autorización posterior de 27 de septiembre de 1973, existe tan sólo una remisión genérica a las "tarifas que en todo momento rijan en el Puerto de Málaga" (cfr. prescripción 5ª de la concesión de 1970).

Por tanto, con arreglo a lo expuesto hasta el momento, las operaciones que se realizaban en las instalaciones comprendidas dentro de las mencionadas concesiones quedaban sujetas a la tarifa G-3 por una cuantía, ante la ausencia de previsión expresa en las propias Ordenes de concesión, del 80 por 100 de la cuantía ordinaria de dicha tarifa (aplicable a la Zona I).

- V -

El régimen que acaba de exponerse sufrió ciertas modificaciones como consecuencia de la Ley 18/85, de 1 de julio, y de la Orden Ministerial de 14 de febrero de 1986, dictada

en desarrollo de la misma. El artículo 2 de la Ley 18/85 estableció una nueva regulación de la tarifa G-3, disponiendo el artículo 9 que la fijación y actualización de las tarifas se haría “con sujeción a la política económico-financiera y de tarifas portuarias determinada por el Gobierno y a la normativa general ... que, en ejecución de esa política, se establezca por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo”, siendo este Departamento el encargado de fijar “los límites máximos y mínimos de las tarifas correspondientes”. En todo caso, la derogación del régimen anterior de fijación de tarifas se vio confirmada por lo dispuesto en la disposición transitoria de la propia Ley, a cuyo tenor “en el plazo de seis meses (...) el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo fijará las normas generales de aplicación de las mismas (tarifas), de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de esta ley. Hasta tanto continuarán vigentes las tarifas que se dejan sin efecto, así como los actuales procedimientos de revisión de las mismas”.

La Orden Ministerial de 14 de febrero de 1986 estableció, en desarrollo de la normativa legal citada, las tarifas por servicios generales y específicos en los Puertos del Estado, derogando las disposiciones de igual o inferior rango contrarias a la misma y sus anexos. Precisamente en el Anexo I se contienen las reglas para la determinación de la tarifa G-3. De ellas, presenta especial interés la regla 24ª, según la cual “las mercancías cargadas o descargadas por muelles, pantalanes o boyas que se construyan por particulares en régimen de concesión administrativa abonarán por esta tarifa la cuantía que se fije en la propia Orden de otorgamiento. En ningún caso dichas cuantías podrán reducirse respecto a las establecidas en estas reglas en proporción superior al 10 por 100 cuando las citadas instalaciones se ubiquen en zona I de las aguas del puerto o al 20 por 100 cuando lo sean en zona II. En ambas zonas, para las concesiones ya otorgadas, se aplicará la tarifa con arreglo a lo establecido en las correspondientes Ordenes de concesión, manteniendo las tarifas reducidas que en dichas Ordenes se establecen”.

Así pues, frente al sistema implantado por la Ley 1/1966 y por la Orden de 23 de diciembre del mismo año, antes examinado, la Ley 18/85 y la Orden de 14 de febrero de 1986 optaron por eliminar las reducciones generales en la tarifa G-3 en caso de servicios prestados en instalaciones construidas en régimen de concesión administrativa, admitiendo únicamente las reducciones -hasta un máximo del 20 por 100 en la Zona II- que constasen expresamente en las Ordenes de concesión, y manteniendo las reducciones de tarifa aprobadas por Ordenes concesionales anteriores.

Aplicando este nuevo régimen, y dado que las concesiones existentes en el Puerto de Málaga no contienen, tal y como se indicó en el fundamento anterior de este informe, referencia alguna expresa a la reducción en la tarifa G-3, lo procedente habría sido practicar, desde la fecha de entrada en vigor de la Orden de 14 de febrero de 1986, las liquidaciones correspondientes por la tarifa G-3 sin reducción alguna y, por tanto, conforme a los baremos ordinarios. Al no hacerse así, se ha incurrido en una infracción del ordenamiento jurídico, que habilita para declarar lesivos los actos liquidatorios en los que se haya aplicado indebidamente la referida reducción.

Existen, en consecuencia, motivos suficientes para declarar lesivos los actos practicados con ocasión de la liquidación de la tarifa G-3 por la Junta del Puerto de Málaga por los servicios en las concesiones existentes en la zona II, detallados en las relaciones que se han remitido con la consulta. Tales actos habrán de ser, como señala el Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga, anteriores a la entrada en vigor de la Ley 27/92, de 24 de noviembre, dado que dicha Ley convierte a las tarifas por servicios portuarios en precios privados (cfr. artículo 70.1), excluidos, por tanto, del régimen de revisión e impugnación de los actos administrativos.

## - VI -

La conclusión alcanzada en el fundamento anterior ha de matizarse, puesto que la concurrencia de los requisitos de perjuicio económico y de infracción del ordenamiento jurídico no es suficiente para la declaración de lesividad; conforme antes se ha señalado, el artículo 56 de la LJCA, así como el artículo 103.5 de la LRJ-PAC (y, con anterioridad, el artículo 110.1 de



la LPA) establecen un plazo improrrogable de cuatro años para la declaración de lesividad, a contar desde que el acto administrativo fue dictado.

Pues bien, en las relaciones de actos que se han remitido con la consulta se incluyen liquidaciones practicadas desde el año 1989, por haberse aplicado el criterio del plazo de prescripción previsto en el artículo 64 LGT; sin embargo, y puesto que se trata de declarar lesivos tales actos, el plazo que habrá de tomarse en consideración será el ya reiterado de cuatro años, el cual impedirá declarar la lesividad de las liquidaciones practicadas en 1989, así como parte de las practicadas en 1990 (o todas ellas, si la declaración de lesividad se realizase una vez transcurrido el presente año). Dado el considerable número de actos incluidos en las aludidas relaciones y sus diversas fechas, no es posible anticipar exactamente en este momento cuáles serían los actos afectados por el expresado plazo al tiempo de formularse la declaración de lesividad; por lo tanto, baste con decir que tal declaración sólo podrá adoptarse respecto de los actos que, en ese momento, hubieran sido dictados con menos de cuatro años de antelación.

## - VII -

La segunda cuestión planteada en su consulta por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga es la relativa a cuál sea el órgano competente para declarar lesivos los actos a que se refiere el presente dictamen.

La determinación de la competencia para la declaración de lesividad debe ser analizada a la luz de la normativa contenida en la LRJ-PAC, dado que, previsiblemente, el procedimiento de lesividad se iniciará con posterioridad al 27 de agosto de 1994. Dispone el artículo 103.3 LRJ-PAC que “cuando su norma de creación así lo determine, la declaración (de lesividad) se realizará por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley”.

Los actos en cuestión fueron dictados por la Junta del Puerto de Málaga, organismo autónomo en cuyas funciones se subrogó, conforme a lo previsto en la disposición adicional sexta de la Ley 27/92, la Autoridad Portuaria de Málaga. Por ello, la declaración de lesividad corresponderá, en principio, a la Autoridad Portuaria de Málaga, al haber desaparecido el organismo que dictó los actos, y precisamente como consecuencia de la aludida subrogación.

Ahora bien, podría suscitarse alguna duda ante la circunstancia, ya expuesta, de que el artículo 103.3 LRJ-PAC reconoce a las Entidades públicas a que alude competencia para la declaración de lesividad únicamente “cuando su norma de creación así lo determine”, lo cual suele plantear, por lo general, dificultades por la inhabitualidad de tal determinación o previsión.

En el caso específico de las Autoridades Portuarias, el artículo 40 de la Ley 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, recoge las funciones que corresponden al Consejo de Administración de aquellas Entidades y, concretamente, el apartado p) del citado artículo atribuye al Consejo de Administración la función de “acordar lo conveniente sobre el ejercicio de las acciones y recursos que correspondan a las Autoridades Portuarias en defensa de sus intereses ante las Administraciones Públicas y Tribunales de Justicia de cualquier orden, grado o jurisdicción”.

Fácilmente puede observarse que el precepto transcrito no contiene una referencia expresa a la declaración de lesividad, pero, por otra parte, no debe olvidarse que la declaración de lesividad es un requisito necesario para que, en determinados casos, y en contra del denominado “principio de los actos propios”, las Administraciones Públicas puedan acudir al ejercicio de acciones ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Por tanto, si al Consejo de Administración corresponde acordar “lo conveniente” en orden al ejercicio de acciones en defensa de los intereses de las Autoridades Portuarias, dentro de tal expresión

genérica habrá de incluirse lógicamente, en opinión de este Centro, la facultad de declarar lesivos, para después impugnarlos, los actos que hayan sido dictados por la propia Autoridad Portuaria en el ejercicio de potestades de carácter público.

Las razones expuestas han de conducir a estimar que el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Málaga es el órgano competente para declarar la lesividad de los actos en cuestión. Tal conclusión, por otra parte, es acorde con lo dispuesto en el artículo 56.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a cuyo tenor “si el acto emanare de la Administración del Estado, la declaración de lesividad deberá revestir la forma de Orden ministerial y en los demás casos habrá de reunir los requisitos establecidos para la adopción de acuerdos por el órgano supremo de la Entidad, Corporación o Institución correspondiente”

### - VIII -

Para finalizar el presente dictamen, se considera oportuno hacer referencia a la forma en que habría de declararse la lesividad de los actos en cuestión, considerando en especial la posibilidad de declarar lesivos la totalidad de los mismos mediante un solo acuerdo o resolución del Consejo de Administración antes citado, y las consecuencias de tal actuación en el orden contencioso-administrativo.

Esta Dirección General ha tenido ocasión de analizar tal cuestión en sus dictámenes de 10 de marzo de 1986 (Ref.: “A.G. Defensa 18/84”) y de 3 de julio de 1992 (Ref.: “A.G. Obras Públicas y Transportes 12/92”), entendiendo que nada impide en nuestro ordenamiento la acumulación de varios actos administrativos con el fin de declararlos lesivos en una sola o varias resoluciones (cfr. artículos 56 LJCA y 103 LRJ-PAC); es más, tanto el artículo 3 LRJ-PAC, que recoge el principio de eficacia en la actividad administrativa, como el artículo 75 de la misma Ley, que dispone se acuerden en un solo acto “todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo” pueden considerarse como fundamento suficiente para admitir una declaración de lesividad conjunta de todos los actos liquidatorios a que se refiere el presente caso. Por otra parte, también sería plenamente admisible reunir los actos en varias declaraciones de lesividad, en función del sujeto pasivo al que afecten.

Mayores dudas plantearía la posibilidad de impugnar conjuntamente todos los actos, una vez declarados lesivos, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Según el artículo 45.1 de la LJCA, “el actor podrá acumular en su demanda cuantas pretensiones reúnan los requisitos señalados por el artículo anterior”; el artículo 44 de la misma Ley, por su parte, permite la acumulación de pretensiones “que no sean incompatibles entre sí y se deduzcan en relación con un mismo acto o disposición;” así como aquéllas que “se refieran a varios actos o disposiciones, cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.” Tan sólo este último inciso permitiría fundamentar la acumulación, aunque sin plena seguridad. Por ello se estima aconsejable que, llegado el caso, se interpusiera un recurso contencioso-administrativo contra cada acto liquidatorio o grupo de actos que afecten a un mismo sujeto pasivo (sin perjuicio de que posteriormente el Tribunal pudiera, si lo estimase procedente, decretar la acumulación de todos o algunos recursos, al amparo del artículo 47 de la LJCA, o incluso considerar que no pueden acumularse las pretensiones contra un mismo sujeto pasivo, en cuyo caso se abriría el plazo de treinta días previsto en el artículo 45.2 LJCA para la interposición por separado de cada recurso).

Partiendo del planteamiento anterior, una vez acordada la declaración de lesividad por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Málaga, en la forma expuesta, deberán remitirse todas las actuaciones a esta Dirección General. Dado que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24.4 y 35.7 de la Ley 27/1992, y en el Real Decreto 685/1993, de 7 de mayo, la asistencia jurídica y representación en juicio de la Autoridad Portuaria de Málaga corresponde, una vez suscrito (con fecha 1 de octubre de 1993) el convenio previsto

en el propio Real Decreto 685/93, a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, esta Dirección General dictará las oportunas instrucciones al Servicio Jurídico competente para la interposición del recurso contencioso-administrativo (salvo que la Autoridad Portuaria hiciera uso de la facultad de encomendar la defensa en juicio a Abogado colegiado, en cuyo caso debería dirigir a este Centro la comunicación prevista en el artículo 1.2 del Real Decreto 685/93).

No debe olvidarse que el plazo para la interposición de los correspondientes recursos contencioso-administrativos es el de dos meses a contar desde el siguiente al del acuerdo (o acuerdos) en que se declare la lesividad, por lo que sería conveniente que, formulada ésta, se efectuase a la mayor brevedad posible la remisión del expediente o expedientes completos que habrían de acompañarse a las demandas de los correspondientes recursos contencioso-administrativos, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LJCA.

Se estima oportuno advertir que a los efectos expresados no bastaría remitir (como se ha hecho ahora) la simple relación de las liquidaciones que se trata de impugnar, sino que habrían de enviarse los originales o copias debidamente compulsadas de todas y cada una de las liquidaciones declaradas lesivas, así como de los traslados de las Órdenes concesionales aludidas en el fundamento IV y de sus modificaciones y, en fin, de la documentación complementaria y significativa que pudiera existir, todo ello a fin de que el Tribunal pueda comprobar la exactitud de las diferencias entre las liquidaciones practicadas y las que debieron girarse reglamentariamente (diferencias que, como es lógico, se han dado por ciertas a los solos efectos del presente informe).

Por todo lo expuesto, esta Dirección General del Servicio Jurídico del Estado somete a la consideración de V.I. las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Existen motivos jurídicos suficientes para declarar lesivos a los intereses públicos los actos liquidatorios de la tarifa G-3 practicados por la extinta Junta del Puerto de Málaga a los que se hace referencia en la consulta y acuerdo adjunto, así como en el presente informe.

**Segunda.-** Sólo podrán declararse lesivos los referidos actos que hubieran sido dictados dentro de los cuatro años anteriores a la fecha en que se acuerde tal declaración.

**Tercera.-** La competencia para declarar la lesividad corresponde al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Málaga.

**Cuarta.-** Si se declara la lesividad, deberán tenerse en cuenta las observaciones procedimentales contenidas en el fundamento VIII del presente dictamen.

## **147.- Informe sobre las condiciones y el procedimiento de aplicación del artículo 48.2 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (hoy 172.3 y 249 del TRLPEMM) que faculta a las Autoridades Portuarias para suspender temporalmente la prestación de servicios portuarios en caso de impago reiterado de las tarifas.**

### **Resumen**

Consulta sobre las condiciones y el procedimiento para la aplicación del art. 48.2 de la Ley 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), que faculta a las Autoridades Portuarias para suspender temporalmente la prestación de los servicios portuarios en caso de impago reiterado de las correspondientes tarifas por parte de los usuarios de aquéllos. Concepto de “impago reiterado.” Alcance de la “suspensión temporal.” Servicios portuarios a los que debe alcanzar dicha suspensión. Sujetos obligados al pago de las tarifas (art. 73 LPMM). Necesidad de efectuar el oportuno requerimiento, antes de acordar la suspensión temporal, al consignatario del buque, si existiera, y al Capitán, si el buque no estuviera consignado. Carácter facultativo (no obligatorio) del requerimiento al naviero o al propietario del buque, según los casos.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 6/97

**Fecha:** 3 de abril de 1997

**Ponente:** Vicente Santamaría de Paredes Castillo

### **Observaciones**

El artículo 48.2 de la Ley 27/1992 fue derogado por la Ley 48/2003. Actualmente hay que tener en cuenta el artículo 172.3 del TRLEMM, en cuanto a las tasas y por extensión, respecto a las tarifas por servicios comerciales (precios privados), el artículo 249 del mismo TRLEMM

## **Texto del Informe**

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.I. sobre “las condiciones y el procedimiento que permitan la correcta aplicación” del artículo 48.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. A la vista de dicha consulta se emite el siguiente informe:

**- I -**

El artículo 48.2 de la citada Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPMM) dispone lo siguiente:

“El impago reiterado de los cánones y tarifas devengados por la utilización, gestión y explotación de bienes o servicios portuarios faculta a las Autoridades Portuarias para suspender temporalmente la prestación del servicio a las Entidades deudoras, previo requerimiento a éstas y comunicación al Capitán Marítimo si afectase a la navegación marítima.”

Por su parte, la disposición final tercera de la misma Ley establece lo que sigue:

“El Consejo de Ministros y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (actualmente, Fomento) podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, dictar las normas reglamentarias y disposiciones administrativas de carácter general que requiera el desarrollo y aplicación de esta Ley.”

Dada la parquedad del texto del transcrito artículo 48.2 de la LPMM, resulta indudable que este precepto se halla necesitado del pertinente desarrollo reglamentario que facilite su aplicación mediante el establecimiento de criterios uniformes respecto a las condiciones y al procedimiento de aquélla. Así se desprende de la consulta y, en especial, de la referencia que en la misma se

hace a las cuestiones planteadas por “diversas Autoridades Portuarias” a Puertos del Estado, “ante situaciones de impago reiteradas”:

Así las cosas, este Centro estima oportuno formular, con carácter previo a cualquier consideración más concreta, tres observaciones de índole general:

- A) Las conclusiones a que se llegue en este informe deben considerarse como provisionales y, por tanto, sin perjuicio de la solución definitiva que a los problemas planteados dé la futura normativa reglamentaria antes aludida.
- B) Aunque el artículo 48.2 de la LPMM sea aplicable a los “cánones y tarifas” exigibles por las Autoridades Portuarias, en este lugar se tratará únicamente de la suspensión temporal por el impago reiterado de las tarifas por servicios portuarios a que se refiere el artículo 70 de la citada Ley, excluyéndose, por tanto, los cánones contemplados en el artículo 69, toda vez que el párrafo primero del escrito de consulta sólo alude a aquellas tarifas, mencionando expresamente su carácter de precios privados, que no concurre en los cánones, por tener éstos la consideración de precios públicos” (cfr. artículo 69.3) y estar sometidos, en consecuencia, a un régimen jurídico diferente, en muchos aspectos, al de las reiteradas tarifas.
- C) Dado que no se especifican en el escrito de consulta las cuestiones concretas que se hayan suscitado en relación con la problemática genéricamente aludida (condición y procedimiento de aplicación del reiterado artículo 48.2 de la LPMM), este Centro examinará las que presume que pueden ser de más frecuente planteamiento.

De acuerdo con esta última observación, se analizarán los siguientes extremos:

Alcance de la expresión “impago reiterado”

Duración de la “suspensión temporal” de la prestación del servicio.

Posibilidad o no de que el impago reiterado de la tarifa de un servicio determinado faculte para suspender los demás servicios portuarios.

Posibilidad de suspender la prestación del servicio sin haber requerido el pago de la tarifa correspondiente a todos los obligados solidarios.

- II -

Partiendo del anterior planteamiento, y antes de entrar en el análisis concreto de cada una de las cuestiones que se acaban de enunciar, se estima conveniente formular algunas consideraciones generales sobre los tan aludidos servicios portuarios y las tarifas exigibles por su prestación.

A tenor del artículo 66.1 de la LPMM, “son servicios portuarios las actividades de prestación que tiendan a la consecución de los fines que a las Autoridades Portuarias se asignan por la presente Ley y se desarrollan en su ámbito territorial”. A continuación indica el mismo precepto que “en todo caso tendrán este carácter” los servicios de practicaje, remolque portuario, disponibilidad de las zonas de fondeo y asignación de puestos de fondeo, amarre y desamarre de los buques, atraque, y, en general, los que afecten al movimiento de las embarcaciones, el accionamiento de esclusas, la puesta a disposición de espacios, almacenes, edificios e instalaciones para la manipulación y el almacenaje de mercancías y vehículos y para el tránsito de éstos y de pasajeros en el puerto, la puesta a disposición de medios mecánicos, terrestres o flotantes para la manipulación de mercancías en el puerto, el suministro a los buques de agua y energía eléctrica y de hielo a los pesqueros, la recogida de basuras y la recepción de residuos sólidos y líquidos contaminantes procedentes de buques, plataformas u otras instalaciones fijas situadas en la mar y, en fin, los servicios contra incendios, de vigilancia, seguridad, policía y protección civil portuarios, “sin perjuicio de los que correspondan al Ministerio del Interior o a otras Administraciones Públicas”.

El artículo 66.4 de la LPMM dispone, por su parte, que “las actividades y servicios prestados por las Autoridades Portuarias se regirán por las normas del Derecho privado”, de lo que es lógica

consecuencia que las tarifas por servicios portuarios tengan “el carácter de precios privados” (artículo 70.1, que reitera lo dispuesto en el artículo 45.b), al señalar genéricamente éste que los ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias “en el ejercicio de sus actividades” tendrán “el carácter de recursos de Derecho privado”).

La competencia par fijar las tarifas por los servicios que presta directamente cada Autoridad Portuaria corresponde al Consejo de Administración de la misma, dentro de los límites establecidos por el Ministerio de Fomento y debiendo actualizarse aquéllas con periodicidad anual (cfr. artículos 40.3.n) y 70.2 y 3 de la LPMM). En la actualidad, la aplicación de dichas tarifas se rige por la Orden Ministerial de 19 de abril de 1995, modificada en parte por la Orden de 30 de Enero de 1996. De acuerdo con estas disposiciones las tarifas se estructuran en función de los distintos servicios prestados, distinguiéndose las tarifas por señalización marítima (T-0), buques (T-1), pasaje (T-2), mercancías (T-3), pesca fresca (T-4), embarcaciones deportivas y de recreo (T-5), grúas de pórtico (T-6), almacenaje (T-7), suministros (T-8) y servicios diversos (T-9).

Conforme se ha reiterado a lo largo de este informe, el artículo 48.2 de la LPMM permite suspender temporalmente la prestación del servicio a las entidades deudoras de las tarifas por impago reiterado, pero cabría sostener que aunque no existiera aquel precepto, al regirse los servicios en cuestión por las normas de Derecho privado y tener carácter recíproco las respectivas obligaciones de la Autoridad Portuaria (prestar el servicio) y de la entidad interesada (pagar la tarifa), el incumplimiento de la obligación de pago de esta última facultaría a la Autoridad acreedora para resolver su obligación y, en consecuencia, suspender en lo sucesivo la ejecución de la prestación a su cargo, al amparo del artículo 1124 del Código Civil (“la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliese lo que le incumbe”).

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 48.2 de la LPMM exige determinadas condiciones y trámites para suspender la prestación del servicio, derivando de ella las cuestiones que son objeto de este informe.

- III -

Entrando ya en el examen de las condiciones a que acaba de aludirse y, más concretamente, en la primera de las cuestiones enumeradas en los apartados I, C) de este informe, es evidente que el presupuesto de hecho imprescindible para que la Autoridad Portuaria correspondiente pueda acordar la suspensión temporal del servicio a que se refiere el reiterado artículo 48.2 de la LPMM consiste en que se haya producido un “impago reiterado” de la tarifa, lo que obliga a determinar el sentido y alcance de la expresión entrecomillada.

Pues bien, acudiendo al elemento gramatical en la interpretación de las normas jurídicas (el “sentido propio de sus palabras”, según el artículo 3.1 del Código Civil) y habida cuenta de la definición del verbo “reiterar” contenida en el Diccionario de la Real Academia Española (“volver a decir o hacer una cosa”), debe afirmarse que para que el impago de las facturas de tarifas por servicios portuarios pueda calificarse de reiterado será necesario que se haya reclamado su pago, sin resultado, al menos dos veces, lo que ocurrirá cuando, no habiéndose hecho efectivo su importe en el plazo señalado por la regla aplicable (como máximo, el de “treinta días naturales desde la fecha de expedición de las facturas correspondientes, debiendo notificarse las mismas dentro de los diez primeros días del período citado”, según dispone la regla VIII de la antes mencionada Orden Ministerial de 19 de abril de 1995), la Autoridad Portuaria reclame por segunda vez el pago, concediendo al obligado un nuevo plazo para efectuarlo (con la advertencia, en su caso, de que de no hacerlo, se procederá a suspender la prestación del servicio), sin que, pese a ello, se abone el importe de la factura. En todo caso, debe advertirse que a las deudas no satisfechas en el plazo de los veinte días, una vez efectuada la primera notificación y transcurrido el término fijado en ésta, se les impondrá un recargo por demora consistente en aplicar a las cantidades adeudadas el interés legal del dinero vigente incrementado en cuatro punto, durante el período en que se haya incurrido

en mora, salvo que el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria acuerde revisar aquel recargo tomando en consideración las circunstancias concretas que en cada expediente de deuda puedan concurrir (cfr. regla VIII, párrafos segundo y tercero, de la Orden Ministerial de 19 de abril de 1995, modificada por la de 30 de enero de 1996).

Una vez fijado el sentido que gramatical y lógicamente debe darse a la expresión “impago reiterado,” debe recordarse que el artículo 48.2 de la LPMM exige, para poder suspender temporalmente la prestación del servicio a las Entidades deudoras, el “previo requerimiento a éstas,” lo que, en opinión de este Centro, no significa que deba existir necesariamente un tercer requerimiento de pago de la correspondiente factura, sino que nada obsta, y sería conforme con el citado precepto legal, que en el segundo requerimiento de pago que se formule, después de transcurrido sin efecto el plazo señalado en la regla VIII de la Orden Ministerial de 19 de abril de 1995, se indique expresamente (como ya se apuntó más arriba) que en caso de no atender dicho segundo requerimiento, la Autoridad Portuaria procederá a suspender la prestación del servicio.

Ahora bien, esta Dirección General estima pertinente matizar las consideraciones precedentes en el sentido de que no todo impago de facturas reclamadas al menos dos veces debe identificarse necesariamente con un impago reiterado, a efectos de suspender la prestación del servicio portuario correspondiente. Parece razonable entender que cuando la Ley habla de impago reiterado de las tarifas quiere referirse, utilizando la expresión acuñada en numerosas sentencias del Tribunal Supremo (así, las de 28 de febrero y 30 de octubre de 1981 y 17 de enero de 1984), a la “voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación,” esto es, que se aprecie “una conducta contractual renuente que produzca un verdadero incumplimiento, en el sentido de frustrar la legítima expectativa de la parte cumplidora en cuanto al fin del contrato insito en la causa” (Sentencia de 18 de noviembre de 1983). A partir de esta doctrina jurisprudencial, cabría entender que no existe voluntad rebelde al cumplimiento de la obligación cuando el obligado al pago de una liquidación de la tarifa por determinado servicio portuario no esté de acuerdo con su importe, por considerar que tiene derecho a determinadas reducciones que no hayan sido correctamente aplicadas o que la factura no se ajusta a lo que al efecto dispongan las reglas particulares de las tarifas. Si los ingresos devengados por los servicios prestados fueran de Derecho Público, la Autoridad Portuaria podría utilizar para su cobro el procedimiento administrativo de apremio y el deudor las vías de recurso procedentes (cfr. artículo 48.1 de la LPMM), pero al tener las tarifas de que se trata el carácter de precios privados (art. 70.1 de la LPMM) y regirse los servicios prestados por las Autoridades Portuarias por las normas de Derecho privado (art. 66.4 de la LPMM), el usuario de dichos servicios y deudor de la liquidación por la tarifa correspondiente no podrá formular recurso administrativo o contencioso-administrativo contra la misma, en tanto que la Autoridad Portuaria, si no rectifica la factura y el deudor no se aviene a pagarla, deberá ejercitar ante los Tribunales civiles la correspondiente acción para conseguir el cobro de aquélla. Pues bien, en tales supuestos la Autoridad aludida podría apreciar, en función de la actitud y eventuales alegaciones del deudor y de las demás circunstancias del caso, si está justificada o no la suspensión del servicio y proceder en consecuencia, teniendo en cuenta que la literalidad del artículo 48.2 de la LPMM le faculta (pero no le obliga) para acordar dicha suspensión. Por otra parte, lo que se acaba de indicar debe entenderse sin perjuicio de que la referida Autoridad puede también requerir un depósito previo o la presentación de un aval con objeto de garantizar el cobro de la liquidación final, conforme prevé el apartado b) de la regla IX de la Orden Ministerial de 19 de abril de 1995.

#### - IV -

Conforme dispone el tantas veces citado artículo 48.2 de la LPMM, el impago reiterado de las tarifas, en los términos antes expuestos, faculta a la Autoridad Portuaria para “suspender temporalmente la prestación del servicio” al deudor. Ahora bien, aunque el texto de aquel precepto se refiere a una suspensión temporal, ello no significa, a juicio de este Centro, que la Autoridad Portuaria deba, a modo de sanción, fijar un plazo determinado de suspensión, sino que lo que parece que realmente se quiere indicar es que la suspensión durará en tanto no se pague o se garantice sufi-

cientemente el pago de la deuda originada por el servicio prestado por la mencionada Autoridad, como se deduce de la regla IX de la Orden de 19 de abril de 1995, que lleva por título “Medidas para garantizar el cobro de las tarifas;” incluyendo entre dichas medidas (cfr. su apartado a) la suspensión temporal de reiterada mención.

**- V -**

Expuesto lo anterior, se considera necesario determinar el ámbito material de la “suspensión temporal;” es decir, precisar si ésta debe afectar sólo al servicio por el que se devengó la tarifa impagada o, por el contrario, a todos los servicios que preste la Autoridad Portuaria y cuya utilización solicite el deudor de aquella tarifa. En relación con este punto, este Centro estima razonable entender que la suspensión sólo afectará al servicio que hubiera originado la factura no satisfecha, de modo que el impago reiterado de, por ejemplo, una factura por la utilización de grúas de pórtico (Tarifa T-6) facultará a la Autoridad Portuaria para suspender en lo sucesivo la puesta a disposición del peticionario de aquellas grúas hasta tanto la factura no sea pagada, pero no para suspender la prestación de otros servicios comprendidos en tarifas diferentes.

El propio texto del artículo 48.2 de la LPMM puede avalar esta interpretación, dado que al aludir a la suspensión temporal emplea la expresión “prestación del servicio” en singular, lo que parece tener su justificación en que cada servicio (o, más exactamente, cada tipo de servicios) gravado por una misma tarifa se configura como autónomo y, en consecuencia, las vicisitudes en la prestación de uno o varios de aquéllos no deben afectar a los demás (es decir, a los sujetos a tarifas distintas).

Para el supuesto de aceptarse esta interpretación (que se reconoce no es indiscutible) debe advertirse que el hecho de que el impago reiterado de una factura por prestación de un servicio determinado no faculte para suspender la prestación del resto de los servicios portuarios no significa dejar desprotegida a la Autoridad portuaria, ya que nada impide que en tal caso y para la prestación de nuevos servicios portuarios, se pueda exigir, con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) de la regla IX de la Orden Ministerial de 19 de abril de 1995, el depósito previo o la constitución de avals, así como emitir facturas a cuenta, con objeto de garantizar el cobro del importe de las tarifas por los servicios que se presten, sin perjuicio de la liquidación final resultante.

**- VI -**

El artículo 73 de la LPMM dispone, en su apartado 2, que “el sujeto obligado al pago de las citadas liquidaciones (por tarifas y otros conceptos originados por la estancia de buques en los puertos), efectuadas por la Autoridad Portuaria o Marítima será, en el caso de que exista, el consignatario que ha solicitado de estas Entidades los servicios portuarios correspondientes o el Capitán del buque, si éste no está consignado;” añadiendo que “en ambos casos estará obligado al pago el naviero o el propietario del buque, con carácter solidario.” A los efectos de esta Ley -indica, por su parte, el apartado 1 del mismo artículo 73- se considera agente consignatario a la persona física o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque, haciéndose responsable del pago de las liquidaciones que por tarifas u otros conceptos originados por la estancia de buques en el puerto sean practicadas por la Autoridad Portuaria o Marítima.” Pues bien, la existencia de obligados solidarios al pago de las liquidaciones efectuadas por los servicios prestados por la Autoridad Portuaria plantea la cuestión de si puede dicha Autoridad, sin requerir de pago al naviero o propietario del buque, acordar la suspensión de la prestación del servicio en caso de impago reiterado por parte del consignatario, cuando exista, o del Capitán del buque, si éste no está consignado.

De la lectura de los transcritos apartados 1 y 2 del artículo 73 de la LPMM resulta que “el sujeto obligado al pago” de las liquidaciones en cuestión es el consignatario, si existe, y el Capitán del buque, en otro caso, de lo que cabe deducir que aquél o éste, según los casos, se configuran como deudores principales, pudiéndose a su vez concluir, a partir de estas premisas, que en el supuesto



de impago reiterado de las liquidaciones por parte de uno u otro, la Autoridad Portuaria está facultada (una vez efectuados los requerimientos pertinentes a dichos deudores) para suspender la prestación del servicio, sin necesidad de dirigir notificación o requerimiento alguno a los restantes obligados solidarios (es decir, al naviero o al propietario del buque aludidos en el apartado 2, "in fine", del precepto legal citado).

A juicio de esta Dirección General, la conclusión que se acaba de apuntar es, en efecto, correcta, no sólo por razones derivadas de la literalidad del artículo 73 de la LPMM, sino también por las consideraciones de orden lógico y sistemático que seguidamente se expondrán, distinguiendo los dos supuestos que contempla aquel precepto.

A) Supuesto de que exista consignatario.

En este caso, la cuestión resulta especialmente clara. Si el consignatario es, "a los efectos de esta Ley", la persona que "actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque" (artículo 73.1 de la LPMM), es evidente que esta representación, cuyo alcance se extiende hasta tal punto que determina la obligación y la responsabilidad del pago de las liquidaciones (por la prestación de servicios cuyo beneficiario es el naviero o el propietario del buque), tiene que incluir "a fortiori" la recepción de notificaciones y requerimientos relacionados con dichas liquidaciones.

Por consiguiente, debe entenderse que las notificaciones y requerimientos dirigidos al consignatario a los efectos del artículo 48.2 de la LPMM son suficientes para considerar cumplidos dichos trámites respecto al naviero o propietario del buque a los que aquél representa, sin perjuicio de las consecuencias que la conducta del último pueda tener en las relaciones de orden civil o mercantil con sus representados, a las que es obviamente ajena la Autoridad Portuaria.

Como es lógico, lo que acaba de indicarse no obsta a que si la Autoridad Portuaria lo estima conveniente (para asegurar el cobro de la tarifa o por cualquier motivo), se dirijan también las notificaciones o requerimientos en cuestión al naviero o al propietario del buque, que conservan la condición de obligados solidarios al pago de las liquidaciones en tanto éstas no sean satisfechas.

B) Supuesto de que el buque no esté consignado.

En esta hipótesis, el Capitán del buque queda obligado al pago de las liquidaciones por tarifas portuarias, conforme dispone el artículo 73.2 de la LPMM, pero este precepto no asigna expresamente al aludido Capitán la representación del naviero o del propietario de la nave a los efectos de la propia LPMM. Sin embargo, este Centro considera que tal representación es sostenible no sólo por aplicación analógica (ex artículo 4.1 del Código Civil) de lo dispuesto en el apartado 1 de aquel artículo para el consignatario, sino también, y sobre todo, a la vista de las obligaciones y funciones atribuidas al Capitán del buque por el Código de Comercio.

En este sentido pueden citarse, entre otros preceptos del mencionado Código, sus artículos 612.16 (a cuyo tenor el Capitán tiene el deber de "cumplir las obligaciones que impusieren las Leyes y Reglamentos de Navegación, Aduanas, Sanidad y otros") y 618, apartados 1º y 5º (según los cuales "el Capitán será responsable civilmente para con el naviero, y éste para con los terceros que hubieran contratado con él, de todos los daños que sobrevinieren al buque y su cargamento por impericia o descuido de su parte" y "de los que sobrevengan por el mal uso de las facultades y falta en el cumplimiento de las obligaciones que le correspondan conforme a los artículos 610 y 612"). De todo ello se desprende la diligencia que debe poner el Capitán en el cumplimiento de las obligaciones que establece la LPMM en relación con el pago de las tarifas por servicios portuarios, incluido en su caso el traslado de notificaciones al naviero o el propietario del buque, para evitar a éstos daños de los que aquél sería responsable (como podría suceder con los derivados de la suspensión de la prestación de aquellos servicios por impago reiterado de las tarifas).

Conviene añadir que las aludidas obligaciones del Capitán del buque son también exigibles a quienes no ostentan dicho título profesional, pero sí otros que les facultan reglamentariamente para desempeñar funciones análogas a las propias de aquél -es decir, las inherentes a la dirección del buque- en embarcaciones de menor porte o capacidad (como es el caso de los patrones de cabotaje y de los de pesca). Así resulta del propio Código de Comercio, dado que la Sección

Segunda del Título II de su Libro III lleva la rúbrica “De los Capitanes y de los patrones de buques;” refiriéndose conjuntamente a unos y otros en los artículos 609 y 610.

Asimismo parece oportuno señalar que si bien el Código de Comercio sólo se refiere, en principio, a los “buques mercantes” (cfr. el artículo 573, primero del Libro III, que lleva la rúbrica “Del comercio marítimo”), la realidad es -como manifiesta un autorizado tratadista- que los preceptos de dicho Código “se aplican a toda clase de tráfico marítimo, sea o no comercial.” En consecuencia, deberá entenderse que cuanto se ha dicho respecto a las funciones y obligaciones de los Capitanes y patrones de buques es aplicable tanto a los mercantes (en sentido estricto, los dedicados al transporte marítimo) como a los que integran la flota pesquera y a los dedicados a otras actividades (de recreo, deportivas, exploración, investigación científica, etc.), aunque a los efectos del artículo 48.2 de la LPMM -que es de lo que aquí se trata- esta cuestión será irrelevante, obviamente, respecto a los buques que estén exentos del pago de las tarifas por servicios portuarios conforme al artículo 71 de la LPMM.

La conclusión a que conducen las consideraciones precedentes es que cuando se trate de buques (de cualquier clase) no consignados, el Capitán (o, en su caso, el patrón) ostenta la representación del naviero o del propietario del buque a los efectos del artículo 48.2 de la LPMM, por lo que, una vez reiterado el impago de la tarifa y efectuados los pertinentes requerimientos y notificaciones a la persona mencionada en primer lugar, la Autoridad Portuaria podrá acordar la suspensión temporal de la prestación del servicio correspondiente, sin necesidad de cumplir directamente los referidos trámites con los demás obligados solidarios a los que aquella persona representa.

Por lo demás, debe darse por reproducido en este lugar lo que se indica en el último párrafo del precedente apartado A) respecto a la posibilidad de que las notificaciones y requerimientos de referencia se entiendan también con el naviero o el propietario del buque.

Todo lo expuesto en el presente apartado debe entenderse, como es obvio, sin perjuicio de la obligación de dirigir comunicación al Capitán Marítimo previamente a la suspensión de la prestación del servicio, si ello afectase a la navegación marítima, conforme previene el precepto legal de constante cita.

## - VII -

Finalmente, se estima oportuno insistir en la conveniencia de que, a la brevedad posible, se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del artículo 48.2 de la LPMM, elaborando a tal efecto -si ya no se hubiera hecho- el oportuno borrador o anteproyecto (que podría limitarse a complementar el contenido de aquel precepto legal, sin perjuicio de la posterior promulgación del Reglamento General para la aplicación de la LPMM). Parece claro que el Ente Público Puertos del Estado ha de tener un papel destacado en la iniciativa y preparación de la norma reglamentaria aludida, dados los objetivos y las funciones que atribuyen a dicho Ente los artículos 25 y 26 de la LPMM. Respecto al rango de la futura norma reglamentaria, este Centro considera que habría de aprobarse por Real Decreto, dado que su aplicación y eficacia no se limitarán al ámbito interno de la Administración Portuaria o del Ministerio de Fomento, sino que afectará a los intereses de diversas personas y sectores privados (consignatarios, armadores, propietarios, Capitanes y patrones de buques) y, de modo más o menos directo, a los Departamentos ministeriales que ostentan competencias relativas a aquellos sectores (en especial, al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, respecto a la flota pesquera).

También parece conveniente recordar que en el presente informe sólo se han abordado las cuestiones que esta Dirección General ha presumido que pueden plantearse con mayor frecuencia y señalar, además, que el examen se ha limitado -dada la competencia del Centro informante- a los aspectos jurídicos de tales cuestiones, sin ignorar que probablemente se suscitarán otras cuestiones -u otros aspectos de aquéllas- de carácter técnico, económico o de oportunidad, que habrían de ser evaluadas, a efectos del reiterado desarrollo reglamentario, por las Entidades que tienen a su cargo la gestión de las tarifas por los servicios en cuestión y la coordinación de los

criterios de aquella gestión, es decir, por las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado, respectivamente.

En suma, es posible -y así se espera- que este informe contribuya, en los términos indicados, a resolver ciertas dudas planteadas en la aplicación del reiterado artículo 48.2 de la LPMM, pero no puede suplir la carencia del correspondiente texto reglamentario "estableciendo -según la expresión del escrito de consulta- las condiciones y el procedimiento que permita la correcta aplicación del aludido artículo" a todos los efectos, porque, como ya se advirtió, existen aspectos de aquella genérica temática que no han sido abordados, ni podían serlo, en este lugar.

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección General formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** A los efectos del artículo 48.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se entiende que existirá "impago reiterado" de las tarifas aludidas en dicho precepto cuando la Autoridad Portuaria hubiera requerido al menos dos veces el pago de la liquidación correspondiente por aquel concepto.

**Segunda.-** En el "previo requerimiento" a que se refiere el precepto mencionado en la conclusión anterior deberá advertirse expresamente que en caso de no efectuarse el pago de la liquidación de la tarifa en el plazo señalado (segundo, como mínimo, de los concedidos al respecto), la Autoridad Portuaria procederá a suspender temporalmente la prestación del servicio al deudor de que se trate.

**Tercera.-** Corresponde a la Autoridad Portuaria apreciar discrecionalmente, a efectos de suspender o no la prestación del servicio, la actitud y posibles alegaciones del deudor, así como las restantes circunstancias del caso, procediendo en consecuencia, según se indica y razona en el último párrafo del apartado IV de este informe.

**Cuarta.-** El ejercicio de la facultad de suspender temporalmente la prestación del servicio, a la que se viene haciendo referencia, no significa que la Autoridad Portuaria deba fijar un plazo determinado de dicha suspensión, sino que ésta deberá mantenerse en tanto no se efectúe o garantice suficientemente el pago de la deuda cuyo impago reiterado ocasionó la propia suspensión.

**Quinta.-** Se aprecian motivos razonables para entender que la suspensión de la prestación del servicio por la Autoridad Portuarias ha de referirse a aquél que haya originado la liquidación impagada, pero no a los restantes servicios que gestione directamente aquella Autoridad, y ello sin perjuicio de que la misma pueda exigir depósito previos o avales para garantizar el cobro de tarifas por los servicios últimamente aludidos.

**Sexta.-** El consignatario, cuando exista, y el Capitán (o patrón) del buque, cuando éste no esté consignado, ostentan la representación del naviero o del propietario del buque a los efectos del artículo 48.2 de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, por lo que, una vez reiterado el impago de la tarifa correspondiente y efectuados los pertinentes requerimientos y notificaciones a alguna de las personas mencionadas en primer lugar, la Autoridad Portuaria podrá acordar la suspensión temporal de la prestación del servicio de que se trate, sin que sea necesario (aunque sí posible) cumplir también los referidos trámites con los demás obligados solidarios a los que aquéllas personas representan según los casos.

**Séptima.-** Se aconseja instar y preparar, a la brevedad posible, el desarrollo reglamentario del precepto legal citado en la conclusión anterior, por las razones y en los términos apuntados en el apartado VII de este dictamen.

## **148.- Informe sobre la procedencia de pago de un canon exigido por una Autoridad Portuaria a diversos servicios de la Administración del Estado por la ocupación de locales sitios en la zona de servicio del puerto y construidos con cargo a los presupuestos de la propia Autoridad Portuaria, sin subvención alguna.**

### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia del pago de un canon exigido por una Autoridad Portuaria (A.P.) a diversos servicios de la Administración General del Estado por la ocupación de locales sitios en la zona de servicio del Puerto y construido con cargo a los presupuestos de la propia A.P., sin subvención alguna. Referencia a un informe anterior de la DGSJE (Ref.: AEH Patrimonio 53/94, de 11 octubre 1994). Examen de los preceptos de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), modificado en parte por la Ley 62/97, de 26 de diciembre. Distinción entre los terrenos y construcciones de dominio público estatal que el Estado puede reservarse para su uso y las construcciones efectuadas sobre aquellos terrenos y costeados íntegramente por la A.P. Conclusiones: 1º) La Administración del Estado puede reservarse, total o parcialmente, los terrenos del dominio público portuario y las construcciones sobre el mismo que sean de su titularidad; 2º) La A.P. está facultada para exigir a la Administración del Estado el canon de ocupación (art. 69 LPMM) por la cesión del uso de las instalaciones y construcciones realizadas por aquella (o por la antigua Junta del Puerto) con cargo exclusivo de sus presupuestos y que, por consiguiente, son de su titularidad, debiendo de descontarse de la base imponible el valor del suelo (por ser éste de titularidad estatal); 3º) la Administración no está sujeta al canon por prestación de servicios previsto en el artículo 69 bis de la LPMM en los casos a que se refiere la consulta.

**Ref.:** A.G.SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 2/98

**Fecha:** 18 de marzo de 1998

**Ponente:** Carlos Gallego Huescar

### **Observaciones:**

En la actualidad hay que tener en cuenta los artículos 42 a 46, relativos al régimen patrimonial, 72.2. y 73.3 relativos a la ocupación de dominios públicos por órganos de la Administración General del Estado, y 170.a) y 183, relativos a la tasa de actividad, del TRLPEMM.

### **Texto del Informe**

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.S. como consecuencia del escrito de petición de informe que le dirigió la Autoridad Portuaria de Málaga sobre la procedencia del cobro de canon a distintos Servicios de la Administración del Estado por la ocupación de edificios sitios en la zona de servicio del Puerto de Málaga que han sido construidos a expensas del propio organismo portuario. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

1º) Según resulta del escrito de petición de informe antes aludido, la Autoridad Portuaria de Málaga pretende el cobro de un canon por la ocupación de diversos locales sitios en la zona de servicio del Puerto de Málaga, que fueron construidos por la Junta del Puerto de Málaga con cargo a sus presupuestos sin subvención alguna de la Administración del Estado y están ocupados actualmente por diversos servicios administrativos del Estado. Estos servicios son los siguientes:

XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

- Guardia Civil del Mar, que ocupa un local en el muelle 1, destinado a pañol para sus embarcaciones.
- Guardia Civil adscrita a la Aduana, que ocupa un local en la Estación Marítima para el ejercicio de las funciones de control aduanero de mercancías.
- Policía Nacional, que ocupa un local en la Estación Marítima, para el cumplimiento de sus funciones de control de entrada y salida de ciudadanos.
- Capitanía Marítima del Puerto de Málaga, que ocupa un local en la Estación Marítima destinado a sus servicios administrativos.
- Centro de Asistencia Técnica e Inspección del Comercio Exterior (dependiente de la Dirección General de Comercio Exterior), que ocupa un local en la Estación Marítima destinado a sus laboratorios y servicios administrativos.
- Comandancia General de Melilla, que ocupa un local en la Estación Marítima destinado a sus tareas administrativas relacionadas con el tránsito de soldados entre Melilla y la Península.
- Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que ocupa un local en el llamado Punto de Inspección Fronterizo (PIF) destinado a sus funciones de control sanitario vegetal y animal.
- Ministerio de Sanidad y Consumo, que ocupa un local en el PIF destinado al ejercicio de sus funciones de control de productos de consumo humano.

2º) El cobro del canon se pretende efectuar, según resulta de un escrito del Director General de la Marina Mercante cuya copia se ha remitido con la consulta, previa la suscripción de un convenio de cesión del local con el Departamento Ministerial afectado en cada caso. Según consta también en aquel escrito y en el de la Autoridad Portuaria, un convenio del tipo aludido ha sido rechazado por la propia Dirección General de la Marina Mercante en lo que respecta al cobro del canon, aludiendo como fundamento del rechazo, entre otros extremos, a un informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Este informe fue emitido con fecha de 11 de octubre de 1994 (ref. AEH - Patrimonio 53/94).

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

El informe de este Centro Directivo que se acaba de citar estableció (entre otras) la siguiente conclusión:

“La ocupación y uso de determinadas partes o dependencias del dominio público portuario de titularidad estatal por órganos de la Administración del Estado que las necesiten para el cumplimiento de sus funciones que legalmente les estén atribuidas ha de instrumentarse jurídicamente a través de la pertinente reserva demanial en los términos que prevé el art. 47.1 de la vigente Ley de Costas, y no mediante concesión administrativa, sin que en consecuencia, pueda exigirse por tales ocupaciones y usos del dominio público portuario el abono de canon o precio público alguno.”

La Autoridad Portuaria de Málaga entiende que la conclusión transcrita solamente sería aplicable a los terrenos de dominio público de la zona de servicio del puerto, pero no a las construcciones existentes sobre tales terrenos que hubieran sido costeadas exclusivamente con cargo a los presupuestos de la antigua Junta del Puerto de Málaga, sin subvención ni aportación alguna de la Administración del Estado. Además, estima la mencionada Autoridad que las reservas demaniales solamente pueden recaer sobre terrenos y no sobre instalaciones o construcciones, argumentando también el incumplimiento de los requisitos establecidos en las Leyes de Puertos y Costas sobre las reservas demaniales, en el caso de que se quisiera incluir en ellas a las aludidas instalaciones o construcciones.

- II -

El concepto de dominio público se configura, a partir de la personificación del Estado y, más tarde, de la Administración del Estado, como un derecho de propiedad (de contenido especial) cuyo titular es una persona de derecho público. Siendo esto así, resulta esencial resolver dos cuestiones, a los efectos de la presente consulta: Primero, si las construcciones sobre los terrenos del dominio público portuario son también bienes de dominio público; Segundo, determinar quién es el titular de dichas construcciones.

Es indiscutible e indiscutida la titularidad estatal del dominio público portuario constituido por los terrenos sobre los que se realizan las construcciones. Estos terrenos proceden de adscripciones que en su momento se realizaron a las Juntas de los Puertos, entre ellos, a la de Málaga y conservan su calificación jurídica originaria. Así resulta del artículo 49.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante LPMM).

La construcción realizada sobre un terreno que no es propiedad del que construye constituye, en principio, un caso de accesión artificial, regulada con carácter general en el Código Civil (en adelante, C.C.). En el régimen jurídico civil del derecho de accesión, el titular de la cosa principal, que es el terreno, adquiere (por regla general) lo edificado, que es lo accesorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 358 del C.C. Es la reglamentación positiva del principio del Derecho romano superficies solo cedit.

Ahora bien, estos criterios civilistas no pueden aplicarse sin más respecto a las instalaciones y construcciones sobre el dominio público, que están sometidas a un régimen jurídico especial, regulado enteramente por normas de Derecho Administrativo. Este régimen especial se caracteriza, en lo que aquí interesa, por la inalienabilidad del dominio público y por el concepto de la afectación.

Es rasgo esencial del dominio público su destino o afectación a un uso o servicio público. La utilización del dominio público debe ser siempre acorde con este principio, de modo que las obras, instalaciones o construcciones que sobre el dominio público se realicen deben acomodarse a aquel destino o afectación. Esta última impone la vinculación de las instalaciones y construcciones sobre los terrenos de dominio público al uso o servicio público a que los mismos están afectos. La inalienabilidad del dominio público impide, por otra parte, que sobre el mismo puedan constituirse derechos reales propiamente dichos, porque en otro caso se estaría desmembrando el derecho de propiedad generando, con ello, una alienación parcial del dominio público. La vinculación necesaria que resulta de la afectación y la inalienabilidad imponen una utilización del dominio público y de las instalaciones y construcciones con arreglo a un régimen jurídico uniforme.

No está de más exponer sumariamente, en primer término, el régimen jurídico aplicable a las aludidas instalaciones y construcciones en el supuesto más normal y, a la vez, de más intensidad en cuanto al uso, que es el caso de las concesiones otorgadas a personas privadas. El concesionario no obtiene un derecho real privado con el que pueda comerciar, sino un derecho real administrativo de uso que supone el sometimiento a un régimen jurídico-público especial tanto del dominio público en sí como de las obras y construcciones que sobre el mismo se realizan. Aquellas deben adaptarse al título concesional y el derecho que el concesionario adquiere sobre ellas se enmarca en el derecho real administrativo que de la concesión resulta. No nace, pues, un derecho de propiedad, ni ningún otro derecho real de carácter civil sobre las instalaciones y construcciones que sea separable del que resulta de la concesión, sino un único derecho real administrativo de uso. No cabe el comercio con esas instalaciones y construcciones aisladamente, sino que solamente cabe la transmisión de la concesión como derecho real administrativo, concedido como una realidad jurídica indisociable, sometida a un régimen de autorización previa por la Autoridad Portuaria correspondiente (artículo 64.1 LPMM). Lo mismo cabe decir de la constitución de hipoteca u otros derechos de garantía (artículo 64.2 LPMM). Las ideas de inalienabilidad y la vinculación necesaria que impone la afectación, antes expuestas, llevan a esta conclusión.

Ahora bien, la vinculación a la que se viene haciendo referencia no es identificable con la afectación misma. El artículo 55.1 de la LPMM dispone lo siguiente:

“En la zona de servicio de los puertos sólo podrán llevarse a cabo las actividades, instalaciones o construcciones que sean acordes con los usos portuarios y con los fines propios de las Autoridades Portuarias.”

La expresión “que sean acordes” indica la vinculación mencionada, pero no es confundible con el uso o servicio público portuario propiamente dicho. Tampoco es aceptable aplicar aquí el viejo concepto de la escala de la demanialidad, elaborado por la doctrina francesa, en el sentido de expandir la demanialidad a todo aquello que tenga cualquier grado de vinculación con el destino o afectación que la justifica. Por el contrario, el tratamiento que la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (en adelante LC), aplicable por remisión a la misma del artículo 54.1 de la LPMM, da a las instalaciones y construcciones corrobora que (salvo lo que se dirá en el fundamento siguiente) no se produce una inmediata integración de aquéllas en el dominio público portuario por el solo hecho de su realización.

En este sentido conviene advertir que el régimen jurídico-público aplicable en la materia determina, en su momento, la siguiente consecuencia: la Administración del Estado, titular del dominio público marítimo-terrestre, podrá optar, en todos los casos de extinción de las concesiones, por el mantenimiento de las obras e instalaciones o por su levantamiento y retirada del dominio público y de su zona de servidumbre de protección por el interesado y a sus expensas (artículo 72.1 LC). En caso de optar por el mantenimiento revertirán a la Administración del Estado, gratuitamente y libre de cargas todas las obras e instalaciones (artículo 72.3). En este caso y solamente en este momento, es decir, una vez extinguida la concesión, las obras pasan a formar parte del dominio público portuario estatal, conforme establece el artículo 53.d) de la LPMM.

Por otra parte, la instalación o construcción sobre el dominio público portuario debe generar un derecho económico a favor de quien la realiza a su costa, al crearse un valor añadido que no puede desconocerse y que debe ser compensado cuando lo disfrute un tercero, porque en otro caso se produciría un enriquecimiento injusto en favor del mismo. Por esta razón, en los rescates de concesiones la Administración deberá indemnizar por el valor de las obras no amortizadas, en los términos que dispone el artículo 89.a) de la LC. Cuando se dan otras causas de extinción de la concesión ese derecho de contenido económico no existe, porque se entiende implícita una cláusula de penalización en los supuestos en los que intervienen incumplimientos o renuncia del concesionario, o bien se entiende que el derecho de crédito también se ha extinguido cuando se cumple el plazo de la concesión, ya que siguiendo un riguroso criterio económico-financiero y contable, la instalación o construcción ya ha sido amortizada. En este caso sí se produce una adquisición gratuita de lo construido, que tradicionalmente se considera que constituye una contrapartida al disfrute por el ocupante de un derecho real sobre el dominio público que restablece el equilibrio entre las dos partes.

- III -

La competencia exclusiva de la Administración del Estado sobre los Puertos de interés general (artículo 149.1.20ª de la Constitución) es ejercida por el Ministerio de Fomento a través del Ente público “Puertos del Estado” y de las Autoridades Portuarias (artículo 11 de la LPMM). A tenor del artículo 35 de la propia LPMM, “las Autoridades Portuarias son Entidades de Derecho Público de las previstas en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios independientes de los del Estado, y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.” La prestación administrativa del servicio público portuario, entendida esta expresión en su sentido más amplio, corresponde directamente a las Autoridades Portuarias, sin perjuicio de las facultades atribuidas al Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado, y de las que correspondan a las Comunidades Autónomas (artículo 35.3 de la LPMM, en la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, que, significativamente, elimina la referencia a la “fiscalización y tutela” del Ministerio de Obras Públicas y Transportes que contenía la anterior redacción). Entre las competencias características de las Autoridades Portuarias se encuentra “la gestión del dominio público portuario” (artículo 36.d) de la LPMM) y, consiguientemente, el otorgamiento de las corres-

pondientes concesiones y autorizaciones (artículo 37.I) de la LPMM). La gestión del dominio público portuario incluye su utilización por las propias Autoridades Portuarias, realizando sobre el mismo instalaciones y construcciones, para lo que no necesitan autorización o concesión, como resulta del artículo 54.2 de la LPMM.

Pues bien, esas instalaciones y construcciones realizadas por las Autoridades Portuarias sobre terrenos del dominio público portuario que gestionan pasan a formar parte del dominio público portuario estatal, necesariamente y por el solo hecho de su ejecución. En estos casos la vinculación a que se ha aludido anteriormente se identifica con la es afectación al servicio público portuario. No puede concebirse que la gestión de la Autoridad Portuaria implique la creación de derechos reales sobre el dominio público “extraños” al servicio público, desnaturalizando el mismo mediante su alienación parcial. En definitiva, el ejercicio legal de esta competencia de gestión por parte de las Autoridades Portuarias hace que la obra deba estar necesariamente afecta al servicio público portuario. Por esta razón, el artículo 53.c) incluye en el dominio público portuario estatal a las obras realizadas sobre el mismo tanto por el Estado como por las Autoridades Portuarias. Esta inclusión en el dominio público no necesita, a juicio de este Centro Directivo, acto singular de afectación, sino que se produce ex lege por aplicación del citado artículo 53.c) de la LPMM.

En efecto, la afectación de las instalaciones y construcciones a ese dominio público opera en estos casos por ministerio de la Ley y tiene como presupuesto fáctico la realización de la obra por la correspondiente Autoridad Portuaria sobre el reiterado demanio. Expresamente lo dispone el citado artículo 53.c) de la LPMM, que califica de dominio público portuario estatal “las obras que el Estado o las Autoridades Portuarias realicen sobre dicho dominio.” Sin embargo, el apartado b) del propio artículo 53 de la LPMM se refiere a los terrenos e instalaciones fijas que las Autoridades Portuarias adquieran por cualquier título para el cumplimiento de sus fines, que también se califican como de dominio público portuario estatal, pero sólo “cuando sean debidamente afectados.” En estos casos es necesario un acto de afectación singular, que no es preciso para las obras construidas sobre terrenos de dominio público preexistente.

Por tanto, está clara en la LPMM la necesaria integración en el dominio público portuario estatal de todas las obras construidas por las Autoridades Portuarias sobre el mismo. Subyacen aquí los dos principios ya mencionados: el de inalienabilidad del dominio público y el de la afectación del mismo, que impone la inmediata vinculación al servicio público portuario.

#### - IV -

Una vez razonado que las instalaciones y construcciones realizadas por las Autoridades Portuarias sobre el dominio público portuario se integran en éste, corresponde ocuparse de su titularidad. El artículo 53 de la LPMM se refiere al “dominio público portuario estatal” y en iguales términos se expresa el artículo 14 de la misma Ley. Ahora bien, como ya señaló este Centro Directivo en su nota de 27 de junio de 1995, ampliatoria del informe de 11 de octubre de 1994 (más arriba citado), la LPMM no emplea el concepto de dominio público portuario estatal en un sentido técnico jurídico preciso, como referencia a la persona a la que corresponde la titularidad dominical. El calificativo “estatal” se explica no por razón de la Administración titular de los bienes, sino por razón del régimen competencial que en materia de Puertos establece la Constitución, al distinguir entre los “puertos de interés general”, que son competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.20ª) y los restantes puertos, sobre los que pueden asumir competencias las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.6ª). Se contraponen así el dominio público portuario estatal (sobre los puertos de competencia del Estado) y el dominio público portuario de las Comunidades Autónomas (sobre los puertos de competencia de dichas Comunidades). La LPMM regula, como su propio nombre indica, los puertos del Estado, es decir, los de interés general (cfr., en especial, los artículos 1, 10, 14 y 15), y por esta razón adjetiva el dominio público portuario de que trata como “estatal”.

Pero, como ya se adelantó, no puede concluirse de modo absoluto, con base en la sola expresión “estatal”, que todo el dominio público portuario de que se trata sea de titularidad de la



Administración General del Estado como persona jurídica, sino que las Autoridades Portuarias también pueden ser titulares de bienes integrados en aquel dominio público portuario. La LPMM no lo impide y, por otra parte, la concepción del dominio público como derecho de propiedad no puede ceñirse hoy a las denominadas Administraciones Territoriales, dada la proliferación de Entidades de Derecho Público (dependientes o vinculadas a aquéllas) a las que se reconoce un patrimonio propio para el cumplimiento de los fines de servicio público que tienen encomendados. En este sentido cabe señalar que en la actualidad existen supuestos, legalmente previstos, de bienes de dominio público de los que son titulares Entidades que no son Administraciones Territoriales. Baste citar el ejemplo de las Universidades (artículo 53.2 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto) y el del Ente Público RTVE y sus Sociedades de capital íntegramente estatal (artículo 34.1 de la Ley 4/1980, de 10 de enero, que aprueba el Estatuto de Radiodifusión y Televisión).

El dominio público es, en la concepción que hoy impera, una relación de propiedad sometida a un régimen jurídico-público especial. Las Autoridades Portuarias tienen, por su parte, “un patrimonio propio, formado por el conjunto de los bienes y derechos que el Estado les atribuya como propios, los que adquieran en el futuro por cualquier título o les sean cedidos o donados por cualquier persona o Entidad” (artículo 49.1 de la LPMM). Ese patrimonio propio de cada Autoridad Portuaria está asignado al “cumplimiento de los fines que le son propios” (cfr. el artículo citado), por lo que fundamentalmente estará compuesto por bienes afectados al servicio público portuario y que, como tales, serán bienes de dominio público. Las Autoridades Portuarias pueden tener bienes patrimoniales, ciertamente, pero la mayoría de los bienes que integran su patrimonio propio serán de dominio público en cuanto afectados al servicio portuario, como lo demuestra la realidad de los bienes de aquellas Entidades. No hay razón alguna para reducir el patrimonio propio de las Autoridades Portuarias al caso, que siempre será más excepcional, de bienes no afectados a los fines que les son propios, esto es, al servicio público portuario. Además, en la concepción actual del dominio público como relación de propiedad tiene especial importancia que la adquisición o construcción de inmuebles que se integren en aquél se efectúe con cargo a los presupuestos propios de las Autoridades Portuarias (como antes de ellas se efectuaron a cargo de los presupuestos propios de las Juntas de Puertos), sin aplicación de fondos de ningún tipo por parte de la Administración del Estado. La razón jurídica fundamental del dominio exige que el titular de éste sea quien adquiere el bien de que se trate o quien sufrague económicamente una obra, respecto al bien resultante de la misma. En otro caso, quedaría afectado el principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro. La razón de la accesión artificial civil, consistente en el propósito de evitar un dominio dividido otorgando la propiedad de lo accesorio al titular del bien principal, no tiene aplicación aquí, por cuanto que la afectación del terreno y de lo construido sobre él al mismo servicio público impone un régimen jurídico uniforme, con la atribución de facultades a una sola y misma persona. Ahora bien, tampoco es contraria al concepto del dominio público la circunstancia de que, como consecuencia de la afectación a un mismo servicio, puedan existir bienes con titulares diversos, cuando éstos sean, por una parte, de la Administración que tiene la competencia sobre el servicio y, por otra, el Ente instrumental de dicha Administración a través del cual se presta aquél.

Desde otro punto de vista, la relación de dominio derivada del título de adquisición, cualquiera que fuera éste, habría de mantenerse por imponerlo el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa. En consecuencia, si de la afectación al servicio público portuario estatal tuviera que deducirse, como consecuencia necesaria, la atribución de la titularidad a la Administración General del Estado, sería preciso crear, para los supuestos de adquisiciones o construcciones efectuadas por las Autoridades Portuarias, el artificio de una “nuda propiedad demanial” temporal, en tanto se mantenga la afectación, a favor de aquella Administración, de modo que ésta, como titular del dominio público portuario constituido por bienes no adquiridos ni construidos por ella, tendría una titularidad desnuda de facultades, por corresponder éstas a la Autoridad Portuaria en base a la LPMM. Cuando se produjera la desafectación, tales bienes pasarían al patrimonio de las Autoridades Portuarias que podrían, en consecuencia, disponer de ellos, de conformidad con el artículo 49.4 de la LPMM (interpretado ampliamente por este Centro Directivo en su informe de 11 de octubre de 1994). Se constituiría así una artificiosa titularidad dominical, sin apenas contenido jurídico práctico que, además, en el supuesto extremo de que se pudiera derivar alguna consecuencia

jurídica práctica, como sería en la posibilidad de constituir una reserva demanial sobre tales bienes, produciría un enriquecimiento de la Administración del Estado a costa de la correspondiente Autoridad Portuaria, lo que no parece aceptable.

La LPMM puede interpretarse en el sentido antes indicado, favorable a la admisión de un sector del dominio público portuario cuyo titular sea la respectiva Autoridad Portuaria, evitando así la creación de categorías jurídicas artificiosas con efectos contrarios a principios generales que informan todo el ordenamiento jurídico, como se acaba de exponer. El artículo 53.a) de la LPMM incluye en el dominio público portuario estatal “los terrenos, obras e instalaciones fijas de titularidad estatal afectados al servicio de los puertos”, refiriéndose, sin duda, a “los bienes estatales adscritos a las Autoridades Portuarias, conforme al artículo 49.2 de la LPMM, así como a aquellos “nuevos bienes de dominio público” o “nuevos bienes patrimoniales” que se afecten o adscriban a las citadas Autoridades por el Ministerio de Economía y Hacienda, como prevé el artículo 49.3 de la LPMM. La LPMM utiliza con idéntico significado los conceptos de bienes “afectados al servicio de los puertos” (artículo 53.a) y bienes “afectados a las Autoridades Portuarias” (artículo 53.e) y artículo 49.3). Por tanto, pueden distinguirse, atendiendo a una interpretación sistemática de todos los preceptos citados, entre los bienes afectados por la Administración del Estado a los servicios portuarios y, por ende, adscritos a la correspondiente Autoridad Portuaria (se incluyen aquí los bienes que ya estaban adscritos a las anteriores Juntas de Puertos y los afectados y adscritos después) y los bienes adquiridos por cualquier título por una Autoridad Portuaria o que sean producto de obras realizadas y pagadas por ella (artículo 53.b) y, en parte, c), cuya afectación no corresponde a la Administración del Estado, según se desprende de lo establecido en el último inciso del artículo 49.3 de la LPMM.

Es importante, a juicio de este Centro Directivo, hacer especial referencia a la competencia para realizar la afectación de los bienes a los servicios portuarios. La afectación es un acto de disposición de especial trascendencia, aunque sea en sentido negativo, por cuanto el bien afectado se convierte en res extra commercium, y queda sometido a un singular régimen jurídico-público con las peculiares notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que predica el artículo 132.1 de la Constitución. Ese acto solamente puede ser realizado por el titular del bien en cuestión. La LPMM, en el citado artículo 49.3, excluye expresamente la competencia del Ministerio de Economía y Hacienda para la afectación y la adscripción de “nuevos bienes” del dominio público portuario cuando las Autoridades Portuarias “ejecuten nuevas obras e instalaciones o adquieran nuevos bienes en el desarrollo de sus actividades”. Ciertamente no dice la LPMM cómo han de afectarse estos bienes, pero esto no quiere decir que tales bienes deban ser patrimoniales porque, como se ha visto, el artículo 53 los considera, bajo las letras b) y c), como bienes de dominio público y, además, para los bienes adquiridos exige un acto específico de afectación. Este acto de afectación compete a la respectiva Autoridad Portuaria, precisamente porque es la titular del bien, pudiéndose encuadrar tal competencia en el artículo 40.5.r) de la LPMM (nueva redacción dada por la Ley 62/1997). Con respecto a las obras sobre el dominio público realizadas por las Autoridades Portuarias la afectación se produjo ex lege (como ya se vio), y su titularidad solamente puede predicarse de quien las ha costeado, razón por la que expresamente también se excluye su afectación del ámbito de competencia del Ministerio de Economía y Hacienda.

- V -

La consideración de las instalaciones y construcciones de que se trata como bienes de dominio público de titularidad de las Autoridades Portuarias hace inaplicable a los casos sobre los que solicitó informe la Autoridad Portuaria de Málaga la conclusión del dictamen de este Centro Directivo de 11 de octubre de 1994 transcrita al comienzo del presente escrito.

Debe puntualizarse que en aquel dictamen se aludía solamente a los bienes de dominio público portuario y sus pertenencias de titularidad estatal (aunque adscritos por la Administración del Estado a las Autoridades Portuarias). Se trataba, pues, de bienes de dominio público de inequívoca titularidad de la Administración del Estado (circunstancia ésta esencial, no siéndolo

tanto su carácter de terrenos, como entiende la Autoridad Portuaria de Málaga), lo que hacía improcedente o innecesaria la existencia de convenios, concesiones o autorizaciones para reglamentar una facultad de uso que ya correspondía al titular del dominio. La única figura aplicable en los supuestos a los que se refería la aludida conclusión de aquel informe era la reserva demanial de la propia Administración del Estado, incompatible con el cobro de un canon o precio público por la Autoridad Portuaria.

Frente a estos supuestos, la existencia, en los casos de que ahora se trata, de una titularidad propia de la Autoridad Portuaria sobre los inmuebles ocupados por diversos servicios de la Administración del Estado justifica que ésta necesite autorización (incluida, en su caso, en el oportuno convenio bilateral) de la propia Autoridad Portuaria de Málaga para ocupar los locales en cuestión, dándose así el presupuesto de hecho previsto en el artículo 69 de la LPMM para la exigencia del correspondiente canon de ocupación.

Ahora bien, esta exigencia de un canon por ocupación del dominio público debe tener en cuenta la titularidad estatal del suelo sobre el que se asientan las construcciones ocupadas. Por esta razón, en la base imponible del canon, que en principio debe calcularse conforme a lo dispuesto en el artículo 69.3.c) de la LPMM, solamente podrá incluirse la anualidad contable de amortización de la construcción y el valor de las obras e instalaciones. En ningún caso deberá computarse el valor del suelo ocupado, por ser éste propiedad del sujeto pasivo en el caso, es decir, de la Administración General del Estado.

Por otra parte, aunque en la consulta no se alude al canon por prestación de servicios, diferenciado en la LPMM del canon de ocupación, se estima conveniente realizar algunas precisiones sobre el mismo en relación con las actividades que pueda desarrollar la Administración General del Estado en los Puertos (y, más concretamente, en los locales a que se refiere la consulta). Dado que este canon grava la realización de determinadas actividades en el ámbito portuario “en virtud de autorización” (de la Autoridad Portuaria), conforme dispone el artículo 69 bis de la LPMM, y que, obviamente, la Administración estatal no necesita autorización de la Autoridad Portuaria para ejercer en las zonas de servicio de los puertos las actividades necesarias para la realización de sus competencias legales (marina mercante, régimen aduanero, comercio y sanidad exterior, seguridad pública, etc.), mediante los órganos o unidades administrativas que ocupan los correspondientes locales, no es posible considerar que exista sujeción al canon por prestación de servicios. Se trata, en el caso, de servicios públicos de prestación y recepción obligatorias comprendidos en el ejercicio de potestades atribuidas a la Administración estatal por la Constitución y las Leyes, y de necesaria ubicación en la zona de servicio del puerto, no identificables con la “prestación de servicios al público” a que alude el artículo 69 bis de la LPMM. Debe afirmarse, por tanto, que falta el presupuesto fáctico del canon por prestación de servicios al público y desarrollo de actividades comerciales o industriales. A mayor abundamiento, nunca se tratará de actividades “comerciales o industriales” cuando la Administración estatal ejercite las competencias propias que deba ubicar, necesariamente, en el ámbito portuario.

En cualquier caso, el artículo 69 ter de la LPMM, introducido en la misma (como el anterior artículo 69 bis) por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, se ocupa de determinadas exenciones sobre las que parece oportuno realizar también unas breves consideraciones. Establece el precepto citado, en su apartado 1, que:

“Estarán exentos del pago del canon los órganos y entidades de las Administraciones públicas que lleven a cabo actividades de vigilancia, investigación, protección y regeneración costera, represión del contrabando, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional”

Este precepto adolece de una deficiente técnica legislativa, ya que la LPMM introduce la exención en un artículo aparte, después de referirse al canon de ocupación (artículo 69) y al canon por prestación de servicios (artículo 69 bis), pero no precisa explícitamente a qué canon debe aplicarse la exención o si ésta debe predicarse de ambos. El precepto utiliza el término “canon” en singular, además de referirse a “actividades”; por lo que una interpretación literal, junto con una interpretación

sistemática e histórica, lleva a la conclusión de que la exención solamente se refiere al canon por prestación de servicios. En primer lugar, debe señalarse que el precepto que establece la exención sigue inmediatamente al artículo 69 bis, que regula el canon por prestación de servicios. Además, en la redacción originaria del artículo 69.2 de la LPMM (en relación con el artículo 71.1 de la misma) se refería la exención de esos mismos supuestos, así como la establecida en favor de la Cruz Roja, al canon por prestación de servicios y actividades industriales o comerciales. Es lógico presumir que la nueva redacción de la LPMM sólo ha pretendido reubicar de forma más sistemática las exenciones del canon de prestación de servicios y las exenciones de las tarifas. Aunque en esa labor de clarificación, mediante la introducción de un precepto especial e independiente, ha olvidado precisar explícitamente el canon al que afecta la exención.

Pues bien, la exención del artículo 69 ter sería aplicable, en su caso, a la mayor parte de los servicios de la Administración General del Estado, aunque esta consideración se formule a efectos meramente dialécticos, puesto que este Centro estima que el Estado no está sujeto por las actividades de que se trata a este canon, como se ha razonado más arriba.

Habida cuenta de las conclusiones a las que se llega en este informe, no es necesario considerar las objeciones que la Autoridad Portuaria de Málaga realiza en orden a las reservas demaniales en favor del Estado. Sí ha de decirse, en cualquier caso, que éstas pueden afectar tanto a terrenos como a instalaciones y construcciones, siempre que unas u otras sean de titularidad estatal. Por tanto, si el terreno y las instalaciones ubicadas en la zona de servicio del puerto son de titularidad estatal, la Administración del Estado podrá constituir en ellas la correspondiente reserva demanial para la prestación de servicios como los mencionados en este informe.

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección General formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La Administración del Estado puede reservarse, total o parcialmente, los terrenos del dominio público portuario y las construcciones sobre el mismo que sean de su titularidad, para el cumplimiento de sus fines, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, teniendo en cuenta a estos efectos lo expuesto en el informe de este Centro Directivo de 11 de octubre de 1994 (citado en los antecedentes del presente) y en este mismo informe.

**Segunda.-** La Autoridad Portuaria de Málaga está facultada para exigir a la Administración General del Estado el canon de ocupación por la cesión del uso de las instalaciones y construcciones realizadas sobre terrenos de dominio público de titularidad estatal por la antigua Junta del Puerto de Málaga o por la actual Autoridad Portuaria, con cargo exclusivo a sus presupuestos y que, por consiguiente, son de la titularidad de dicha Entidad. En el cálculo de la base imponible del canon deberá descontarse, necesariamente, el valor del suelo.

**Tercera.-** La Administración General del Estado no está sujeta al canon por prestación de servicios a que se refiere el artículo 69 bis de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante en los casos a que se refiere esta consulta.

## **149.- Informe sobre diversas cuestiones relativas a las liquidaciones practicadas y a practicar por el antiguo canon de ocupación del dominio público en terrenos de la zona de servicio del puerto. Alcance y efectos de la sentencia anulatoria de una Orden de valoración.**

### **Resumen**

Examen de diversas cuestiones relativas a las liquidaciones practicadas y a practicar del canon por ocupación del dominio público en los terrenos de las zonas de servicio de los puertos de Alicante y Torrevieja. Imprudencia de tomar como base las valoraciones asignadas a dichos terrenos por la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992, al haber sido anulada ésta por sentencias del T.S. de 22 y 27 de febrero de 1999; efectos de dicha anulación respecto a las liquidaciones practicadas o que, en su caso, se practiquen en aplicación de la referida Orden. Mantenimiento de la eficacia de las liquidaciones del citado canon que hubiesen adquirido firmeza con anterioridad a la publicación de la sentencia del T.S. de 22 de febrero de 1999 (arg.: art. 73 LJCA y STC 185/95, de 14 de diciembre). Necesidad de promulgar una norma que sustituya a la O.M. anulada y que, según dictamen del Consejo de Estado de 18 de febrero de 1999, debería tener rango de Real Decreto, si bien a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/97 (de modificación de la Ley 27/92 de Puertos) la competencia para aprobar la valoración de los terrenos corresponde al Ministerio de Fomento.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 16/99

**Fecha:** 22 de octubre de 1999

**Ponente:** M<sup>a</sup> Jesús Prieto Jiménez

### **Texto del Informe**

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.I. sobre la posibilidad de deducir del importe total girado en concepto de canon por ocupación de dominio público portuario la parte correspondiente al elemento "ventajas portuarias," en aquellas liquidaciones no afectadas de falta de cobertura normativa de acuerdo con las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 y 27 de febrero de 1999. A la vista de dicha consulta, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1<sup>º</sup>) El Presidente del Ente Público Puertos del Estado se dirige a este Centro directivo dando traslado de la consulta formulada con fecha 29 de julio de 1999 por la Autoridad Portuaria de Alicante sobre la posibilidad de "restar del importe de los cánones establecidos por la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 el elemento 'ventajas portuarias' que el Tribunal Supremo considera ha sido tenido en cuenta dos veces a la hora de fijar los cánones por ocupación de superficie en las zonas de servicio de los Puertos de Alicante y Torrevieja."
- 2<sup>º</sup>) Acompañan a la consulta, además del citado escrito de la Autoridad Portuaria de Alicante, por el que se ruega la elevación de su consulta a la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, copias de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 27 de febrero de 1999, por las que se declara haber lugar a los recursos de casación nº 4065/96 y 9236/96, interpuestos por Don X y Z, S.A., respectivamente, contra las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fechas 27 de febrero de 1996 y 29 de octubre de 1996, que se casan y anulan, con estimación de los correspondientes recursos contencioso-administrativos y anulación de sendas Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central y de la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992, por la que se aprobó la IV Valoración de los terrenos de las Zonas de servicio de los Puertos de Alicante y Torrevieja.

- 3º) Por resolución de la Dirección General de Puertos (dictada, al parecer, por delegación del entonces Ministro de Obras Públicas y Transportes) de 22 de mayo de 1992 se aprobó “a efectos de fijación de cánones, la IV valoración de los terrenos de las Zonas de Servicio de los Puertos de Alicante y Torrevieja,” fijándose “como criterio automático de actualización del valor básico de los terrenos la variación del índice de precios del consumo ‘Conjunto nacional. Índice general’”.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

Antes de entrar en el análisis de las diversas cuestiones derivadas de la consulta formulada, es conveniente hacer referencia a la evolución sufrida por la normativa reguladora de los cánones por ocupación de dominio público portuario al que se refiere la citada consulta.

La Ley 18/1985, de 1 de julio, por la que se modificó la Ley de 28 de enero de 1966, sobre Régimen Financiero de los Puertos Españoles dispuso, en su artículo 9º, que las tarifas por servicios generales y específicos y los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas (de los organismos portuarios) se fijarían y actualizarían anualmente “con sujeción a la política económico-financiera y de tarifas portuarias determinada por el Gobierno,” añadiendo después que el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo establecería “los límites máximos y mínimos de las tarifas correspondientes ...”

El Real Decreto 2546/1985, de 27 de diciembre, sobre política económico-financiera del sistema portuario dependiente de la Administración del Estado, atribuyó expresamente al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo la competencia para aprobar, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, las valoraciones de los terrenos a efectos de la fijación de los cánones anuales por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones del puerto (cfr. artículo 8º).

En cumplimiento del precepto que se acaba de citar, la resolución de la Dirección General de Puertos de 22 de mayo de 1992 aprobó la IV Valoración de los terrenos de la Zona de Servicio de los Puertos de Alicante y Torrevieja (se entiende que esta resolución fue dictada por delegación del Ministro de Obras Públicas y Transportes, como se indica en el fundamento de Derecho primero de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1999; por lo demás, en toda la documentación remitida incluida la sentencia del citado Tribunal de 22 de febrero del presente año se cita como “Orden Ministerial”, y así se hará en lo sucesivo a lo largo de este informe).

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en lo sucesivo, LPMM) reguló, en el artículo 69 de su redacción originaria, el ámbito y determinación de los cánones por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario.

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre (publicada en el Boletín Oficial de 12 de enero del mismo año) declara la inconstitucionalidad parcial del artículo 24 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, lo que motivó la promulgación del Real Decreto-Ley 2/1996, de 26 de enero, sobre determinadas prestaciones patrimoniales de carácter público gestionadas por la Administración General del Estado y los entes públicos de ella dependientes, que consideró prestaciones patrimoniales de carácter público, entre otras, los precios públicos por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, regulados por el Real Decreto 2546/1985, de 27 de diciembre.

La Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la antes citada LPMM, da una nueva redacción al artículo 69 de dicha Ley, en el que, bajo la rúbrica “canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario,” regula los elementos esenciales del citado canon y establece expresamente, en su apartado 5, que “las autoridades portuarias remitirán al Ministerio de Fomento

para su aprobación, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda y de Puertos del Estado, la valoración de terrenos y de lámina de agua a efectos de la fijación de cánones. Dicha valoración se publicará en el 'Boletín Oficial' de la provincia. Tales valoraciones podrán revisarse cada cinco años o cuando se produzcan modificaciones de la zona de servicio del puerto”

Por último, debe destacarse que la Ley 25/1998, de 13 de enero, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, deroga expresamente el Real Decreto-Ley 2/1996, sin regular, entre de las tasas por utilización del dominio público y prestación de servicios gestionados por el Ministerio de Fomento, el canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, que, como antes se indicó, ya estaba regulado por la Ley 27/1992, tras las modificaciones introducidas en ella por la Ley 62/1997.

- II -

Entrando en el análisis de la concreta cuestión planteada por el Presidente del Ente Público Puertos del Estado sobre la posibilidad de deducir del importe de los cánones por ocupación del dominio público portuario, liquidados con base en la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 por la que se aprobó la IV Valoración de las Zonas de Servicios de los Puertos de Alicante y Torreveja, el elemento “ventajas portuarias” que el Tribunal Supremo considera (en las sentencias más arriba mencionadas) que ha sido tenido en cuenta dos veces en la fijación del citado canon, es necesario detenerse en la premisa de la que parte la consulta, que es la existencia de “liquidaciones no afectadas de falta de cobertura normativa,” a pesar de que las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 27 de febrero de 1999 anulan la reiterada Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992.

Efectivamente, las referidas sentencias declaran haber lugar a los recursos de casación nº 4065/96 y 9236/96, interpuestos por Don X y Z, S.A., respectivamente, contra las sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de febrero y 29 de octubre de 1996, que desestimaron los recursos interpuestos por los interesados contra sendas Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central que, a su vez, habían desestimado las reclamaciones promovidas frente a la tan citada Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992. En consecuencia, el Tribunal Supremo casa y anula, en las repetidas sentencias de 22 y 27 de febrero de 1992, las sentencias recurridas, con estimación de los recursos contencioso-administrativo interpuestos y anulación de las correspondientes resoluciones económico-administrativas y de la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992.

La premisa de que parte el escrito de consulta se articula a través de dos consideraciones derivadas de la estimación por el Tribunal Supremo del primer motivo de casación de los recursos interpuestos, en concreto, de la nulidad de la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 por vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria a la vista de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre. Las citadas consideraciones son, de forma sucinta, las siguientes:

- La primera, que “en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 13 de julio de 1998, la nulidad de la susodicha Orden Ministerial (la de 22 de mayo de 1992) no afecta por sí misma a la eficacia de las sentencias o actos administrativos que sean firmes.”
- La segunda, que “las liquidaciones practicadas con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1996, ya no pueden considerarse nulas por razón de la falta de cobertura normativa de la norma de la que derivan.”

Dado que, como ya se ha indicado, estas dos consideraciones se utilizan como premisa de la consulta planteada por el Presidente del Ente Público Puertos del Estado, resulta necesario determinar si aquéllas se ajustan al fallo de las dos reiteradas sentencias del Tribunal Supremo y a la legislación aplicable.

- III -

En relación con la primera de las consideraciones señaladas, cabe mantener que, efectivamente, la anulación de la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 no afecta por sí misma a la eficacia de las sentencias o de los actos administrativos que sean firmes, si bien puede resultar discutible encontrar el fundamento de esta afirmación en el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en lo sucesivo, LJCA).

Aunque es cierto que el artículo 73 de la LJCA dispone que “las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo han aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente,” el problema radicaría en determinar si una resolución administrativa como la Orden de 22 de mayo de 1992 por la que se aprobó la IV Valoración de la Zona de Servicios de los Puertos de Alicante o Torrevieja tiene la naturaleza de disposición de carácter general.

En relación con este problema se estima oportuno citar el Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998 (recaído en el recurso de casación nº 6596/1997), en el que se hace referencia a la “reiterada jurisprudencia de esta Sala que viene negando la caracterización de disposición de carácter general y de naturaleza reglamentaria a Ordenes, como la de 5 de julio de 1994 aquí impugnada, pues tales resoluciones, aunque participen de alguna de las características de las disposiciones generales, son simplemente actos administrativos de destinatario plural. La sentencia que se intenta recurrir añade el Auto que se cita señala acertadamente respecto de la Orden 5 de julio de 1994, que no se trata de «una disposición de carácter general y de naturaleza reglamentaria, sino que estamos ante un acto administrativo de carácter general, dirigido a una pluralidad indeterminada de personas, encuadrable en la categoría que la doctrina y la jurisprudencia (por todas, baste citar las SSTS 5 diciembre 1994, 3 marzo 1995 y 10 marzo 1995) designan con la denominación de ‘actos plúrimos’, y tales actos, aunque participen de determinadas características normativas propias de las disposiciones generales, no pasan de ser actos administrativos de aplicación concreta y singular de normas legales y reglamentarias preestablecidas (como el Decreto 31/1993 citado en la propia Orden de 5 de julio de 1994) y que, por carecer de vocación de permanencia, no se integran en el ordenamiento jurídico».”

De acuerdo con esta doctrina, podría entenderse que la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 a que se refiere este informe, por la que se aprobó la IV Valoración de los terrenos de las Zonas de Servicios de los Puertos de Alicante y Torrevieja, no merece, pese a tener una pluralidad indeterminada de destinatarios, la calificación de disposición general a la que sea aplicable el artículo 73 de la LJCA, por no contener elementos normativos susceptibles de aplicación general, sino que tenía por objeto un elemento concreto, necesario para la liquidación del canon en cuestión, que es la valoración de determinados terrenos. Sin embargo, debe advertirse que la propia Orden estableció un criterio automático de actualización del valor de esos mismos terrenos cuyo carácter normativo parece menos discutible.

Pues bien, cualquiera que sea el criterio que se adopte respecto de la naturaleza de la Orden Ministerial de constante cita, está justificado concluir, en el mismo sentido que el escrito de consulta, que la nulidad de la reiterada Orden no afecta por sí misma a la eficacia de las sentencias y actos administrativos que la hubieran aplicado y que sean firmes en la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1999 por la que se anula la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992. Debe tenerse presente, a este respecto, que en el fundamento jurídico décimo de la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, que sirve de razón última de la nulidad de la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992, se declara que han de considerarse situaciones consolidadas “no sólo aquellas que hayan sido definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 LOTC), sino también, por exigencias del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), todas aquellas otras que hubieran sido consentidas a la fecha de la publicación de esta sentencia.”



Respecto a las liquidaciones que no hubieran alcanzado firmeza, cabe citar numerosas sentencias del Tribunal Supremo entre las que destaca la de 25 de febrero de 1999, en la que además de alcanzar la misma conclusión que la sentencia del Tribunal Constitucional parcialmente transcrita, se distinguen las distintas situaciones que surgen tras la declaración de nulidad de una norma. En concreto, la mencionada sentencia declara:

“Recapitulando, podemos decir que las liquidaciones practicadas antes de que se declare la nulidad de la norma en cuya virtud se giran corresponden a ‘ingresos debidos,’ que pueden, sin embargo, ser impugnadas, dentro de plazo, para que no se lleguen a convertir en firmes o consentidas, lo mismo en vía administrativa que en vía judicial, y que son susceptibles, asimismo, de la revisión prevista en la disposición adicional segunda comentada en los excepcionales casos, exclusivamente, de ‘directa’ invalidez, en sí mismas consideradas, de las propias exacciones.

En cambio, las liquidaciones practicadas después de anulada la disposición general reglamentaria pasan a ser ‘ingresos indebidos,’ provenientes de liquidaciones nulas de pleno derecho, con nulidad radical ‘indirecta’ (por mor de la nulidad de la disposición en que se han basado) que debe ser apreciada como tal por cualquier órgano administrativo o judicial ante el que se pretenda que surtan efectos.”

Atendiendo a este criterio, este Centro Directivo considera que las liquidaciones del canon de que se trata que hubieran sido practicadas con anterioridad a la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1999 y fueran firmes en tal fecha no resultan afectadas por la anulación de la reiterada Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 por la que se aprobó la IV Valoración de los terrenos de las Zonas de Servicios de los Puertos de Alicante y Torrevieja. Tras la publicación de la reiterada sentencia, no es posible practicar nuevas liquidaciones con base en la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992, al haber sido anulada la citada disposición, por lo que serían nulas las liquidaciones que, en su caso, se hubieran practicado después de aquella publicación (cuya fecha no consta).

#### - IV -

La segunda de las consideraciones del escrito de consulta del Presidente del Ente Público Puertos del Estado a que se viene haciendo referencia, es decir, la relativa a que las liquidaciones practicadas con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1996 (que no fueran firmes a la fecha de la sentencia de 22 de febrero de 1992 por la que se anula la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992) “ya no pueden considerarse nulas por falta de cobertura normativa,” debe ser analizada teniendo en cuenta diversas circunstancias. En primer lugar, el contenido de las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 27 de febrero de 1999 que anulan la reiterada Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992. En segundo lugar, la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la LPMM, que, como más arriba se señaló, da una nueva redacción al artículo 69 de este último texto legal, regulando los elementos esenciales del canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario. Por último, la también citada anteriormente Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, que deroga expresamente el Real Decreto-Ley 2/1996, por lo que el citado Real Decreto-Ley no está vigente en la actualidad.

En concreto, las Sentencias de 22 y 27 de febrero de 1999 anulan la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992, considerando que “lo que ocurre es que tanto las Tarifas portuarias como los cánones anuales por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones del puerto, inclusive si estos últimos se encuentran insertos en una concesión de dominio público portuario, como aquí sucede, son prestaciones públicas de carácter obligatorio o, si se quiere y más concretamente, tasas, cuya concreción última de cuantías puede dejarse a la colaboración reglamentaria de acuerdo con la doctrina constitucional y de este Tribunal anteriormente expuesta, sobre todo para el señalamiento y revisión de cuantías relacionadas con los costes concretos de servicios y actividades, pero que no puede extenderse hasta el extremo de que sea una Orden Ministerial

en este caso la recurrida de 22 de mayo de 1992 la que realice esa función." En consecuencia, el Tribunal Supremo estima que "los razonamientos acabados de transcribir, singularmente el relativo a la improcedencia del señalamiento de los criterios determinantes de la cuantía y actualización de la carga tributaria por mera orden ministerial, conducen directamente a la declaración de haber lugar al recurso, habida cuenta que aquí no se está ante una situación consolidada a la que, por razones de seguridad jurídica, no se pueda aplicar las consecuencias derivadas de la sentencia constitucional tantas veces citada (STC 185/1995, de 14 de diciembre), conforme determinó su fundamento jurídico décimo, sino ante una realidad la de las nuevas valoraciones arbitradas por la Orden de 22 de mayo de 1992 que fue oportunamente impugnada en su momento."

El problema radica, por tanto, en determinar si, como sostiene el Presidente del Ente Público Puertos del Estado, la nulidad de la citada Orden Ministerial queda subsanada para las liquidaciones practicadas con posterioridad a la fecha de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1996, que dispuso, por una parte, que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, tendrían la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público los precios por ocupación o aprovechamiento de dominio público portuario relacionados en el anexo al propio Real Decreto-Ley (donde se citan como precios públicos "regulados por el Real Decreto 2546/1985, de 27 de diciembre") y, además, que "los obligados al pago y los demás elementos que configuran las distintas prestaciones patrimoniales serán los previstos en la normativa vigente el 12 de enero de 1996" (artículo 1 del Real Decreto-Ley 2/1996).

Pues bien, la aludida afirmación del Presidente del Ente Público no puede ser admitida sin importantes salvedades, como se verá más adelante, por las modificaciones que derivan de la entrada en vigor de la Ley 62/1997, por la que se regula el canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, y sobre todo por la derogación expresa del Real Decreto-Ley 2/1996, por la Ley 25/1998, de 13 de julio.

Por otra parte, debe destacarse especialmente que el Consejo de Estado, en su dictamen de 18 de febrero de 1999 (nº 252/99/5.099/98/LD),"relativo a la consulta formulada en relación al régimen de contratos de transacción que pudiera celebrar la Administración para evitar la provocación de litigios sobre los derechos resultantes de las liquidaciones de los cánones portuarios y de las tarifas portuarias y sobre los procedimientos posibles para que las Autoridades portuarias pudieran proceder al cobro a los usuarios de los servicios prestados y cuyas liquidaciones han sido anuladas por sentencias judiciales firmes;" analiza, entre otros aspectos, las consecuencias de la anulación, por el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, de liquidaciones de tarifas portuarias y de las Ordenes Ministeriales de las que traen causa, señalándose expresamente que "ha de advertirse que si bien el razonamiento seguido (en el propio dictamen) se ha referido a las tarifas, y no a los cánones, ello es consecuencia de la circunstancia de que las Sentencias aportadas se refieran mayoritariamente a aquéllas y no a éstos, y no impide la aplicación de la solución propuesta, mutatis mutandi, a la liquidación de los cánones" (cfr. párrafo último del apartado III del citado dictamen).

En el razonamiento a que se ha hecho referencia el Consejo de Estado parte de dos presupuestos: por una parte, la anulación de las liquidaciones practicadas y, por otra, la anulación de las diversas Ordenes Ministeriales de las que traen causa dichas liquidaciones. En relación con la práctica de nuevas liquidaciones, el Consejo de Estado declara lo siguiente:

"No cabe desconocer, no obstante, las dificultades que presenta la práctica de nuevas liquidaciones, a las que se hace referencia en los informes que obran en el expediente. Estas dificultades arrancan de dos circunstancias: primero, que las normas que han venido estableciendo el régimen de liquidación de las tarifas han sido diversas Ordenes Ministeriales; y segundo, que la razón que ha llevado a anular tales liquidaciones ha sido la insuficiencia de rango de estas normas -Ordenes Ministeriales-. La consecuencia que de ello se saca por algunos de los órganos preinformantes es la siguiente: no resulta posible realizar una nueva liquidación, al no ser de aplicación ninguna norma que, con rango suficiente Real Decreto, regule el procedimiento para dicha liquidación.

Sin embargo, estas dificultades son sólo aparentes. Ciertamente, la anulación de las Ordenes Ministeriales que determinan el régimen de las tarifas ha dado lugar a un vacío normativo que impide la aplicación de una norma vigente que establezca el procedimiento para la práctica de nueva liquidación. Lo que ocurre es que, ante ese vacío, corresponde a la potestad normativa del Consejo de Ministros aprobar las normas necesarias para determinar el régimen de la liquidación de las tarifas que, a tenor de la Ley de Puertos del Estado y de la Mercante (y, antes de su entrada en vigor, de las Leyes anteriormente vigentes), resultan plenamente exigibles.

Pues, en efecto, al igual que la consecuencia natural de la anulación de un acto consiste en dictar otro nuevo que le sustituya, la anulación de una norma, con el vacío normativo que deja, ha de dar lugar a la aprobación de una nueva norma que colme la laguna.

Por ello, la Administración ha de proceder a la práctica de nuevas liquidaciones, para lo cual habrá de dictar las correspondientes normas en las que se establezca el procedimiento para dicha liquidación. Sólo así será posible compatibilizar la anulación decretada, con la exigibilidad de las tarifas por los servicios portuarios prestados.

Frente a la solución propuesta, cabe oponer diferentes argumentos que han de ser estudiados sucesivamente con el propósito de determinar la viabilidad de la solución propuesta:

- a) En primer lugar, cabría oponer que la norma propuesta es «restrictiva a los derechos individuales», por lo que su aprobación estaría vedada en el principio de irretroactividad establecido en el art. 9.3. de la Constitución.
- b) El segundo obstáculo que puede oponerse a la solución propuesta consiste en entender que con ella se vulnera el principio de seguridad jurídica al que hace referencia el mismo precepto constitucional.
- c) Finalmente, puede entenderse que un Real Decreto carece de rango suficiente para ordenar el régimen de las liquidaciones.

A este respecto, conviene descartar, en primer lugar, que la solución propuesta conlleve una vulneración del «principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», establecido en el artículo 9.3 de la Constitución. Así se desprende de la jurisprudencia constitucional; en particular, la Sentencia 126/1987, de 16 de julio, señalaba en su fundamento jurídico noveno:

‘No existe prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva. La prohibición que el artículo 9.3 C.E. establece tan sólo para «las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales» se extendía también a las fiscales en el Anteproyecto de la Constitución, y la inclusión de las mismas se mantuvo en el informe de la ponencia, pero desapareció en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales por estimarse que la causa de prohibición ha de buscarse en todo caso en el carácter sancionador o restrictivo de las leyes, no en el objeto específico de las normas, y que la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal.

Por otra parte, no cabe considerar, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquéllas a las que expresamente se refiere el artículo 9.3 de la Constitución, por cuanto tales normas tienen un fundamento autónomo en la medida en que son consecuencia obligada del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, impuesto a todos los ciudadanos en el art. 31.1 de la Norma Fundamental.

La misma doctrina se recoge en otras sentencias del mismo Tribunal, en particular en las siguientes: STC 150/1990, STC 197/1992, STC 173/1996 y STC 182/1997. No obstante, no debe pasar desapercibido que para el Tribunal, el hecho de que el principio de irretroactividad establecido en el artículo 9.3 de la Constitución no sea parámetro adecuado para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad, no supone mantener, «siempre y en cualquier circunstancia», la legitimidad constitucional de las normas fiscales retroactivas. En este sentido, propone el Tribunal estudiar la posible colisión con la Constitución

Teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica recogido en el mismo precepto constitucional.

Sobre el significado concreto que ha de darse, en este contexto, al mencionado principio, resulta especialmente clara la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 182/1997, ya citada, de la cual se extractan unos párrafos del fundamento de Derecho undécimo:

‘Sobre el significado del principio de seguridad jurídica en este particular contexto, también hemos señalado que dicho principio, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico existente (STC 126/1987, fundamento jurídico 11), ni deba entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal (STCS 27/1981 y 6/1983), sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad (STC 150/1990, fundamento jurídico 8).

Determinar, en consecuencia, cuando una norma tributaria de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso. Teniendo en cuenta, de un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (STCS 126/1987, fundamento jurídico 11, 150/1990, fundamento jurídico 8, y 173/1996, fundamento jurídico 3).

Junto a este entendimiento del principio sigue el dictamen del Consejo de Estado, el Tribunal hizo referencia en la Sentencia 126/1987 (y reiteró en las posteriores ya citadas) a la necesidad de tener en cuenta el grado de irretroactividad de la norma, ya que mientras en los supuestos de irretroactividad absoluta -esto es, cuando la norma afecta a situaciones jurídicas ya producidas o agotadas-, el principio de seguridad jurídica supondría la prohibición de irretroactividad, salvo ‘exigencias cualificadas del bien común’, en los casos de irretroactividad impropia, ‘la licitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica, y de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso.’

Los criterios expuestos son suficientes, a juicio del Consejo de Estado, para considerar que el principio constitucional de seguridad jurídica no impide dictar un Real Decreto que determine cómo se han de liquidar las tarifas ya devengadas. En este sentido, conviene tener en cuenta las siguientes circunstancias:

Por un lado, el Real Decreto que habría de dictarse no tendría por objeto situaciones jurídicas concluidas; ciertamente, la tarifa se refiere a un hecho imponible ya ocurrido o a un servicio ya prestado. Sin embargo, ello no significa que los efectos jurídicos de aquellas situaciones estén agotados, como pone de manifiesto la anulación de las liquidaciones y la necesidad de acudir a una nueva liquidación. El carácter preceptivo de esta nueva liquidación, que se anuda a la exigibilidad de la tarifa, es buena prueba de que la relación jurídica entre el usuario de los servicios portuarios y la Administración no ha completado los efectos jurídicos que le son propios.

En segundo lugar, la aprobación de una norma que sustituya a la que ha sido anulada no quiebra la confianza fundada de los ciudadanos, en este caso de los usuarios de los servicios portuarios, ni puede ser calificada de imprevisible, como sería necesario para entender afectado el principio de seguridad jurídica, tal y como se exponía en la Sentencia 182/1997, parcialmente extractada. Pues, en efecto, la aprobación de una norma que sustituya a la derogada, y que venga a colmar la laguna normativa dejada por ésta, es el efecto normal y natural de aquella anulación. Para los usuarios el resultado previsible del uso de los servicios portuarios consistía, precisamente, en el pago de la tarifa; y si la norma que determinó cómo se había de liquidar ésta era anulada, la consecuencia lógica y previsible consistía, precisamente, en la aprobación de una norma que sustituyese aquella y colmase la laguna derivada de la anulación.

Por último, no cabe ignorar que la finalidad de la norma no consiste en imponer una nueva tarifa allí donde no existía, ni establecer el régimen general y la cuantía de todas las tarifas devengadas con anterioridad a su entrada en vigor, sino en ordenar cómo se han de liquidar aquellas tarifas cuya liquidación ha sido anulada. Y lo que queda fuera de toda duda es que la invocación del principio de seguridad jurídica no puede utilizarse para perseguir un fin contrario al Ordenamiento jurídico, esto es, el impago de una tarifa por un servicio efectivamente prestado.

En rigor, la solución propuesta, la aprobación de una norma un Real Decreto que sustituya a las anuladas Ordenes Ministeriales y que ponga solución a las lagunas derivadas de dicha anulación, no sólo no es contraria al principio de seguridad jurídica, sino que constituye la solución natural y es conforme con un principio general del Derecho que encuentra su formulación concreta en el artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo tenor es el siguiente:

‘Artículo 57.3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados’

Lo relevante en la interpretación de este precepto no consiste tanto en determinar si la expresión ‘acto’ ha de entenderse en sentido lato comprensivo de las normas jurídicas o estricto, como en reconocer en su tenor la afirmación de un principio que, por lo demás, se encuentra contenido igualmente en la jurisprudencia constitucional, en un caso sustancialmente análogo al ahora estudiado.

En este sentido, ha de hacerse referencia a la situación derivada de la declaración de inconstitucionalidad realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 45/1989, y que afectó a diversos preceptos de la Ley 44/1978, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Como consecuencia de dicha anulación, se produjo un vacío legal que impedía liquidar los impuestos devengados con anterioridad a la fecha de la Sentencia, pero que todavía no habían sido liquidados. Para colmar tal laguna, y evitar los efectos que se derivaban de ella, que hubiera impedido el cobro de los impuestos ya devengados, se aprobó una norma, la Ley 20/1989, que determinó el procedimiento a seguir para la liquidación de los impuestos devengados en el ejercicio de 1998 y en otros anteriores.

El Tribunal Constitucional, en las Sentencias 38/1997, 63/1997 y 189/1997, declaró la constitucionalidad de dicha ley, ya que, como se señalaba en la Sentencia 45/1989 ‘una vez expulsados del Ordenamiento jurídico determinados preceptos de la Ley reguladora del I.R.P.F. integrados en su sistema, la ordenación del mismo no correspondía a este Tribunal, sino al legislador, a quien, efectivamente, cumplía llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto’. En suma, dicha Ley vino a evitar la laguna parcial consecuencia del pronunciamiento del Tribunal, y el hecho de que se refiera, por definición, a impuestos ya devengados, no afectó a su constitucionalidad.

En suma, lo anterior es suficiente para concluir que el Gobierno ha de dictar las normas que correspondan, que sustituyan a las anuladas, y cuya función consiste en colmar la laguna normativa producida por dicha anulación, determinando el régimen de liquidación de las tarifas ya devengadas y que son exigibles, de conformidad con lo dispuesto en el Ordenamiento jurídico.

El último argumento que pudiera oponerse a la aprobación de la norma propuesta era el derivado de la invocación del principio de legalidad. A juicio del Consejo de Estado, sin embargo, dicho principio no proscribía la solución apuntada. A este respecto, ha de advertirse que tanto en las Sentencias del Tribunal Supremo como en las de la Audiencia Nacional se anularon las Ordenes Ministeriales por considerar que estas normas debían haber tenido cuando menos rango de Real Decreto. Por lo demás, la circunstancia de que el Real Decreto pueda tener efectos retroactivos no impide su aprobación. Resulta sintomático, en este sentido, el tenor del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, en la reforma realizada por la Ley 4/1999, ya publicada pero todavía no entrada en vigor (a la fecha del dictamen que se transcribe); este precepto dispone la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas ‘que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales’. La interdicción de irretroactividad de los

reglamentos se hace en términos idénticos a los establecidos en la Constitución para el conjunto de normas jurídicas. Por ello, y habida cuenta de que la aprobación de un Real Decreto como el propuesto no está proscrita por dicho principio, según se ha razonado, es claro que nada impide que sea una norma con rango de Real Decreto la que determine cómo se han de practicar las liquidaciones anuladas.

No obstante, resultan necesarias algunas precisiones. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la circunstancia de que el Gobierno pueda y deba dictar la norma a la que se hace referencia, y que ello no está vedado por el principio de seguridad jurídica, no quiere decir que quepa dar cualquier contenido a la norma y que haya absoluta libertad para fijar la cuantía de las tarifas ya devengadas. En este sentido, ha de advertirse que la afirmación del principio de seguridad jurídica, y de la protección a 'la confianza fundada de los ciudadanos,' como manifestación de aquél impediría que el Consejo de Ministros fijase tarifas que estuviesen más allá de lo previsible por los usuarios de estos servicios. Ciertamente, el criterio de previsibilidad hace referencia a un concepto jurídico indeterminado; mas no cabe ignorar la aplicación que de este criterio ha hecho el Tribunal Constitucional entre otras, en la Sentencia 182/1997, ya citada. Así, por ejemplo, cabría reputar contraria al principio de seguridad jurídica la fijación de la cuantía de la tarifa en cantidad superior a la que pudiera resultar de una actualización de las que se percibían en años anteriores, o de la que se vinieran percibiendo por los mismos conceptos.

Por otro lado, e íntimamente vinculado con lo anterior, conviene tener presente que la solución propuesta no está exenta de dificultades. El análisis que en este dictamen se realiza acerca de su posibilidad en abstracto no quiere decir que su aplicación particular no pueda ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y que ello no dé lugar a incertidumbres en cuanto al desenlace de tal impugnación. Tampoco cabe desconocer que en ciertos supuestos, como en el caso de prescripción de los derechos, el procedimiento propuesto será inviable.

Por ello, ha de seguirse con especial esscrúpulo el procedimiento legalmente previsto para la aprobación de disposiciones generales, debiendo prestarse especial atención al trámite de audiencia, en la medida en que su utilización pudiera evitar o, cuando menos, disminuir la incertidumbre que la aprobación de una norma trae consigo."

Como acaba de verse, el Consejo de Estado estudió con amplitud, en el dictamen parcialmente transcrito, la problemática derivada de la anulación de las Órdenes Ministeriales por la que se determinaba el régimen de liquidación de las tarifas portuarias y, concretamente, la cuestión relativa a la práctica de nuevas liquidaciones por el referido concepto, señalando la necesidad de que el Gobierno dicte al efecto las normas correspondientes (Reales Decretos) en sustitución de las anuladas. También debe destacarse que, como ya se indicó más arriba, este criterio, referido a las tarifas portuarias, resulta aplicable mutatis mutandi a los cánones por ocupación del dominio público portuario de que aquí se trata, según indica el propio dictamen en su parte expositiva y en su conclusión 1ª, en la que hace expresa referencia a la "previa determinación mediante Real Decreto de la cuantía y de los cánones y tarifas correspondientes."

Conviene añadir que aunque se apreciaran razones por las que la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 pudiera no ser considerada como una disposición de carácter general, según se apuntó en el fundamento jurídico III de este informe, debe destacarse que a través de ella se fijó no sólo la valoración de los terrenos a que se refería, sino también un criterio de actualización de las valoraciones, lo que, según el Tribunal Supremo, no podía ser realizado por medio de una Orden Ministerial, circunstancia que obliga, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, a dictar un Real Decreto que sustituya a la citada Orden anulada.

Partiendo de las premisas anteriores, este Centro directivo estima que no cabe admitir de manera absoluta la afirmación que contiene el escrito de consulta en el sentido de que "las liquidaciones practicadas con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1996 (se entiende que anteriores a la sentencia de 22 de febrero de 1999) ya no pueden considerarse nulas por razón de la falta de cobertura normativa de la norma de la que derivan."

Debe reiterarse a este respecto que la norma (o resolución) de la que derivan tales liquidaciones la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 ha sido anulada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 27 de febrero de 1999 y, en consecuencia, son susceptibles de declaración de nulidad o anulación, en principio, las liquidaciones practicadas en aplicación de la citada Orden Ministerial, distinguiendo diversas situaciones. En primer lugar, se mantendría la eficacia de aquellas liquidaciones practicadas con anterioridad a la fecha de la publicación de la sentencia de 22 de febrero de 1999 que sean firmes por haber sido consentidas o confirmadas por sentencia firme. En segundo lugar, habría que considerar las liquidaciones por los cánones ya devengados y exigibles que, habiendo sido practicadas, no tengan la consideración de firmes a la fecha de la publicación de la reiterada sentencia de 22 de febrero de 1999 por haber sido impugnadas en tiempo y forma o que, en su caso, se hubieran practicado o se practicasen con posterioridad a aquella fecha. En estos supuestos, bien por ser dichas liquidaciones anulables o nulas de pleno derecho, respectivamente, de acuerdo con el criterio expuesto en el fundamento jurídico III, sería necesaria la práctica de nuevas liquidaciones que exigiría, en todo caso, la cobertura de una norma válida en los términos especificados por el Consejo de Estado, es decir, que sería necesaria la aprobación de un Real Decreto por el que se procediera a la valoración de los terrenos de las zonas de servicios de los Puertos de Alicante y Torreveja, que se dictara en sustitución de la Orden anulada. Por otra parte, habría que distinguir las liquidaciones correspondientes a cánones exigibles con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997, supuesto al que se hará referencia en el fundamento jurídico siguiente.

En cualquier caso, la supuesta "cobertura normativa" que, según el Presidente de Puertos del Estado, confirió el Real Decreto-Ley 2/1996 a las liquidaciones practicadas posteriormente en aplicación de la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 no puede admitirse actualmente por dos poderosas razones:

- 1ª) El Real Decreto-Ley 2/1996 fue expresamente derogado por la Ley 25/1998, de 13 de enero, como ya se indicó en el último párrafo del fundamento jurídico I de este informe.
- 2ª) La Orden de 22 de mayo de 1992 ha sido anulada por las reiteradas sentencias de 22 y 27 de febrero de 1999.

Por consiguiente, las liquidaciones practicadas o que, en su caso, se practiquen antes de la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1999 (se reitera que no consta la fecha de dicha publicación) son anulables, salvo que hubiesen adquirido firmeza en los términos señalados en el fundamento jurídico III de este informe. En cuanto a las que, en su caso, se hubieran practicado después de la fecha de publicación de la repetida sentencia de 22 de febrero de 1999 serían nulas, según lo expuesto en el mismo fundamento jurídico.

- V -

Efectivamente, como se desprende de lo expuesto en el fundamento precedente, queda por analizar si la entrada en vigor de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la LPMM tiene alguna incidencia sobre las cuestiones examinadas en el presente informe.

La citada Ley 62/1997 da nueva redacción al artículo 69 de la Ley 27/1992, relativo al "canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario," regulando los elementos esenciales de dicho canon y disponiendo en su apartado 5 que "las autoridades portuarias remitirán al Ministerio de Fomento para su aprobación, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda y de Puertos del Estado, la valoración de terrenos y de lámina de agua a efectos de la fijación de cánones. Dicha valoración se publicará en el 'Boletín Oficial' de la provincia. Tales valoraciones podrán revisarse cada cinco años o cuando se produzcan modificaciones de la zona de servicio del puerto."

Por consiguiente, este texto legal remite directamente a una Orden Ministerial la valoración de los terrenos en cuestión a efectos de la fijación de cánones, lo que determina que las liquidaciones

que se practiquen a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 62/1997 por razón de cánones portuarios devengados desde aquella fecha se deberían ajustar a la nueva Orden que al efecto dictase el Ministerio de Fomento, sin que lógicamente se planteen problemas de legalidad como los que dieron lugar a las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 27 de febrero de 1999.

Además, respecto de estas liquidaciones no se debería plantear el problema de la aplicación del Real Decreto-Ley 2/1996, a que se refiere el escrito de consulta, puesto que además de estar tácitamente derogado por la regulación de los elementos esenciales del canon que realiza la Ley 27/1992, tras las modificaciones introducidas por la Ley 62/1997, ha sido derogado expresamente, como ya se ha reiterado, por la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público.

El hecho de que la Ley 62/1997 (en la nueva redacción que da al artículo 69 de la LPMM) atribuya al Ministerio de Fomento la competencia para la valoración de los terrenos en cuestión no implica, evidentemente, la confirmación o convalidación de la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 (si fuese así, el Tribunal Supremo no la habría anulado), sino que la competencia ministerial se confiere para el futuro, es decir, para su ejercicio mediante una Orden nueva a promulgar después de la entrada en vigor de la propia Ley 62/1997.

## - VI -

Finalmente, y correspondiendo a la cuestión que específicamente se plantea en el escrito de consulta, debe hacerse referencia a “la posibilidad de deducir del importe total girado en concepto de canon por ocupación del dominio público la parte correspondiente al elemento ‘ventajas portuarias’; cuestión planteada en relación con las liquidaciones que en opinión del Ente consultante no están afectadas por la falta de cobertura normativa.

Es cierto como se pone de manifiesto en el propio escrito de consulta que en las reiteradas sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 27 de febrero de 1999 se trata subsidiariamente esta cuestión, pronunciándose el Tribunal en contra de la inclusión, por la tan citada Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992, del elemento denominado “ventajas portuarias” en la valoración de los terrenos objeto de aquella Orden. Así, se dice en las mencionadas sentencias:

“.. aun cuando el resto de los motivos de impugnación fuera articulado, como al principio se dijo, con carácter subsidiario respecto del primero y no sea estrictamente necesario su análisis por tanto, es conveniente dejar sentado que la Orden aludida supuso también una clara extralimitación respecto del Real Decreto 2546/1985, por cuanto el art. 8 de éste establecía que «los cánones anuales por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones se fijarán inicialmente sumando a la anualidad contable de amortización un mínimo del 6% del valor de los terrenos, obtenidos sobre la base de criterios de mercado, y del valor contable de las obras e instalaciones». Es evidente que en esta fórmula reglamentaria no está autorizado el elemento adicional añadido de las «ventajas portuarias» que, sin embargo, computó en su impugnada Orden la Administración, todo ello aparte de que las aludidas ventajas, con las que quiere significarse el valor añadido que para los terrenos incluidos en el puerto resulta de su localización, ya debieron ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar la valoración con arreglo a «criterios de mercado»”

En la sentencia de 22 de febrero de 1999 se añade (cfr. fundamento de Derecho tercero, párrafo quinto) que el «valor añadido» a que se ha aludido

“.. ya había sido tomado en consideración ... en el momento de procederse a la valoración de los terrenos «sobre la base de criterios de mercado», por lo que, en principio, parece que se está ante un doble cómputo de dichas circunstancias (una vez, al calcular el valor del suelo y, otra, después, al usar, con carácter antónimo, el parámetro nuevamente añadido de las «ventajas portuarias»), es decir, ante un gravamen por duplicado de una misma circunstancia o de un solo dato fáctico, el que se desprende de la localización física de los terrenos del puerto”



Ahora bien, debe destacarse que, prescindiendo de estas consideraciones subsidiarias, la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992 es anulada en su totalidad por las dos sentencias de constante referencia, como se ha visto en los antecedentes y fundamento jurídicos anteriores de este informe, por lo que los razonamientos transcritos en relación con el elemento de la valoración de los terrenos denominado “ventajas portuarias” no tienen otra relevancia jurídica que la meramente interpretativa de este aspecto concreto del contenido de la reiterada Orden.

Sin embargo, se considera oportuno señalar que el criterio establecido por el Tribunal Supremo en relación con las reiteradas “ventajas portuarias” debería tenerse presente a efectos de la redacción de la norma o normas que sustituyan a la Orden anulada, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento jurídico anterior.

En virtud de todo lo expuesto, la Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a la consideración de V.I. las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Las liquidaciones del canon por ocupación del dominio público en los terrenos de las zonas de servicio de los Puertos de Alicante y Torrevieja no pueden practicarse tomando como base las valoraciones asignadas a dichos terrenos por la Orden Ministerial de 22 de mayo de 1992, al haber sido anulada la citada Orden por las sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 27 de febrero de 1999 a que se ha hecho reiterada referencia en el presente informe, en el que asimismo se ha indicado el alcance de los efectos de dicha anulación respecto a las liquidaciones practicadas o que, en su caso, se practiquen en aplicación de la reiterada Orden (cfr. fundamento jurídico III y párrafo último del fundamento jurídico IV).

**Segunda.-** La conclusión anterior debe entenderse sin perjuicio de que mantengan su eficacia las liquidaciones del mencionado canon que hubiesen adquirido firmeza en los términos señalados en el fundamento jurídico III de este informe.

**Tercera.-** La práctica de las liquidaciones a que se refiere la conclusión primera exigiría una nueva norma, dictada en sustitución de la Orden anulada y que, según la doctrina sentada por el Consejo de Estado en su dictamen de 18 de febrero de 1999, transcrito parcialmente en el fundamento jurídico IV del presente, debería tener rango de Real Decreto.

**Cuarta.-** No obstante lo indicado en la conclusión precedente, a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, la competencia para aprobar las valoraciones de terrenos a efectos de fijación de los cánones portuarios corresponde al Ministerio de Fomento, por lo que, una vez dictada por éste la oportuna Orden al respecto, deberían ajustarse a ella las liquidaciones que se practicasen en lo sucesivo.

**Quinta.-** Se aconseja que en las nuevas normas que, en su caso, se dicten a los efectos señalados en las dos conclusiones anteriores se respete el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 y 27 de febrero de 1999, en el sentido de no incluir en la valoración de los terrenos a que se viene haciendo referencia el elemento denominado “ventajas portuarias”.

## **150.- Informe sobre diversas cuestiones relativas al canon que, en su caso, deba satisfacer la Dirección General de la Guardia Civil por la ocupación de un local situado en la zona de servicio de un puerto.**

### **Resumen**

Consulta sobre diversas cuestiones relativas al canon que, en su caso, deba satisfacer la Dirección General de la Guardia Civil por la ocupación de un local situado en la zona de servicio del Puerto de Melilla; referencia a informes anteriores de la DSJE; procedencia del pago de canon en el caso, por tratarse de un local construido con cargo a los presupuestos de la antigua Junta del Puerto (actualmente, Autoridad Portuaria). No sujeción de la autorización para la ocupación del local al I.V.A. (por no ser aplicable este tributo en Melilla). Sujeción al Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación exigible en Melilla (Ley 8/1991). Tarifa del canon de ocupación que deba aplicarse en el caso objeto de consulta: es la prevista en el art. 69 de la LPMM (no la de prestación de servicios al público del art. 69 bis ni la de prestación de servicios portuarios del art. 69 ter). Modo de proceder de la D.G. de la Guardia Civil respecto a la Autoridad Portuaria para regularizar la situación actual descrita en la consulta.

**Ref.:** A.G.INTERIOR 2/00

**Fecha:** 28 de diciembre 2000

**Ponente:** Luciano J. Mas Villarroel

### **Observaciones:**

En la actualidad hay que tener presentes los artículos 72.2, 73.3 y 169.a) del TRLPEMM

## **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre determinadas cuestiones relativas al canon que, en su caso, deba satisfacer la Dirección General de la Guardia Civil por la ocupación de un local situado en la zona de servicio del puerto de Melilla por las Fuerzas del Resguardo Fiscal de la Comandancia de la Guardia Civil de dicha ciudad. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro tiene el honor de informar cuanto sigue:

## **ANTECEDENTES**

1º) El Director General de la Guardia Civil expone en su escrito de consulta lo siguiente:

Las Fuerzas del Resguardo de la Guardia Civil han estado ocupando forma gratuita un local en la planta baja del edificio B en el Muelle Ribera núm. 1 de MELILLA, desde el 12 de abril de 1943 hasta octubre de 1.987 (según resulta del documento nº 3 del expediente, aunque en el texto que se transcribe se diga, por evidente error, 1997”), fecha en que se firma el documento por el que se concede la autorización para la ocupación del citado local, aplicándole la tarifa E-4-10, por un importe de 27.948 pesetas al trimestre.

Esta Dirección General (Servicio de Acuartelamiento) ha abonado a Junta de Obras del Puerto, propietaria del citado inmueble, la tarifa indicada hasta el mes de diciembre de 1994, sin embargo, este Organismo solamente aceptó la cantidad que correspondía al cuarto trimestre del año 1986, negándose a percibir cualquier otra cantidad, alegando no estar conforme con la tarifa aplicada. No obstante, este Centro ha estado depositando en la Caja General de Depósitos de Melilla los importes correspondientes a disposición de la propiedad.

Ante esta situación planteada, la Autoridad Portuaria de Málaga se dirigió al Servicio Jurídico correspondiente en dicha provincia, solicitando informe sobre la procedencia del cobro del canon a la Administración del Estado por la ocupación del edificio. Dicha Abogacía, ante la pregunta realizada, se dirigió a esa Dirección General, la cual emitió un informe en cuyas conclusiones manifestaba que la Autoridad Portuaria está facultada para exigir a la Administración el canon de ocupación.

Por otro lado, la Dirección General del Patrimonio del Estado había realizado, anteriormente, a ese Organismo una consulta sobre las cuestiones citadas, emitiendo igualmente informe e indicando en sus conclusiones, sin que pueda exigir el abono del canon o precio público a la Administración del Estado

2) Después de la exposición transcrita, y por entender el Centro consultante que entre los dos informes antes citados existen discrepancias sobre la exigencia del pago del canon aludido, solicita a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado la emisión de un informe en el que se clarifiquen las siguientes cuestiones: 1º- Si procede no pagar por la Administración del Estado (Dirección General de la Guardia Civil) el referido canon de ocupación. 2º- Si el mismo está sujeto a la aplicación del IVA. 3º- Fecha desde la que se tiene que hacer efectivo el pago. 4º- La tarifa a aplicar en su caso.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Se recaba, en primer lugar, el parecer de esta Dirección sobre la procedencia o no de que la Administración General del Estado abone el canon por ocupación del local reseñado en el escrito de consulta.

En un informe de este Centro de 11 de octubre de 1994 (ref. AEH - Patrimonio 53/94) se estableció, entre otras, la siguiente conclusión:

La ocupación y uso de determinadas partes o dependencias del dominio público portuario de titularidad estatal por órganos de la Administración del Estado que las necesiten para el cumplimiento de las funciones que legalmente les estén atribuidas ha de instrumentarse jurídicamente a través de la pertinente reserva demanial en los términos que prevé el artículo 47.1 de la vigente Ley de Costas, y no mediante concesión administrativa, sin que, en consecuencia, pueda exigirse por tales ocupaciones y usos del dominio público portuario el abono de canon o precio público alguno.

Por su parte, en otro informe de este Centro de 18 de marzo de 1998 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 2/98) se formuló, entre otras, la siguiente conclusión:

La Autoridad Portuaria de Málaga está facultada para exigir a la Administración General del Estado el canon de ocupación por la cesión del uso de las instalaciones y construcciones realizadas sobre terrenos de dominio público de titularidad estatal por la antigua Junta del Puerto de Málaga o por la actual Autoridad Portuaria, con cargo exclusivo a sus presupuestos y que, por consiguiente, son de la titularidad de dicha Entidad. En el cálculo de la base imponible del canon deberá descontarse, necesariamente, el valor del suelo.

Las conclusiones de uno y otro informe que se han transcrito no son, pese a lo que en principio pudiera parecer, contradictorias, ya que se refieren a supuestos distintos, como expresamente se señala en el segundo de dichos informes. Así, en el citado informe de 18 de marzo de 1998 se dice (fundamento jurídico V), lo siguiente:

Debe puntualizarse que en aquel dictamen (se refiere al de 11 de octubre de 1994) se aludía solamente a los bienes de dominio público portuario y sus pertenencias de titularidad

estatal (aunque adscritos por la Administración del Estado a las Autoridades Portuarias). Se trataba, pues, de bienes de dominio público de inequívoca titularidad de la Administración del Estado (...), lo que hacía improcedente o innecesaria la existencia de convenios, concesiones o autorizaciones para reglamentar una facultad de uso que ya correspondía al titular del dominio. La única figura aplicable en los supuestos a los que se refería la aludida conclusión de aquel informe era la reserva demanial de la propia Administración del Estado, incompatible con el cobro de un canon o precio público por la Autoridad Portuaria. Frente a estos supuestos –prosigue el informe de 18 de marzo de 1998–, la existencia, en los casos de que ahora se trata, de una titularidad propia de la Autoridad Portuaria sobre los inmuebles ocupados por diversos servicios de la Administración del Estado justifica que ésta necesite autorización (incluida, en su caso, en el oportuno convenio bilateral) de la propia Autoridad Portuaria de Málaga para ocupar los locales en cuestión, dándose así el presupuesto de hecho previsto en el artículo 69 de la LPMM (se refiere a la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) para la exigencia del correspondiente canon de ocupación.

A la vista de ambos informes, deben, pues, distinguirse los dos supuestos siguientes:

- 1) Ocupación de bienes de dominio público portuario de titularidad estatal y de construcciones o instalaciones asentadas sobre el mismo de titularidad igualmente estatal por órganos de la Administración del Estado para el ejercicio de las funciones que legalmente les están encomendadas.

En este primer supuesto resulta improcedente el otorgamiento de una concesión demanial (concesión administrativa de dominio público) como título que habilite la ocupación de los indicados bienes por los órganos aludidos, razón por la cual no puede exigirse el abono de canon alguno por tal ocupación.

La improcedencia de que en estos casos se otorguen concesiones demaniales y, como consecuencia de ello, la inexigibilidad de cánones por las repetidas ocupaciones y usos se basa en las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico I del informe de este Centro de 11 de octubre de 1994 y que, muy resumidamente expuestas, son las siguientes:

- a) Configurada la concesión demanial como el título jurídico que habilita para el uso y aprovechamiento privativo de un bien de dominio público por una persona distinta de su titular, transfiriendo al concesionario el derecho al uso y aprovechamiento, y caracterizándose el dominio público como una propiedad, no puede considerarse que sea la concesión administrativa el título que posibilite el uso privativo y excluyente sobre una porción del dominio público por la misma Administración a la que corresponde la titularidad de dicho dominio y para el ejercicio de otras competencias propias respecto de las cuales la ocupación y utilización de una parte del dominio público resulta necesaria. La ocupación y uso de una parte del dominio público por los órganos de la propia Administración Pública a la que corresponde la titularidad de aquél encuentra su fundamento en el contenido mismo del derecho de propiedad en que consiste el dominio público.
  - b) Dado que la configuración de la concesión demanial como acto negocial de marcado carácter bilateral presupone la diferenciación entre la personalidad jurídica de la Administración concedente, titular del dominio público, y la del concesionario, titular del derecho de uso y aprovechamiento, difícilmente puede mantenerse tal carácter bilateral cuando la titularidad del dominio público y la titularidad del derecho de uso y aprovechamiento corresponden a una misma Administración (la Administración General del Estado, en los casos a que se alude).
- 2) Ocupación de instalaciones y construcciones erigidas sobre terrenos de dominio público de titularidad estatal por las Autoridades Portuarias (o por los extinguidos Puertos Autónomos y Juntas de Puerto) con cargo exclusivo a sus presupuestos y que, por consiguiente, son de titularidad de dichas entidades.

En este segundo supuesto resulta procedente que las Autoridades Portuarias titulares de las instalaciones o construcciones exijan a la Administración General del Estado el corres-

pondiente canon de ocupación por la cesión del uso de esas instalaciones y construcciones, si bien descontando o deduciendo en el cálculo de la base imponible del canon el valor del suelo.

Se funda el anterior criterio en la consideración de que, aun siendo de titularidad estatal los terrenos de dominio público portuario sobre los que se asientan esas instalaciones o construcciones, la propiedad de las mismas corresponde, en estos casos, a las respectivas Autoridades Portuarias, y ello, según se indicó en el informe de este Centro de 18 de marzo de 1998, por las siguientes razones: a) El término estatal con el que se adjetiva el dominio público portuario en los artículos 14 y 53 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) no se emplea en un sentido técnico-jurídico preciso, como referencia a la persona a la que corresponde la titularidad dominical, sino que se aplica por razón del régimen competencial que en materia de puertos establece la Constitución al distinguir entre los puertos de interés general, que son de competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.20), y los restantes puertos, sobre los que pueden asumir competencias las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.6); b) La concepción del dominio público como derecho de propiedad no puede ceñirse actualmente a las denominadas Administraciones Territoriales, sino que existen supuestos previstos legalmente de bienes de dominio público de los que son titulares Entidades integrantes de la denominada Administración Institucional; c) No se aprecia ninguna razón para reducir el patrimonio propio de cada Autoridad Portuaria a que se refiere el artículo 49.1 de la LPMM al supuesto, verdaderamente excepcional, de bienes y derechos no afectados a los fines que son los propios de esas entidades (servicio público portuario); y d) En la concepción actual del dominio público como relación de propiedad tiene especial importancia que la adquisición o construcción de inmuebles que se integren en aquél se efectúe con cargo a los presupuestos propios de la entidad pública que los adquiera o construya, pues en otro caso quedaría afectado el principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de otro; es por ello por lo que debe entenderse que las construcciones e instalaciones costeadas exclusivamente por las Autoridades Portuarias (o por las entidades públicas a las que sustituyeron) son de la titularidad dominical de ellas.

Correspondiendo, pues, la titularidad dominical de las construcciones e instalaciones ocupadas por los aludidos órganos de la Administración General del Estado a las Autoridades Portuarias en los casos en que éstas las hayan costeado a sus expensas sin aplicación de fondos de ningún tipo por la citada Administración del Estado, falta el presupuesto o requisito de la hipótesis anteriormente examinada, es decir, que la propiedad de las construcciones e instalaciones corresponda a la propia Administración General del Estado. Ante tal circunstancia resulta necesario que los órganos de la reiterada Administración obtengan la oportuna autorización de las respectivas Autoridades Portuarias, teniendo ello por consecuencia la exigencia del correspondiente canon de ocupación, aunque deba excluirse de la base del mismo el valor del suelo ocupado, por ser éste propiedad del sujeto pasivo del canon, es decir, de la Administración General del Estado.

Diferenciados los dos supuestos a que se ha hecho referencia, y fijadas las consecuencias que, a los efectos que aquí interesan, se siguen de uno y otro, debe señalarse que obra en los antecedentes remitidos un escrito de fecha 26 de junio de 2000, dirigido por la Autoridad Portuaria de Melilla a la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, en el que se indica que la construcción ocupada por el Resguardo Fiscal de dicha Comandancia –local de 81 m<sup>2</sup> situado en la planta baja del edificio B del Puerto de Melilla– se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad de la citada ciudad a favor de la Autoridad Portuaria como bien afecto al dominio público portuario estatal, habiéndose realizado la construcción del referido edificio en terrenos ganados al mar por la antigua Junta del Puerto de Melilla en virtud de distintos proyectos aprobados por Reales Órdenes de 8 de septiembre de 1913, 21 de noviembre de 1913, 11 de julio de 1916 y 4 de mayo de 1917 y con cargo a partidas consignadas en sus presupuestos.

Pues bien, dando por ciertos los anteriores datos, y entendiendo que las obras a que ahora se alude fueron costeadas exclusivamente por la Junta del Puerto de Melilla, cabe concluir

que, correspondiendo actualmente la titularidad de la edificación ocupada por el Resguardo Fiscal de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla a la referida Autoridad Portuaria, debe satisfacerse, por tratarse del segundo de los supuestos examinados, el oportuno canon de ocupación, aunque deduciendo en el cálculo de la base imponible del canon el valor de la superficie ganada al mar.

- II -

Se consulta, en segundo lugar, sobre la aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en el caso de que se trata. No obstante los términos en que aparece redactado, en este punto, el escrito de consulta (Si el mismo –se refiere al canon de ocupación– está sujeto a la aplicación del IVA–), debe entenderse que la cuestión consultada se refiere a la posible sujeción de la autorización precisa para la ocupación del citado inmueble al mencionado tributo.

Esta cuestión aparece directamente resuelta por la legislación del Impuesto sobre el Valor Añadido. Así, la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA), tras definir en su artículo 4.uno el hecho imponible del tributo (Estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional incluso si se afectan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen), dispone en su artículo 7.9 (según la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), lo siguiente:

No estarán sujetas al impuesto: (...) 9º Las concesiones y autorizaciones administrativas, con excepción de las siguientes: a) Las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio público portuario. b) Las que tengan por objeto la cesión de los inmuebles e instalaciones en aeropuertos; c) Las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar infraestructuras ferroviarias; d) Las autorizaciones para la prestación de servicios al público y para el desarrollo de actividades comerciales o industriales en el ámbito portuario.

A la vista del precepto que acaba de transcribirse, no cabe duda de que las concesiones y autorizaciones administrativas que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio público portuario, y a esta clase de autorizaciones corresponde la otorgada en su día por la Junta del Puerto de Melilla a favor de la Dirección General de la Guardia Civil, están sujetas al IVA, porque si bien el artículo 7.9 declara no sujetas al referido tributo las concesiones y autorizaciones administrativas, el propio precepto exceptúa de esta regla –y, por tanto, quedan sujetas al tributo– las (concesiones y autorizaciones) que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio público portuario.

Ocurre, sin embargo, que el hecho imponible del IVA está constituido no solo por un elemento objetivo o material (entrega de bienes y prestaciones de servicios realizadas en las condiciones indicadas por el artículo 4.uno de la LIVA), sino también por un elemento espacial o territorial, y así, el mismo precepto se refiere a las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto. Pues bien, el aludido ámbito espacial aparece determinado por el artículo 3 de la LIVA, que dispone lo siguiente:

Uno. El ámbito espacial de aplicación del impuesto es el territorio español, determinado según las previsiones del apartado siguiente, incluyendo aquél las islas adyacentes, el mar territorial hasta el límite de 12 millas náuticas, definido en el artículo 3º de la Ley 10/1997, de 4 de enero, y el espacio aéreo correspondiente a dicho ámbito.

Dos. A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

1º. Estado miembro, -Territorio de un Estado miembro o -interior del país, el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea definido en el mismo, para cada Estado miembro, con las siguientes exclusiones:

a) ... en el Reino de España, Ceuta y Melilla ....

Estando, pues, excluida Melilla del ámbito espacial del IVA, y siendo dicho ámbito un elemento constitutivo del hecho imponible, ha de concluirse que la autorización administrativa para la ocupación del inmueble en cuestión no está sujeta, por aquella razón espacial, al reiterado tributo.

Descartada la sujeción de la referida autorización al IVA, debe examinarse todavía si está o no sujeta al Impuesto (originariamente denominado Arbitrio) sobre la Producción, los Servicios y la Importación en las Ciudades de Ceuta y Melilla, regulado por la Ley 8/1991, de 25 de marzo (parcialmente modificada por el artículo 5 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre).

A tenor del artículo 1 de la citada Ley 8/1991 el referido tributo es un impuesto indirecto de carácter municipal, que grava la producción, elaboración e importación de toda clase de bienes muebles corporales, las prestaciones de servicios y las entregas de bienes inmuebles situados en las Ciudades de Ceuta y Melilla, de acuerdo con las normas de la presente Ley. Por su parte, el artículo 3 dispone que constituye el hecho imponible del impuesto lo siguiente: (...) b) Las prestaciones de servicios efectuadas por empresarios o profesionales que actúen en el ejercicio de su actividad, en los términos previstos en la normativa del Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo que tales operaciones se consideren de producción o elaboración de bienes en los términos previstos en la letra a) anterior. La remisión que el precepto que acaba de transcribirse hace a la normativa del IVA permite entender que en el concepto de prestaciones de servicios quedan incluidas las cesiones de uso o disfrute de bienes, dado que el artículo 11.2 de la LIVA dispone que en particular, se considerarán prestaciones de servicios: (...) 3º Las cesiones del uso o disfrute de bienes.

Pues bien, si el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación en las Ciudades de Ceuta y Melilla grava las prestaciones de servicios y, a su vez, las cesiones del uso o disfrute de bienes tienen, por lo dicho, la consideración de prestaciones de servicio, ha de entenderse que, en principio, estarían sujetas al referido impuesto las cesiones de uso de bienes de dominio público en virtud de la oportuna concesión o autorización administrativa.

Ahora bien, la anterior conclusión ha de ser completada con lo que dispone el artículo 6 de la propia Ley 8/1991. Este precepto establece, bajo la rúbrica de supuestos de no sujeción, que no estarán sujetos al Impuesto las operaciones a las que se refiere el artículo 7 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Pues bien, dada la remisión que, a efectos de la determinación de los supuestos de no sujeción al Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación en las Ciudades de Ceuta y Melilla, hace el precepto primeramente citado al artículo 7 de la LIVA y puesto que, según esta última norma, no están sujetas al IVA las concesiones y autorizaciones administrativas, excepto las que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio público portuario, ha de concluirse que la ocupación del inmueble de continua referencia por el Resguardo Fiscal de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla en virtud de la autorización otorgada en su día por la Junta del Puerto de Melilla está sujeta al Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación exigible en Melilla, sin que goce de exención alguna (el artículo 7 de la Ley 8/1991 declara aplicables al citado Impuesto las exenciones establecidas en la legislación común del Impuesto sobre el Valor Añadido, y, como resulta de lo ya dicho, la LIVA no prevé ninguna exención respecto de las concesiones y autorizaciones administrativas que tengan por objeto la cesión del derecho a utilizar el dominio público portuario).

Alcanzada la anterior conclusión, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12.1 y 14 de la Ley 8/1991, la condición de sujeto pasivo del Impuesto regulado por la misma corresponde, en el caso que aquí se examina, a la Autoridad Portuaria de Melilla, quedando obligada la Administración General del Estado (Dirección General de la Guardia Civil) a soportar la repercusión del importe del impuesto que le haga aquella Entidad. La base imponible del Impuesto está constituida, a la vista del artículo 15.1 de la Ley 8/1991 en relación con el artículo 78.uno de la LIVA, por el importe de la contraprestación que tenga que satisfacer

la Dirección General de la Guardia Civil por la cesión del uso del inmueble, es decir, por la cuantía que corresponda satisfacer por el canon de ocupación, siendo el tipo de gravamen aplicable el que, dentro de los límites establecidos en el artículo 18.1 de la Ley 8/1991, haya determinado la Ciudad de Melilla en la pertinente Ordenanza.

- III -

Alterando el orden en que aparecen enunciadas las dos últimas cuestiones planteadas en el escrito de consulta, se estima oportuno, por razones sistemáticas, anteponer el examen de la cuestión relativa a la tarifa del canon de ocupación que deba aplicarse en el caso de que se trata.

En la autorización concedida por la antigua Junta del Puerto de Melilla el 16 de octubre de 1987 se dispuso (conclusión 3ª) que la tarifa a aplicar es la E-4-10, cuya cuantía es de 27.948 pesetas al trimestre y su pago se hará por adelantado. Anualmente se incrementará dicha tarifa en el porcentaje que aumente el IPC (pero en este caso con una reducción del 50% al ser Organismo Oficial, ya deducido del total).

A juicio de este Centro Directivo y por las consideraciones que seguidamente se exponen, la tarifa aplicada no es correcta.

Al tiempo de otorgarse la referida autorización se encontraba vigente la Ley 1/1966, de 28 de enero, de Régimen Financiero de los Puertos (modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio), que distinguía entre tarifas por servicios prestados por organismos portuarios y cánones por concesiones y autorizaciones administrativas. Partiendo de esta distinción, y puesto que lo que se otorgó a la Comandancia de la Guardia Civil fue el derecho a la ocupación de una parte del dominio público portuario mediante la pertinente autorización, se debió exigir el canon correspondiente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 de la citada Ley 1/1966 (relativo a los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas), y no la tarifa E-4 (tarifa que, en la redacción originaria de la Ley 1/1966, correspondía a las instalaciones para la reparación de embarcaciones y comprendía la utilización de los elementos, maquinaria y servicios que constituyen la instalación –artículo 8– y que, tras la modificación que introdujo la Ley 18/1985, pasó a denominarse servicios diversos, comprendiendo cualesquiera otros servicios de los prestados por el organismo portuario, no enumerados en las restantes tarifas y que se establezcan específicamente en cada puerto o se presten para aceptación del presupuesto por los peticionarios –artículo 7 de la citada Ley 18/1985–).

Este mismo criterio –exigencia de canon por ocupación del dominio público portuario en virtud de concesión o autorización administrativa– sigue siendo aplicable tras la entrada en vigor de la más arriba citada Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), que derogó expresamente las Leyes 1/1966 y 18/1985. La LPMM distingue (sin que en este extremo, y a los efectos de diferenciar los cánones por ocupación del dominio público portuario y las tarifas por prestación de servicios portuarios, haya incidido la reforma de dicho texto legal operada por la Ley 62/1997, de 27 de diciembre) el canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario (artículo 69), el canon por prestación de servicios al público y por desarrollo de actividades comerciales e industriales en el ámbito portuario en virtud de autorización (artículo 69 bis) y las tarifas por prestación de servicios portuarios (artículo 70).

Prescindiendo, por no ser del caso, del canon por prestación de servicios al público y por el desarrollo de actividades comerciales e industriales en el ámbito portuario en virtud de autorización, debe quedar descartada la consideración de la ocupación del dominio público portuario en virtud de autorización administrativa como prestación de servicio portuario. En efecto, ni el supuesto de que aquí se trata puede subsumirse en el concepto de servicios portuarios que establece el artículo 66.1 de la LPMM (Son servicios portuarios las actividades de prestación que tiendan a la consecución de los fines que a las Autoridades Portuarias se



asignan por la presente Ley y se desarrollan en su ámbito territorial), ni, por otra parte, queda comprendido el reiterado supuesto en ninguno de los ámbitos de aplicación de las distintas tarifas que por prestación de servicios portuarios en régimen de gestión directa establece la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de julio de 1998 (BOE de 132 de agosto), modificada por Orden del aludido Departamento de 22 de diciembre de 2000 (BOE de 27 de diciembre), por la que se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 70.1, párrafo segundo, de la LPMM, que encomienda al citado Departamento la definición de los supuestos y la determinación de la estructura tarifaria a aplicar por los servicios prestados para el conjunto del sistema portuario.

El supuesto a que se refiere el presente informe tiene su adecuado encaje, en cambio, en el artículo 69.1 de la LPMM –ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario en virtud de concesión o autorización administrativa–, lo que tiene por consecuencia que se devengue el correspondiente canon a favor de la Autoridad Portuaria de Melilla. La base imponible de dicho canon, al tratarse de la ocupación de obras e instalaciones, está constituida, según el artículo 69.3.c), por la anualidad contable de amortización, el valor del suelo ocupado y el valor de las obras e instalaciones, si bien, y por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico I del presente informe, en el cálculo de la base imponible del canon deberá descontarse en este caso el valor de la superficie ganada al mar sobre la que se asienta el edificio ocupado por el Resguardo Fiscal de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, siendo el tipo de gravamen, según el apartado 4 del precepto legal citado, el 100 por 100 de la anualidad de la amortización y el 6 por 100 del valor de las obras e instalaciones. Por lo demás, no procede, en relación con el reiterado canon, la aplicación de exención o bonificación alguna, ya que no previendo nada a este respecto el artículo 69 de la LPMM, las exenciones a que se refiere el artículo 69ter del mismo texto legal no son aplicables al canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, como se razonó en el informe de este Centro de 18 de marzo de 1998 y cuya copia obra en los antecedentes remitidos.

Dando lugar, pues, la ocupación del dominio público portuario por la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, en virtud de la autorización administrativa otorgada al efecto por la entonces Junta del Puerto de Melilla, al devengo del oportuno canon, se estima oportuno añadir una observación.

La exigencia del correspondiente canon, calculado en la forma indicada, por la referida ocupación del dominio público portuario es independiente del importe que deba satisfacerse a la Autoridad Portuaria de Melilla por razón de los suministros (agua, electricidad, etc.) que, en su caso, realice aquella Entidad a la citada Comandancia y que son objeto de la tarifa T.8 a que se refiere el artículo 74 de la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de julio de 1998 (Esta tarifa comprende el valor del agua, energía eléctrica, hielo, combustibles y otros productos entregados por la Autoridad Portuaria a los servicios dentro de la zona portuaria, previa petición de éstos).

#### - IV -

Una vez razonado que la ocupación del dominio público portuario por la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla en virtud de la pertinente autorización administrativa da lugar a que se devengue, en favor de la Autoridad Portuaria de Melilla, el canon a que se refiere el artículo 69 de la LPMM, y no a la aplicación de tarifa por prestación de servicio portuario (salvo la tarifa T.8 por suministro de agua, energía eléctrica y otros productos), debe examinarse la forma en que debe procederse para hacer efectivo el aludido canon en la cuantía pertinente.

Desconoce este Centro Directivo si la Autoridad Portuaria de Melilla ha girado liquidación en concepto de canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario con arreglo a las previsiones del artículo 69 de la LPMM y ha reclamado su pago a la Dirección

General de la Guardia Civil. Así, en el escrito de consulta se dice únicamente que, por no estar conforme con la tarifa aplicada (Tarifa E-4-10), la entidad portuaria se ha negado a percibir cualquier cantidad, procediendo, ante esta circunstancia, la Dirección General de la Guardia Civil (Servicio de Acuartelamiento) a depositar los importes correspondientes en la Caja General de Depósitos; por otra parte, no consta en los antecedentes remitidos dato alguno que permita afirmar con la necesaria certeza que la aludida Autoridad Portuaria haya girado, con arreglo al citado precepto, liquidación por el referido canon y que haya reclamado su importe a la Dirección General de la Guardia Civil, pues en la certificación sobre facturación por suministros durante 1999 y sobre el canon aplicado en el año 2000, expedida por la reiterada Autoridad Portuaria el 13 de junio de 2000, sólo consta el importe del canon de ocupación, sin que, por tanto, pueda saberse con completa seguridad si la cantidad que por este último concepto consta en dicha certificación corresponde a una liquidación girada con arreglo al artículo 69 del texto legal de continua referencia o si, no obstante denominarse canon de ocupación, se trata de la cantidad resultante de aplicar la tarifa E-4-10.

Así las cosas, debe señalarse que la disposición transitoria segunda de la más arriba citada Ley 62/1997, de reforma de la LPMM, establece lo siguiente:

1. Las Autoridades Portuarias remitirán en el plazo de un año, desde la entrada en vigor de esta Ley, la propuesta de valoración de los terrenos y lámina de agua de la zona de servicio del puerto para su tramitación y aprobación.

En el plazo de un año desde la aprobación de las nuevas valoraciones, los Directores de las Autoridades Portuarias remitirán a sus respectivos Consejos de Administración las propuestas de revisión de los cánones de ocupación o aprovechamiento de las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de esta Ley, a fin de adaptarlos a lo dispuesto en ella.

Pues bien, transcurridos los plazos establecidos en el precepto que acaba de transcribirse, lo que permite suponer que los valores de los terrenos y de la lámina de agua de la zona de servicio del puerto de Melilla habrán sido ya aprobados por el Ministerio de Fomento (artículo 69.5 de la LPMM), en el caso de que la Autoridad Portuaria de Melilla hubiera girado y notificado a la Dirección General de la Guardia Civil (o a la correspondiente Comandancia) liquidación del canon de ocupación con arreglo a las previsiones del artículo 69 de la LPMM, según la redacción dada a este precepto por la Ley 62/1997, dando así cumplimiento a lo dispuesto en dicho precepto en relación con la mencionada disposición transitoria, debería proceder aquella Dirección General al abono del importe de la aludida liquidación.

Si la Autoridad Portuaria de Melilla no hubiese practicado liquidación del canon con arreglo al reiterado precepto (lo que, en principio, parece menos probable), procedería, a juicio de este Centro, que la Dirección General de la Guardia Civil requiriese a aquella entidad a fin de que gire la referida liquidación con sujeción a lo dispuesto en el artículo 69 de la LPMM, aunque el importe de la liquidación así girada fuese superior al que dicha Dirección General ha venido consignando en la Caja General de Depósitos, y ello con objeto de dar cumplimiento a dicho precepto legal. Por lo demás, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), si se rechazase expresamente el requerimiento o transcurriese el plazo de un mes desde su recepción por la repetida Autoridad Portuaria sin que ésta contestase, podría interponerse recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución por la que se rechazase expresamente el requerimiento y en el plazo de seis meses contados desde el día siguiente a aquél en que venciese el plazo de un mes a que se refiere el artículo 44.3 de dicho texto legal, en el caso de que transcurriese este último plazo sin que se hubiera dictado resolución expresa, no siendo posible, en ninguno de los dos casos contemplados, interponer, previamente al recurso contencioso-administrativo, recurso alguno en vía administrativa (cfr. artículo 44.1 de la LJCA).

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a la consideración de V.I. las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La ocupación del inmueble reseñado en el antecedente 1º del presente informe por las Fuerzas del Resguardo Fiscal de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla en virtud de autorización de la Autoridad Portuaria de Melilla produce el devengo, a favor de ésta, del canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario a que se refiere el artículo 69 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, según la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, debiendo satisfacer la Dirección General de la Guardia Civil el mencionado canon.

**Segunda.-** La referida ocupación está sujeta al Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación exigible en Melilla, estando obligada la Dirección General de la Guardia Civil a soportar la cuota que por dicho concepto impositivo le repercute la Autoridad Portuaria de Melilla, y no al Impuesto sobre el Valor Añadido.

**Tercera.-** El canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario ha de liquidarse con arreglo a las previsiones del artículo 69 de la citada Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, descontando en el cálculo de la base imponible el valor de la superficie ganada al mar sobre la que se asienta el edificio en el que se halla ubicado el Resguardo Fiscal de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla y sin que proceda la aplicación de exención o bonificación alguna al no preverse en dicho precepto.

**Cuarta.-** No constando que la Autoridad Portuaria de Melilla haya girado a la Dirección General de la Guardia Civil liquidación del repetido canon con arreglo a lo señalado en la conclusión anterior, se aconseja proceder en la forma indicada en el fundamento jurídico IV del presente informe.

## **151.- Informe sobre criterios a seguir para el pago de intereses a abonar por la anulación de liquidaciones de tarifas portuarias en cuanto a la legitimación para recibir el pago.**

### **Resumen**

Consulta sobre criterios a seguir por la entidad pública Puertos del Estado para el pago de intereses que han de satisfacerse por anulación de liquidaciones de tarifas portuarias (T-3) por diversos Tribunales de Justicia en cuanto a las personas legitimadas para recibir el pago. Naturaleza jurídica de las tarifas portuarias tras la Ley 27/1992, de 26 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante: sentencias de la Audiencia Nacional; sentencias del Tribunal Constitucional (números 102/2005 y 121/2005); declaración de inconstitucionalidad del artículo 70, apartados 1 y 2, de la citada Ley al tratarse de tasas. Obligados al pago de las tarifas portuarias según las Órdenes Ministeriales que aprobaron en su día las mismas al amparo de dicho precepto legal: sustancial coincidencia con el régimen de obligados al pago establecido en las Leyes 1/1966 y 18/1985, así como con el régimen dispuesto por la Ley 48/2003. Especial consideración de la figura del consignatario de buques. Titular del derecho de devolución de los ingresos indebidos (derechos a la devolución de las liquidaciones giradas una vez anuladas por los Tribunales de Justicia: examen de los distintos supuestos posibles).

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 6/05

**Fecha:** 22 de junio de 2005

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Abogado del Estado-Adjunto de la Abogacía del Estado en Barcelona sobre los criterios a seguir para el pago de intereses a abonar por anulación de liquidaciones de tarifas portuarias (T- 3) en cuanto a la legitimación para recibir el pago.

El origen de esta consulta radica en la Nota elaborada por la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado, de 13 de enero de 2005, parcialmente contradictoria con el informe del Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Abogacía General del Estado y la Autoridad Portuaria de Barcelona, de fecha 14 de marzo de 2005.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1<sup>º</sup>) El primer antecedente de esta consulta se encuentra en la resolución del Presidente de Puertos del Estado, de 13 de diciembre de 2004, relativa a la distribución de la subvención de explotación prevista en los Presupuestos Generales del Estado para abono de intereses de demora derivados de sentencias anulatorias de tarifas de Autoridades Portuarias, correspondientes al primer semestre de 2004, y en la que se resolvió asignar a la Autoridad Portuaria de Barcelona (en adelante, APB) una cantidad inferior a la que ésta había abonado por intereses en ese primer semestre. En concreto, y según se recoge en el informe del Abogado del Estado Coordinador del indicado Convenio, la APB había abonado 723.657,42 euros y Puertos del Estado le asigna 656.589,53 euros, es decir 67.067,89 euros menos.

2º) La APB, en un informe jurídico de 22 de diciembre de 2004, del que no hay constancia en el expediente remitido y al que se refiere la Nota de Puertos del Estado, cuestionó el contenido de esa propuesta de distribución por la consideración, entre otras cosas, del importe total de la liquidación impugnada en el cálculo de intereses cuando en la misma se comprenden varios obligados.

Ello propició que por la Dirección de Servicios Jurídicos de Puertos del Estado se elaborase, el 13 de enero de 2005, una Nota en la que, por lo que se refiere a la cuestión donde ha surgido la discrepancia, dicha Entidad niega que la anulación por sentencia o resolución de una liquidación produzca efectos (con la consiguiente devolución de cantidades) a respecto de personas que no han sido parte en el proceso de impugnación o, lo que es lo mismo y transcribiendo textualmente su parecer, se entiende que “la anulación de la liquidación impugnada únicamente produce efectos en la cantidad referida al recurrente que ejercita la acción procesal, pero no frente a las cantidades giradas en la misma liquidación referidas a otros recurrentes que no han intervenido en el proceso y que, por tanto, no han tenido la cualidad de partes en el mismo”. La aludida Dirección basa su criterio en lo dispuesto en los artículos 72 y 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante, LJCA).

3º) La elaboración de esa Nota determinó que el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Abogacía General del Estado y la APB emitiese, a instancias del Presidente de esta última, con fecha 14 de marzo de 2005, un informe sobre los criterios a seguir para la devolución de cantidades derivadas de la anulación de las tarifas portuarias a aquellos obligados que no hubiesen sido parte en el proceso de impugnación, en el que, tras un exhaustivo análisis de toda la normativa aplicable a las tarifas portuarias, de la figura del consignatario del buque, de los obligados en la relación jurídica tributaria derivada de la liquidación de esas tarifas y, por último, de la normativa referente a la devolución de ingresos indebidos, llega a una serie de conclusiones, advirtiendo en la última de ellas que la Nota de Puertos del Estado puede ser parcialmente contradictoria con alguna de las afirmaciones de ese informe, por lo que se dirige a este Centro Directivo, de acuerdo con la Disposición I, Primera.g) de la Instrucción 2/2003, de 11 de diciembre, sobre determinados aspectos de las actuaciones consultivas y contenciosas de las Abogacías del Estado, a fin de que determine la interpretación que haya de darse a la mencionada Nota y, en concreto, si, cuando la misma se refiere a que no deben devolverse al actor las cantidades giradas en la liquidación anulada y referidas a otros sujetos que no han intervenido en el proceso de impugnación, esta negativa a la devolución es genérica o global o si, por el contrario, debe corresponder únicamente a los casos de no impugnación de la liquidación y a los enumerados como “Quinto” y “Sexto” de los expuestos en su informe.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Aunque, como dice el informe remitido por la Abogacía del Estado en Barcelona, la cuestión sometida a consulta de este Centro Directivo no se refiere a la naturaleza de las tarifas portuarias, a fin de poder dar una respuesta adecuada a la cuestión suscitada en dicho informe, relativa a la titularidad del derecho a la devolución de un ingreso indebido, es conveniente hacer referencia a la naturaleza jurídica de las tarifas portuarias desde la primitiva Ley 1/1966, de 28 de enero, de régimen financiero de los Puertos, modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio, hasta la vigente Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

Prescindiendo de antecedentes más remotos, las tarifas por servicios portuarios se encontraban reguladas en la Ley 1/1966, de 28 de enero, modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio. La citada Ley contenía todos los elementos esenciales de la tarifa, salvo la cuantía de la misma

que se fijaba por el Ministro del ramo, en el caso de puertos gestionados por Juntas del Puerto o Comisión Administrativa de Grupos de Puertos, y por el Consejo de Administración, en el caso de puertos autónomos, de acuerdo con los límites mínimos y máximos de las tarifas aprobadas por Orden Ministerial, teniendo en cuenta la política económico-financiera y de tarifas portuarias determinada por el Gobierno, la normativa general y objetivos anuales de gestión fijados por el Ministerio (artículo 9 de la Ley 18/1985). De esta forma se fueron aprobando sucesivas Órdenes Ministeriales, algunas de vigencia anual. Esta normativa estuvo en vigor hasta la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 26 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM).

A la vista de la normativa de que se ha hecho mención, no cabía duda alguna, y así tuvo oportunidad de ratificarlo la jurisprudencia (vid., por todas, las sentencias del Tribunal Supremo 8 de julio de 1989 y de 15 de junio de 1991), de que las tarifas en cuestión tenían la consideración de tasas. En la última de ellas se dice lo siguiente:

“Las tarifas por los servicios generales y específicos que presten los organismos portuarios venían reguladas provisionalmente en el Decreto 4231/1964, de 17 diciembre y fueron configuradas con carácter estable un año después, en la Ley 1/1966, de 28 enero, donde aparecen previstos los elementos esenciales para su exigibilidad, tanto subjetivos como objetivos y causales. En definitiva tales tarifas son la contraprestación de una actividad administrativa o del uso de bienes de dominio público en beneficio de sujetos individualizados, por lo que han de ser incluidas en el ámbito de las tasas, dentro de la clasificación de los tributos contenida en el artículo 26 de la Ley General del ramo, 230/1963, de 28 diciembre...”

La llamada Tarifa G-3, equivalente a la Tarifa T-3 de la LPMM, se exigía por la utilización de las aguas del puerto y dársenas, accesos terrestres, vías de circulación, zonas de manipulación y estaciones marítimas y servicios generales de policía. La citada tarifa retribuía la permanencia, el tránsito y la seguridad de las personas y cosas en las zonas portuarias. En definitiva, suponía la contraprestación de un uso de bienes de dominio público (las instalaciones portuarias) en beneficio de unos sujetos concretos, por lo que entraba claramente en el concepto de tasa.

La situación cambió a raíz de la entrada en vigor de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, concretamente de lo dispuesto en su artículo 24 del que podía desprenderse la consideración de las tarifas portuarias como precios públicos, como tuvo oportunidad también de señalarlo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1995, resultando, por tanto, válida la fijación de su cuantía por Orden Ministerial, de acuerdo con el artículo 26 de la citada Ley 8/1989.

Los razonamientos jurídicos básicos de esa sentencia rezan así:

“Según la exposición de motivos de la Ley 8/1989, de 13 abril de Tasas y Precios Públicos, constituye preocupación primordial de su articulado, delimitar ambos conceptos, basándose en dos notas que arrancan de un mismo supuesto de hecho, como es que el Ente público entrega directamente determinados bienes o presta ciertos servicios por los que es posible obtener a cambio un ingreso.

Este doble factor diferencial determina, que la solicitud o recepción del presupuesto de la tasa debe ser exigible para el obligado a satisfacerla y además que el servicio o actividad que se presta por parte del Ente público, no debe poder ser prestado por el sector privado. Cuando concurren en la prestación del servicio o realización de la actividad las dos notas comentadas (obligatoriedad y no concurrencia) estaremos ante una Tasa. Por el contrario si el servicio o actividad es susceptible de ser prestado por el sector privado o bien en su solicitud no existe obligatoriedad estaremos ante el precio público (...).

La naturaleza no tributaria de los precios públicos es susceptible con arreglo al artículo 26 de la Ley 8/1989 de fijación por Orden Ministerial, del departamento del que dependa el órgano que ha de percibirlos y a propuesta de éstos, por lo que las Ordenes Ministeriales indirectamente atacadas de 27 marzo 1990 y 27 febrero 1991, al fijar la cuantía para los años respectivos, están exentas de otras exigencias y poseen el rango necesario para cuantificar el precio público, con arreglo al artículo 26.1.a de la Ley 8/1989 sin infringir el principio de reserva de ley, aunque

siguieran utilizando términos inapropiados para referirse a un tipo de ingresos que no se corresponden con su verdadera naturaleza (...)

Fruto de esa indagación es el criterio expuesto en orden al carácter de precio público que atribuimos a la Tarifa G.5 exonerada por ello del imperativo de ser fijada su cuantificación por Real Decreto, conclusión que arguye la improcedencia del primero de los motivos de casación invocados por el recurrente con arreglo a la precisa delimitación del concepto de precios públicos que establece la Ley 8/1989, de 13 abril. Se hace necesario a partir de su entrada en vigor reconsiderar la naturaleza de tasa, susceptible de ser atribuida con anterioridad a este concreto régimen tarifario:

No obstante, este criterio se tuvo que abandonar tras la sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995, de 14 de diciembre, que declaró inconstitucional y anuló parcialmente del artículo 24 de la Ley 8/1989, volviendo a considerarse a las tarifas portuarias como tasas, sometidas plenamente al principio de reserva de ley, como cualquier prestación patrimonial de carácter público (artículo 31.3 de la Constitución). Sobre esa base, se exigió que la Ley fijase los criterios o límites precisos para la cuantificación de las mismas, sin que, por tanto, se admitiese que esa fijación pudiera realizarse, como hasta ese momento, directamente por simples Ordenes Ministeriales. Ello determinó la anulación de numerosas liquidaciones por infracción de ese principio, ya que la Ley no contenía esos criterios o límites precisos para la cuantificación cuya inclusión en la misma era requisito previo y esencial para la aprobación de la correspondiente Orden Ministerial aprobatoria de las tarifas. Ejemplos de ello son las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1996, 23 de enero de 1997, 2 de diciembre de 1998, 23 de mayo de 2002, 11 de diciembre de 2002, entre otras.

La LPMM dio otro paso más, calificando las tarifas como precios privados (artículo 70), calificación que se mantuvo tras la reforma de ese precepto por la Ley 62/1997 de 26 de diciembre. Ello propició que se cuestionara, de nuevo, la naturaleza de las tarifas portuarias, teniendo presente la doctrina plasmada en la citada sentencia nº 185/95 del Tribunal Constitucional o, lo que es lo mismo, que se tratara de precisar si las tarifas portuarias tenían, realmente, la consideración de precios privados o, más bien, se trataba de tasas, llegándose, en general a la conclusión, de la que son muestra de ello numerosas sentencias de la Audiencia Nacional (entre otras, las de 28 de febrero de 1998, 9 de febrero, 1 de marzo y 28 de junio de 2000), de que se trataba de tasas, para cuya exigencia era preciso respetar el principio de reserva de ley.

El fundamento jurídico cuarto de una de esas sentencias, la de 28 de junio de 2000, señaló textualmente que:

“Parece claro que el servicio que tiene por objeto la utilización de mercancías y pasajeros de los elementos portuarios antes expuestos beneficia a los sujetos pasivos y es de solicitud obligatoria para quienes pretendan tales servicios, que implican intervención en la actuación de los particulares y son una manifestación del ejercicio de autoridad, por lo que hay que concluir que la Tarifa T-3 constituye una tasa y a mayor abundamiento es una de las modalidades del hecho imponible de aquellas que admite el artículo 13.1 de la Ley 8/89, cuando dice que “podrán establecerse tasas por la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho Público consistente en.....servicios portuarios y aeroportuarios.

Si, como es sabido, las tasas son tributos (artículo 26 de la LGT) y como tales sometidos a la reserva de ley por tratarse de una prestación de carácter público (artículo 31.3 de la CE) y venir así exigido en la LGT (artículo 10), esta exigencia sólo se cumple en parte en autos. Ciertamente las tarifas en que se subsume la T-3 tienen su base en la Ley 27/92, pero todos los elementos para su concreción y cuantificación se han realizado por Orden Ministerial, como la hoy vigente de 30 de julio de 1998.

Hemos visto, que el Tribunal Constitucional permite una reserva relativa de Ley, siempre que los parámetros fundamentales de los que reglamentariamente se regula en cuanto a su fijación o cuantía estén previstos por Ley, lo que no ocurre en el presente supuesto con la Ley de Puertos, por cuanto la cuantificación y desarrollo de la tarifa se verifica en la citada Orden de 30 de julio de

1998, como antes se hizo por Orden de 30 de enero de 1996, consideraciones éstas que exigen la anulación de las liquidaciones impugnadas al ser nula la Orden Ministerial que les servía de cobertura, tal y como ha señalado ya en múltiples resoluciones el Tribunal Supremo, valgan por todas la Sentencia de 9 de diciembre de 1998...”

Es más, como se intuye ya en algunas de esas sentencias, como es el caso de la sentencia de la propia Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 1995, se dio ya el paso de declarar la nulidad de pleno derecho de las Ordenes Ministeriales de cuantificación de esas tarifas por vulneración de ese principio.

Precisamente, en el recurso de casación formulado por la Abogacía del Estado contra la citada sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de noviembre de 1995, que declaró la nulidad de la Orden de 13 de abril de 1993, se planteó por el Tribunal Supremo ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad de los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la LPMM, en su primitiva redacción, por posible vulneración del artículo 31.3 de la Constitución.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia nº 102/2005, de 20 de abril, estimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo, ha declarado inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley 27/92, de 24 de noviembre, en su redacción originaria, precepto que, como bien dice la sentencia, daba cobertura a la Orden Ministerial de 13 de abril de 1993, aprobatoria de las tarifas, anulada por la Audiencia Nacional en esa sentencia de 24 de noviembre de 1995. Posteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 121/2005, de 10 de mayo, hizo idéntico pronunciamiento respecto de ese mismo artículo 70.1 y 2, en la redacción de la Ley 62/1997, a raíz de otra cuestión de inconstitucionalidad planteada, en este caso, por la Audiencia Nacional en un recurso interpuesto contra varias liquidaciones giradas por la Tarifa T-9, dictadas en aplicación de la Orden de 30 de julio de 1998.

El Tribunal Constitucional, en esos fallos y a la luz de su propia doctrina, afirma que las Ordenes citadas regulan “tarifas” que constituyen verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público sujetas al artículo 31.3 de la Constitución. Los servicios portuarios a que hace referencia la Orden –añade– implican, bien la prestación de servicio o la realización de actividades en los que existe un monopolio de derecho a favor del Estado, viéndose obligados los particulares a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación. Es necesario respetar, por tanto, el principio de reserva de ley, sin que el artículo 70, en cuestión, contenga los criterios idóneos para cuantificar esas prestaciones, que, por el contrario, sí se contienen en la Orden, desbordando los límites que para la colaboración reglamentaria derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución.

Los anteriores argumentos fueron utilizados por diversos Tribunales de Justicia que abordaron el problema de la legalidad de las liquidaciones por tarifas portuarias, determinando la anulación de las mismas por nulidad de las disposiciones que les sirven de fundamento. Lo mismo hará el Tribunal Supremo, en relación con la Orden de 13 de abril de 1993, que sirvió de fundamento a las tarifas exigidas, una vez que el Tribunal Constitucional le remita el testimonio de la sentencia que declara inconstitucionales y nulos los apartados correspondientes del artículo 70 de la LPMM, que sirvió de cobertura a esa Orden. El Tribunal Supremo confirmará la declaración de nulidad de esa Orden acordada por la Audiencia Nacional en la sentencia recurrida. De la misma forma procederá la Audiencia Nacional, en relación con la Orden de 30 de julio de 1998, corregida por la de 4 de diciembre de 1998 y finalmente modificada por la Orden de 22 de diciembre de 2000, en los que se basaron las liquidaciones impugnadas ante la misma, una vez que se remita a dicho órgano judicial el oportuno testimonio de la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional.

Como se afirma en el informe de la Abogacía del Estado de Barcelona, las liquidaciones que han dado pie a la cuestión suscitada, de fecha 21 de noviembre de 1997, son liquidaciones giradas con fundamento en una de las Ordenes que fijaba su cuantía, siendo anuladas por el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Cataluña, dada la consideración de las tarifas portuarias a las que se refiere el artículo 70 de la Ley 27/92 como tasas y la necesidad de tener presente el principio de reserva de ley.



Ante esa circunstancia y dada la anulación masiva de liquidaciones por tarifas portuarias por diversos Tribunales Superiores de Justicia y por la Audiencia Nacional, la disposición adicional trigesimocuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, permitió practicar nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas por sentencias judiciales firmes como consecuencia de la declaración de nulidad de las Órdenes Ministeriales que las servían de cobertura, giradas desde la entrada en vigor de la LPMM y antes de su modificación por la Ley 62/1997, situación en la que se encuentran las liquidaciones a las que se refiere el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona. La citada disposición adicional fue modificada, a su vez, por la disposición adicional 7ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, para amparar la sustitución de las liquidaciones giradas antes o después de la modificación de la LPMM por la Ley 62/1997. La disposición adicional 7ª de la Ley 14/2000 admite la compensación de oficio que proceda por la cuantía del crédito correspondiente al deudor, pudiendo disminuir en la nueva liquidación la cantidad previamente ingresada, lo que, en la práctica y ante el ingreso en su momento de las liquidaciones anuladas, ha determinado, como se apunta en el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona, que la ejecución del fallo se haya limitado a la devolución de los correspondientes intereses.

Aunque la aplicación de las citadas disposiciones adicionales no ha sido tampoco pacífica, existiendo pronunciamientos judiciales y administrativos contradictorios, lo cierto es que la cuestión ha quedado definitivamente zanjada desde la aprobación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general que contempla, en su artículo 24 y para el mismo hecho imponible de la Tarifa T-3, la llamada "Tasa de la mercancía", conceptuándola claramente como una tasa. Como se indica en su Exposición de Motivos (Apartado II, séptimo párrafo), "las antiguas tarifas de servicios que implicaban la utilización del dominio público se convierten, previa redefinición de sus hechos imponibles, en verdaderas tasas por utilización especial de las instalaciones portuarias, desapareciendo en ellas la actividad prestacional". En la propia Ley se definen, perfectamente, los elementos esenciales de esa tasa con lo que se cumple satisfactoriamente con las exigencias del principio de reserva de ley y, en definitiva, con lo dispuesto en el artículo 31.3 de la CE.

Sobre esa base, el apartado f) del artículo 16 del mismo texto legal añade que:

"Sólo podrán modificarse mediante ley el número e identidad de los elementos y criterios de cuantificación con arreglo a los cuales se determinan las cuotas y tipos exigibles."

Conociendo ya el alcance de la colaboración reglamentaria en materia de reserva de ley tributaria, el citado precepto legal añade que:

"La modificación de las cuantías fijas resultantes de la aplicación de los elementos de cuantificación de las tasas portuarias podrá efectuarse mediante Orden ministerial en función del objetivo de rentabilidad anual para el conjunto del sistema portuario, tomando en consideración las necesidades de inversión, el nivel de endeudamiento, la evolución de los costes, la eficiencia en la gestión y la evolución de la demanda.

Toda propuesta de modificación de las cuantías de una tasa deberá incluir entre los antecedentes y estudios previos para su elaboración, una memoria económico-financiera sobre el coste o valor del recurso o actividad de que se trate y sobre la justificación de la cuantía de la tasa propuesta. La memoria económico-financiera será elaborada por Puertos del estado y su omisión determinará la nulidad de pleno derecho de la orden ministerial que determine las cuantías de la tasa."

Después de esta necesaria introducción acerca de la naturaleza de las tarifas portuarias y de las diversas modificaciones introducidas en la normativa aplicable, así como sobre la interpretación que de la misma han dado los Tribunales de Justicia y antes de entrar a analizar la cuestión sometida a consulta es preciso también hacer algunas consideraciones acerca de los sujetos obligados al pago de las tarifas portuarias.

- II -

Llegados a este punto, resulta necesario partir de una situación que, como se pone de manifiesto en el informe, es muy frecuente en la práctica, y que no es otra que la aparición en el procedimiento de liquidación de las tarifas portuarias del consignatario del buque que, como se verá, en su condición de obligado al pago, hace efectivo, en muchos casos, en nombre y representación del naviero o propietario del buque, el importe de esas liquidaciones, repercutiéndolas sobre sus representados (así ocurre, por ejemplo, en el expediente remitido). Es más, es muy frecuente también que el citado consignatario, siguiendo instrucciones del naviero o propietario del buque, auténtico obligado tributario, formule la oportuna reclamación económico-administrativa o el recurso contencioso-administrativo contra esas liquidaciones. Esa circunstancia se ha producido también en el expediente remitido, dictándose sentencia firme por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, de fecha 25 de junio de 2003, anulatoria de las liquidaciones giradas, lo que propició la entrada en juego de las disposiciones adicionales a que antes se ha hecho referencia, aprobándose, en ejecución de sentencia, una nueva liquidación en sustitución de las anuladas, que se compensó con el crédito de la APB, por lo que la devolución se concreta a los intereses de demora desde la fecha del primitivo ingreso.

Con ser ésta la situación más frecuente, no es, sin embargo, la única, como se pone de manifiesto en el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona, por lo que se hará referencia a lo largo del presente informe a todas las posibles situaciones.

No obstante, y antes de abordar el examen de estas situaciones, es preciso detenerse en el análisis de los obligados al pago de las tarifas portuarias, poniéndoles en relación con la figura del consignatario del buque, cuya naturaleza será objeto de especial atención.

La Ley 18/1985 que modificó la Ley 1/1966, en la que se configuraba a las tarifas portuarias como tasas, al referirse a los sujetos pasivos de las mismas, disponía en su artículo 2 que eran sujetos pasivos obligados al pago de la Tarifa G-3 los armadores o los consignatarios de los barcos que utilizasen el servicio, y los propietarios del medio de transporte cuando la mercancía entrase y saliese del puerto por medios exclusivamente terrestres. Eran responsables subsidiariamente –añadía– del pago de la tarifa los propietarios de la mercancía y, en su defecto, sus representantes autorizados, salvo que probasen haber hecho provisión de fondos a los responsables principales.

Con el esquema diseñado en esa Ley y partiendo, se insiste, de la configuración de las tarifas portuarias como tasas, quedaba bastante clara la condición como sujetos pasivos de esa tasa del armador o del consignatario del buque (este último en representación del primero). Aunque no se hacía referencia alguna a la condición del armador como obligado principal o, si se quiere, de contribuyente, en los términos del artículo 31 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT de 1963, actualmente derogada) ni al consignatario del buque, como sustituto del contribuyente, en los términos del artículo 32 de dicha Ley, la posición de ambos era bastante similar a la posición que ocupan en la relación jurídico-tributaria las figuras citadas, resultando bastante evidente que, si el consignatario, en su condición de sujeto pasivo obligado al pago, hacía efectivo el importe de las liquidaciones giradas por tarifas portuarias, lo hacía en nombre y representación del armador, pudiendo repercutir posteriormente en el mismo la cantidad satisfecha por ese concepto. Al mismo tiempo, aparecía la figura del responsable subsidiario –artículo 37 de la LGT de 1963– en la persona del propietario de la mercancía y, en su defecto, en sus representantes autorizados.

Prescindiendo de la fugaz consideración de las tarifas portuarias como precios públicos, se llega a la LPMM que, como se ha visto, en su artículo 70 configuró a las tarifas por los servicios portuarios que prestan las Autoridades Portuarias como precios privados, calificación que no varía en la modificación introducida en ese precepto por el artículo único.29 de la Ley 62/1997.

El artículo 70 de la LPMM, en su redacción originaria, autorizaba al Ministro del ramo a establecer, a propuesta de Puertos del Estado y oídas las Asociaciones de usuarios afectadas, los límites mínimos y máximos de las tarifas, previéndose igualmente su actualización con periodi-

cidad anual. Fruto de ello, fueron las diversas Ordenes Ministeriales, todas ellas cuestionadas y en muchos casos anuladas por infracción del principio de reserva de ley. La Orden de 19 de abril de 1995, que fue modificada en parte por la Orden de 30 de enero de 1996, aplicable por razón del tiempo a las liquidaciones a las que se refiere el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona, en el apartado correspondiente a las Reglas particulares de aplicación de la Tarifa T-3, Regla Segunda, hizo referencia a los obligados al pago de esas tarifas. La citada Regla decía así:

“Abonarán esta tarifa los navieros o los consignatarios de los barcos que descarguen o carguen mercancías y los propietarios del medio de transporte cuando la mercancía entre y salga del puerto por medios terrestres, o los consignatarios de dichas mercancías según quien ostente la responsabilidad sobre las mismas de acuerdo con el contrato de transporte suscrito. Subsidiariamente, serán responsables del pago de la tarifa los propietarios de la mercancía y, en su defecto, sus representantes autorizados, salvo que prueben haber hecho provisión de fondos a los responsables principales.

En el caso de operaciones en muelles de concesionarios, los titulares de la concesión serán responsables subsidiarios del pago de esta tarifa”

Como se observa, a pesar del evidente cambio en la naturaleza jurídica de las tarifas (que desde la LPMM se configuraron como precios privados), esa Orden tiene presente la antigua regulación de los sujetos pasivos y responsables de la Ley 18/1985, que modificó la Ley 1/1966, cuando las citadas tarifas tenían la consideración de tasas

Por su parte, la Ley 62/1997 (artículo único.30) dio nueva redacción al artículo 70 de la LPMM. Según ese precepto, modificado, correspondía al Ministro de Fomento definir los supuestos y la estructura tarifaria a aplicar por los servicios prestados para el conjunto del sistema portuario, así como sus elementos esenciales y a las Autoridades Portuarias la aprobación de sus tarifas, conforme a los criterios de rentabilidad que se establezcan y a las estrategias comerciales de cada Autoridad. Pues bien, la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, sobre tarifas, al referirse a los obligados al pago de la Tarifa T-3, volvió a decir, en su artículo 35, que:

- “1. Abonarán esta tarifa los navieros o los consignatarios de los barcos que descarguen o carguen mercancías y los propietarios del medio de transporte cuando la mercancía entre y salga del puerto por medios terrestres, o los consignatarios de dichas mercancías, según quien ostente la responsabilidad sobre las mismas de acuerdo con el contrato de transporte suscrito.
2. Subsidiariamente, serán responsables del pago de la tarifa los propietarios de la mercancía y, en su defecto, sus representantes autorizados, salvo que prueben haber hecho provisión de fondos a los responsables principales.
3. En el caso de operaciones en muelles de concesionarios, los titulares de la concesión serán responsables subsidiarios del pago de esta tarifa.”

Se mantiene, por tanto, una redacción similar a la de la Ley 18/1985, sin que en este sentido se aprecien, de nuevo, diferencias derivadas del cambio de naturaleza jurídica de las tarifas portuarias.

Antes de entrar a analizar la incidencia en esta regulación de la nueva Ley 48/2003, conviene detenerse en el tratamiento de la figura del consignatario de buques en las Leyes citadas.

En su redacción originaria, y bajo la rúbrica de “Consignatario de buque”, el artículo 73 de la LPMM, establecía que:

- “1. A los efectos de esta Ley, se considera agente consignatario de un buque a la persona física o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque, haciéndose responsable del pago de las liquidaciones que por tarifas u otros conceptos originados por la estancia de buques en el puerto sean practicadas por la Autoridad Portuaria o Marítima.

2. El sujeto obligado al pago de las citadas liquidaciones, efectuadas por la Autoridad Portuaria o Marítima, será, en el caso de que exista, el consignatario que ha solicitado de estas Entidades los servicios portuarios correspondientes o el Capitán del buque, si éste no está consignado.

En ambos casos estará obligado al pago el naviero o el propietario del buque, con carácter solidario”.

A juicio de este Centro Directivo, la referencia que se hace a los obligados al pago de la Tarifa T-3 en las Reglas de aplicación de la citada Orden de 19 de abril de 1995, fiel trasunto del artículo 2 de la Ley 18/1985, es compatible con la atribución al consignatario de la condición de responsable del pago de las liquidaciones o como sujeto obligado al pago con carácter solidario con el naviero o propietario del buque realizada en el precepto antes transcrito. La modificación introducida en dicho precepto por la Ley 62/1997, en cuyo apartado 2 se indica que el consignatario, en el supuesto de que exista, será responsable directamente ante las Autoridades Portuarias de las liquidaciones por tarifas, no altera la conclusión anterior.

Como antes se dijo, el consignatario del buque actúa en representación del naviero o propietario de aquél, siendo responsable del pago (de forma directa desde el 20 de enero de 1998, fecha de entrada en vigor de la Ley 62/1997) de las liquidaciones que por tarifas le sean practicadas por las Autoridades Portuarias, debiendo, por tanto, abonarlas en esa condición, sin perjuicio, claro está, de su derecho a repercutir el importe de las mismas a su representado.

Y es que, en definitiva, el consignatario de buques, no es más que un comisionista o mandatario del naviero o del propietario del buque. En el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona se hace un estudio muy completo, con la cita jurisprudencial oportuna, de la figura del consignatario de buques, cuyos perfiles, no fáciles de fijar en principio, han sido paulatinamente concretados por el Tribunal Supremo, en algunos casos con ocasión precisamente de recursos motivados por el pago de tarifas portuarias. Se pueden traer a colación, en este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1991 y la de la Audiencia Nacional de 29 de abril de 1999, citadas en dicho informe, que se completan adecuadamente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 4 de diciembre de 2002, también citada y reproducida ampliamente en el repetido informe, y de las que se deduce con suficiente claridad que, aunque el consignatario puede formar parte del personal de la empresa marítima naviera, el caso más normal es del comerciante individual o colectivo que ejercita en su propio nombre un genérico comercio, el de atender profesionalmente las necesidades de los buques en el puerto donde desarrolla su actividad, encargándose en el puerto de realizar por cuenta del naviero la descarga de las mercancías y su entrega a los destinatarios. Su actividad es la típica de los comisionistas, estando, por consiguiente, dentro del marco de la comisión mercantil, que no es sino una modalidad del mandato (artículo 244 del Código de Comercio) . En la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1999 se da ello por supuesto, y así se dice expresamente que el consignatario de buques es un comisionista, al que resultan aplicables los preceptos del Código de Comercio dedicados a la comisión mercantil.

Para terminar con esta referencia a los obligados al pago, es preciso aludir a la regulación contenida en la Ley 48/2003 que, como se ha visto, adelantándose a un posible, y luego real, reproche de inconstitucionalidad del artículo 70 de la LPMM, convirtió las antiguas tarifas de servicios que implicaban la utilización de las instalaciones portuarias en tasas por utilización especial de las mismas. Entre ellas, está la “tasa de la mercancía”, equivalente a la antigua Tarifa T-3, regulándose en la Ley 48/2003 sus elementos esenciales. El artículo 24, punto 2.a) de este texto legal atribuye la condición de sujetos pasivos contribuyentes de la tasa, en el supuesto de mercancías que se embarquen, desembarquen, transborden o se encuentren en régimen de tránsito marítimo, con carácter solidario, al naviero, al propietario de la mercancía y al capitán del buque. Cuando el buque y la mercancía se encuentren consignados, serán sujetos pasivos sustitutos el consignatario del buque y el consignatario, transitario u operador logístico representante de la mercancía.

Por otro lado, el artículo 73.2 de la LPMM, en la redacción dada al mismo por la disposición final 2, punto 14, de la Ley 48/2003, señala que, el consignatario, en el supuesto de que exista, estará obligado directamente ante las Autoridades Portuarias y Marítimas al pago de las liquidaciones que se establezcan por tasas y otros conceptos originados por la estancia del buque en puerto conforme a lo dispuesto en esta Ley.

La atribución de la condición de sujeto pasivo sustituto al consignatario del buque es de gran importancia, al resultar aplicable, de entrada, al mismo las previsiones contenidas en el artículo 30 de la derogada LGT de 1963 (actualmente, artículo 36 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), donde se considera al sustituto como aquella persona que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria, pudiendo traerse a colación, por tanto, todas las notas características de esta figura a las que se hace mención en el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona y que este Centro hace suyas.

El sustituto, condición que tiene el consignatario respecto a la tasa de la mercancía del artículo 24 de la Ley 48/2003, se coloca en el lugar del sujeto pasivo realizador del hecho imponible (el naviero, el propietario de la mercancía y el capitán del buque), no por haberlo realizado, sino por realizar el presupuesto de hecho propio de la sustitución, por lo que asume la deuda en nombre propio, razón por la cual puede ser titular de un derecho a la devolución. Es más, tras la aprobación del Reglamento General de Recaudación por Real Decreto 1680/1990, de 20 de diciembre (RGR), el sustituto desplaza a todos los efectos al contribuyente –sólo el sustituto está obligado frente a la Administración Tributaria– pagando en lugar de aquél.

Si hay algo característico del sustituto y que afecta de una forma directa al derecho a la devolución es el derecho del mismo a resarcirse con cargo al contribuyente, en lugar del cual satisface el tributo. Este restablecimiento patrimonial se puede llevar a cabo a través de dos cauces: en unos casos, el sustituto efectúa una retención del impuesto al contribuyente a la hora del pago de sumas de dinero sujetas a tributación; en otros casos, el reembolso se produce por la repercusión del tributo satisfecho en lugar del contribuyente. Se habla así de sustitución con retención y de sustitución sin retención o con repercusión.

La sustitución a la que se refiere el artículo 24.2 de la Ley 48/2003 es una sustitución sin retención –la menos frecuente en la práctica– y que se produce, como se indica en el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona, cuando el sustituto paga el tributo y el reembolso del mismo lo logra mediante la oportuna repercusión sobre el sujeto pasivo contribuyente de la cantidad pagada en su lugar. El artículo 16 de esa misma Ley, relativo a las Reglas Generales de las tasas portuarias, se hace eco claramente de este reembolso cuando, en su apartado h), señala que “el sustituto podrá exigir del contribuyente el importe pagado por la tasa conforme a lo dispuesto en la Ley General Tributaria.” Aunque, como ocurre con otro de los casos de sustitución (por ejemplo, en el previsto en el Impuesto Municipal de Construcciones, Instalaciones y Obras (artículo 101.2 del Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), se utiliza el potestativo “podrá”, configurando como no obligatorio ese reembolso, lo normal es que el sustituto haga efectiva esa posibilidad exigiendo al contribuyente el importe de lo pagado.

Pues bien, aunque, por evidentes razones temporales, las previsiones contenidas en el artículo 24 de la Ley 48/2003 no podrían aplicarse a unas liquidaciones por tarifas portuarias practicadas seis años antes cuando las mismas tenían la consideración de precios privados y que habían sido giradas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 70 de la LPMM, en su primitiva redacción, y en la Orden de 19 de abril de 1995 (modificada por la de 30 de enero de 1996), la anulación de aquellas liquidaciones por sentencia firme del TSJ de Cataluña, su consideración como tasa y no como precio privado, así como la actual consideración del presupuesto de hecho que sirvió de base a la Tarifa T-3 como una tasa en la Ley 48/2003 determinan que lo dispuesto en esta última Ley sobre los sujetos pasivos de la misma deba tenerse presente también para resolver la cuestión suscitada.

- V -

Dicho lo anterior, es necesaria ya la determinación del titular del derecho a la devolución de ingresos indebidos, consecuencia de la anulación de las liquidaciones por tarifas portuarias (en la práctica, la devolución, como se dijo, se traduce en el abono de los intereses derivados de ese ingreso indebido, pues en el proceso de refacturación se admite la compensación de oficio del importe de la liquidación anulada con la girada tras la sentencia o resolución firme anulatoria de la misma).

En la Nota elaborada por Puertos del Estado, tomando por base lo prevenido en el artículo 72.3 de la LJCA y por extensión en el artículo 110 de la misma, se entiende que se trata de un problema de extensión de efectos de la resolución judicial, considerando que la sentencia anulatoria de la liquidación únicamente produce efectos en la cantidad referida al recurrente que ejercita la acción procesal, pero no frente a las cantidades giradas en esa liquidación referidas a otros recurrentes que no han intervenido en el proceso y que, por tanto, no tienen la cualidad de partes en el mismo y que deberían solicitar, en tiempo y forma, la extensión de efectos de la sentencia, de acuerdo con el artículo 110 de la LJCA.

Lo primero que hay que afirmar es que, a juicio de este Centro Directivo, la cuestión planteada no constituye un problema de extensión de efectos de una sentencia a personas distintas de aquéllas a las que una resolución judicial firme haya reconocido una situación jurídica individualizada, sino un problema de devolución de ingresos y de determinación de las personas legitimadas para obtener la misma. La cuestión surge a consecuencia de las actuaciones que pueden realizar los obligados al pago de las liquidaciones por tarifas o, si se quiere, con la Ley 48/2003, los sujetos pasivos de una tasa, en este caso, el naviero o propietario de la mercancía y el consignatario del buque.

Del informe de la Abogacía del Estado en Barcelona y de la documentación que acompaña al mismo se deduce que la situación más frecuente es la del consignatario del buque que, en primer término y actuando en representación del naviero o del propietario del buque, recibe, como sujeto obligado al pago artículo 73.1 de la LPMM) la oportuna notificación de la liquidación, ingresando la misma y repercutiéndola a sus mandantes con posterioridad. En muchos casos, el consignatario, siguiendo instrucciones de su representado, formulaba directamente reclamación económico-administrativa y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo contra esas liquidaciones, obteniendo frecuentemente un pronunciamiento favorable que desembocaba en la anulación de las liquidaciones giradas y en el reconocimiento del derecho a la devolución de las cantidades ingresadas en su momento. En cualquier caso, se debe señalar que, dada su condición de obligado al pago de las liquidaciones y de sustituto del contribuyente con la Ley 48/2003, estaría legitimado per se para impugnar esas liquidaciones a la vista del artículo 30.1.a) del Reglamento de procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, y del artículo 19 de la LJCA.

Prescindiendo de los casos Primero y Segundo del informe de la Abogacía del Estado en Barcelona donde se prevé, por un lado, la situación del consignatario que ingresa, no repercute y recurre (caso Primero), en cuyo supuesto, si prospera la impugnación el único legitimado para obtener la devolución sería, lógicamente, el propio consignatario como obligado al pago, y, por otro, la situación del naviero que ingresa directamente la liquidación sin mediación del consignatario y que, tras recurrir, obtiene la anulación de la liquidación (caso Segundo), en la que, siendo él el principal obligado, único pagador y sujeto pasivo contribuyente a tenor de la Ley 48/2003, a él le correspondería la devolución, la situación que se describe en el párrafo anterior es la prevista en el caso Tercero del referido informe.

Para resolver el problema de a quién corresponde la devolución del ingreso en este caso, aparte de tener en cuenta que el consignatario está obligado al pago de las liquidaciones, de acuerdo con el artículo 73.2 de la LPMM, no se puede perder de vista que la tarifa discutida no tiene realmente la consideración de precio privado, sino de tasa, y así ha tenido oportunidad de

declararlo el Tribunal Constitucional, no existiendo, por ello, obstáculo alguno para que, aunque sea en esta fase final de la devolución de un ingreso indebido, consecuencia de la anulación por sentencia firme de las liquidaciones, se tengan en cuenta las previsiones de la Ley 48/2003 que conceptúa ya las mismas como tasas y, lo que es más importante, lo dispuesto en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, en la LGT y en las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas.

El artículo 155 de la LGT de 1963 disponía que los sujetos pasivos o responsables y sus herederos o causahabientes tendrán derecho a la devolución de los ingresos que indebidamente hubieran realizado en el Tesoro, remitiendo a un futuro desarrollo reglamentario la regulación del procedimiento a seguir, según los casos, para el reconocimiento de ese derecho a la devolución y la forma de su realización.

En cumplimiento de esa previsión legal se promulgó el Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, que regula el procedimiento para la devolución de ingresos indebidos, Decreto que, salvo los artículos 8, 9, 10, 11, 13 y 14, la disposición adicional tercera y apartado 3 de la disposición adicional quinta, ha sido derogado por el reciente Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que aprueba el Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, que entrará en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el 27 de mayo pasado. Por ello, aunque, en la fecha de emisión de este informe, todavía rige, en su plenitud, el Real Decreto 1163/90, haremos también alguna referencia a la nueva norma que le sustituye en gran parte.

Pues bien, el artículo 1 de ese Real Decreto 1163/90 (artículo 14.2.a) del Real Decreto 520/2005) reconoce que los sujetos pasivos o responsables y sus herederos o causahabientes tendrán derecho a la devolución de los ingresos que indebidamente hubieran realizado en el Tesoro, y así lo hubiere reconocido la resolución de un recurso administrativo o reclamación económica administrativa o en virtud de una resolución judicial firme –artículo 10.2.a) del Real Decreto 1163/90 y artículo 15.1.c) del Real Decreto 520/2005–, debiendo comprenderse dentro de los mismos a los contribuyentes y a los sustitutos de los mismos y a los demás obligados tributarios.

El consignatario del buque, de acuerdo con el artículo 73.2 de la LPMM, tiene, de entrada, la condición de obligado al pago, habiendo realizado normalmente en la hipótesis que ahora se considera el ingreso de la liquidación oportuna a la APB.

Si bien la locución “obligados al pago” no es equiparable a la de “obligados tributarios” a que alude el artículo 1.1 del Real Decreto 1163/1990, el artículo 10.1 del RGR dispone que “están obligados al pago de las deudas tributarias como deudores principales, según los casos: a) los sujetos pasivos de los tributos, lo sean como contribuyentes o sustitutos”. Pues bien, aun cuando el artículo 73.2 de la LPMM se refiera al consignatario como obligado al pago de las liquidaciones, dada la consideración de las tarifas como precios privados, y no esté pensando en el obligado al pago al que hace referencia el artículo 10.1.a) del RGR, no hay duda alguna, y más después del cambio de configuración de las tarifas y su actual consideración como tasas, de que el “obligado al pago” de la LPMM, sustituto ya en la Ley 48/2003, está legitimado para obtener la devolución del ingreso indebido declarado judicial o administrativamente.

Es más, apurando la argumentación, no hay duda alguna de que el consignatario, como obligado al pago en los términos rotundos de la LPMM, tiene un mayor peso que el de la persona que paga por un tercero. El pago por tercero es admitido por el artículo 18 del RGR, al igual que por el artículo 1158 del Código Civil. Aunque ha existido en materia tributaria cierta reticencia a admitir el pago por tercero, apoyándose para ello en una posible violación del principio de capacidad económica, se ha entendido que no se produce tal violación siempre que el ordenamiento establezca los mecanismos tendentes a que sea el titular de la capacidad contributiva el que soporte la carga tributaria. En cualquier caso, el artículo 18.3 del RGR dispone que “en ningún caso el tercero que pagase la deuda estará legitimado para ejercitar ante la Administración los derechos que correspondan al obligado al pago. Sin embargo, podrá ejercitar los derechos que se

deriven a su favor exclusivamente del acto del pago.” La obligación de devolución es una obligación autónoma e independiente, que no tiene naturaleza contributiva y que nace por la realización de un ingreso indebido, siendo esa persona que lo ha realizado el sujeto activo de la obligación de devolución. En atención a ello, se ha entendido que el tercero que pague la deuda podrá ejercitar los derechos que se deriven a su favor del acto del pago y, entre ellos, el derecho a la devolución de ingresos indebidos como derecho dimanante del pago.

Si esto es así, es decir, si la persona que paga voluntariamente por un tercero tiene reconocido esos derechos, con mayor motivo los tendrá el “obligado al pago” por ministerio de la ley, condición que tiene el consignatario.

Por otro lado, teniendo en cuenta, de nuevo, lo dispuesto en la Ley 48/2003, la consideración del consignatario del buque como sustituto del contribuyente, le convierte, automáticamente, en obligado tributario, por el simple juego de los artículos 35.2.b) y 36.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

A mayor abundamiento, como se indica en el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona, los artículos 2.4 y 6.3 de la Orden de 22 de marzo de 1991, que desarrolla el Real Decreto 1163/1990, vienen a ratificar plenamente la legitimación del consignatario en estos casos, cuando el primero de ellos habla de que, “podrá solicitar la devolución de un ingreso indebido, según los casos, quien realizó dicho ingreso o cualquier interesado al que las normas reconozcan tal derecho...” añadiendo el segundo que, “...el acuerdo decidirá el titular del derecho a la devolución que será la persona que realizó el ingreso declarado indebido o aquella que, según las normas, resulte beneficiaria de dicho derecho”.

Ahora bien, como se indica en el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona, la APB, en el caso que se analiza, quedará liberada de sus obligaciones relacionadas con la devolución del ingreso indebido, haciendo efectiva la devolución al consignatario, obligado al pago y pagador efectivo, sin perjuicio de las relaciones que existan entre consignatario y naviero como consecuencia del contrato de comisión, a las que es ajena la APB, y que, en la práctica, determinarían el nacimiento de un derecho de reembolso de la cantidad objeto de devolución (los intereses, normalmente) a favor del naviero frente al consignatario que pagó en su nombre la liquidación anulada.

En el caso Cuarto del informe de la Abogacía del Estado en Barcelona se examina la situación del consignatario que ingresa y repercute pero no impugna la liquidación, impugnación que realiza el naviero. En primer término, resulta indudable la legitimación del citado naviero, como obligado al pago, con carácter solidario, de la liquidación, y sujeto pasivo contribuyente con la Ley 48/2003, para impugnar en vía económico-administrativa y contencioso-administrativa dicha liquidación.

En este caso, a pesar de que el ingreso se ha realizado por el consignatario, que repercutió el importe de esa liquidación al naviero, en principio, podría pensarse, tras la lectura de los artículos antes reseñados de la Orden Ministerial de 22 de marzo de 1991, que el único legitimado para solicitar y obtener la devolución sería el consignatario. Pues bien, entiende este Centro Directivo que no puede olvidarse que el verdadero sujeto pasivo contribuyente, de acuerdo con la Ley 48/2003, es el naviero, al que, si acredita efectivamente ante la APB haber soportado la repercusión efectuada por el consignatario, debe reconocerse legitimación para obtener la devolución del ingreso correspondiente. Las sentencias de diversos Tribunales de Justicia, citadas en el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona, y que este Centro Directivo hace suyas, vienen a refrendar esta conclusión.

Por último, se llega a los casos más problemáticos, objeto especial de la consulta, los casos Quinto y Sexto.

El caso Quinto se refiere a la situación del consignatario que impugna la liquidación, siguiendo instrucciones de su mandante, sin pagar nada, siendo el naviero el que directamente paga la liquidación a la Autoridad Portuaria.



En este caso, como se dice en el informe de la Abogacía del Estado en Barcelona, no hay inconveniente en admitir la legitimación del consignatario para recurrir, aunque la liquidación haya sido ingresada directamente por el naviero. El resultado favorable de la impugnación, es indudable que favorecerá al naviero como obligado principal que es, sujeto pasivo contribuyente en la Ley 48/2003, siendo, además, en este caso, el que ha pagado el importe de la liquidación. Sobre esa base, tampoco existe inconveniente en reconocer legitimación a este último para obtener la devolución. Podría igualmente reconocerse ese derecho a favor del consignatario si, como se indica en el repetido informe, se acredita por el mismo ante la Autoridad Portuaria que no sólo tiene la representación del naviero para impugnar la liquidación sino que está autorizado, en todo caso, aunque no haya realizado ingreso alguno, para percibir la devolución del ingreso realizado directamente por su mandante, el naviero.

El caso Sexto, por último, refleja una situación bastante extraña, como es la del consignatario que paga directamente la liquidación, sin repercutirla sobre el naviero, siendo este último quien impugna la misma, consiguiendo, se entiende, su anulación.

En este caso, y dado que el beneficiado por la anulación es el consignatario, que ha ingresado pero no ha repercutido nada al naviero, el único legitimado para obtener la devolución sería el consignatario, y sólo si lo autoriza este último podría el naviero obtener la devolución acreditando la representación por él conferida al consignatario.

En definitiva, en estos dos últimos casos, y partiendo de la consideración de consignatario y naviero como obligados tributarios al pago de las tarifas –ahora tasas– discutidas, sería posible reconocer directamente el derecho a la devolución del ingreso indebido al naviero que hubiere pagado directamente, aunque el recurso contra la liquidación lo formulara el consignatario, a salvo la autorización a este último, por parte del primero, para que cobre, en su nombre, la cantidad oportuna.

En el caso de que el que pague sea el consignatario y no repercute sobre el naviero, que recurre, aunque éste obtenga un pronunciamiento favorable, el único legitimado para percibir el importe de la cantidad ingresada indebidamente sería uno de los obligados, en este caso el consignatario, que pagó sin repercutir el importe de la liquidación, sin perjuicio de un apoderamiento expreso a favor del naviero para obtener, en su nombre, la devolución.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Las tarifas exigidas por las Autoridades Portuarias por los servicios portuarios que prestan y que, según el artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, tenían la consideración de precios privados, no pueden reputarse como tales después de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005, que las configura como tasas, habiendo declarado dicha sentencia inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del citado precepto en su redacción originaria. La sentencia del Tribunal Constitucional nº 120/2005, de 10 de mayo, hizo lo propio con los mismos apartados de aquel precepto, en la redacción que les dio la Ley 62/1997, de 26 de diciembre. Esa declaración de inconstitucionalidad trae como consecuencia la nulidad de las diversas Ordenes Ministeriales que fijaron la cuantía de esas tarifas por vulneración del principio de reserva de ley (artículo 31.3 de la Constitución).

**Segunda.-** En el procedimiento de liquidación de esas tarifas aparece la figura del consignatario del buque como obligado al pago de las liquidaciones efectuadas, en representación del naviero o propietario del buque, que es el obligado principal y obligado también al pago con carácter solidario junto con el consignatario (artículos 73.1 y 2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre).

Según la doctrina jurisprudencial reiterada, el consignatario no es más que un comisionista o mandatario del naviero o propietario del buque, siendo responsable directo ante las Autori-

dades Portuarias de las liquidaciones que se establezcan por esas tarifas (artículo 73.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, en la redacción dada a dicho precepto por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre).

**Tercera.-** La configuración de las antiguas tarifas portuarias, entre ellas, la llamada Tarifa T-3 como tasas y la nueva regulación de las mismas contenida en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (donde se regula la “tasa de la mercancía”, cuyo presupuesto de hecho es idéntico al de la Tarifa T-3) permite tener presente, en la determinación de los titulares del derecho a la devolución de ingresos indebidos por razón de la anulación de las liquidaciones tarifarias por nulidad de la Orden Ministerial que les sirve de fundamento (todo ello en el proceso de refacturación permitido por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre), las previsiones de la citada Ley 48/2003, de 26 de noviembre, sin perjuicio de tener en cuenta la regulación vigente cuando se dictaron las liquidaciones anuladas, constituida fundamentalmente por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre.

**Cuarta.-** En relación con los casos Primero, Segundo, Tercero y Cuarto del informe de la Abogacía del Estado de Barcelona deberán tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico V del presente informe.

**Quinta.-** En los casos Quinto y Sexto del aludido informe, aplicando las previsiones de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de la Ley General Tributaria, del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, sobre devolución de ingresos indebidos y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, y teniendo presente la especial naturaleza de la figura del consignatario, no habría inconveniente en reconocer legitimación para obtener la devolución del ingreso indebido (que, en la práctica, al admitirse la compensación de oficio, se centraría en los intereses) al naviero que, sin recurrir, ingresó directamente el importe de la liquidación, bien que podría devolverse también al consignatario si éste acredita, como comisionista que es, ostentar la representación del naviero para percibir, en su nombre, la devolución (Caso Quinto), ni para reconocer legitimación para obtener también esa devolución al consignatario que pagó directamente la liquidación, sin repercutirla en el naviero, impugnando este último la misma. (Caso Sexto); sólo si lo autoriza, en este caso, el consignatario y acreditando la representación, podría el naviero obtener, en su nombre, la devolución.

**Sexta.-** La Nota de Puertos del Estado de 13 de enero de 2005, a la que se refiere el antecedente 1º) de este informe, debe entenderse matizada, en cuanto al posible abono de intereses a personas distintas de las que recurrieron formalmente las liquidaciones de tarifas portuarias, a los efectos de la fijación y pago de la correspondiente subvención a la Autoridad Portuaria de Barcelona, de acuerdo con lo indicado en las conclusiones cuarta y quinta.

## **152.- Informe sobre la posibilidad de exigir, por parte de la Autoridad Portuaria, la devolución de lo abonado por ella en concepto de intereses de demora a quienes se giraron liquidaciones por tarifas portuarias, anulada por resoluciones judiciales y administrativas firmes.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posibilidad de exigir, por parte de las Autoridades Portuarias, la devolución de lo abonado por ellas en concepto de intereses de demora a quienes giraron liquidaciones por tarifas portuarias que fueron anuladas por resoluciones judiciales y administrativas firmes a raíz de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995 (luego confirmada por las sentencias del TC nos 102 y 121/2005) y respecto de las cuales se ordenó por la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999 la práctica de nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas ("refacturación"). Doctrina del Tribunal Supremo sobre enriquecimiento injusto; aplicación de la misma al ámbito del Derecho Administrativo y del Derecho Tributario. Criterio favorable a exigir la devolución de intereses de demora pues el abono de los mismos por las Autoridades Portuarias (como consecuencia de las anulaciones de las liquidaciones giradas) daría lugar a un enriquecimiento injusto al haberse ordenado la práctica de nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas: argumentos para ello. Procedimiento para hacer efectiva la devolución de los intereses abonados: improcedencia del ejercicio de acciones civiles. Procedencia de declarar lesivos los acuerdos de devolución de intereses. Requisitos de competencia de la declaración de lesividad: procedente delegación del Ministro de Economía y Hacienda (órgano competente) en los Consejos de Administración de las respectivas Autoridades Portuarias.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 4/06

**Fecha:** 17 de febrero de 2006

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre el posible ejercicio de acciones civiles basadas en la doctrina del enriquecimiento injusto respecto a los intereses que han de satisfacer las Autoridades Portuarias a consecuencia de la ejecución de las sentencias firmes anulatorias de las liquidaciones de tarifas portuarias. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) Para comprender la problemática suscitada es conveniente hacer referencia a los antecedentes de la misma, comenzando por la calificación de las tarifas portuarias como precios privados en el artículo 70 de la Ley 27/1992, de 27 de noviembre, de Puertos y de la Marina Mercante (en adelante, LPMM). Los elementos esenciales de las mismas se determinaban por Orden Ministerial, normalmente una cada año, siendo la última de ellas de fecha 30 de julio de 1998.

Es importante resaltar que, hasta ese momento, las tarifas portuarias habían tenido una naturaleza variopinta, ya que, hasta la aprobación de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, la doctrina jurisprudencial las había calificado como tasas. A partir de la entrada en vigor de esa última Ley, los Tribunales las calificaron como precios públicos, volviendo de nuevo a tener la naturaleza de tasas a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995, de 14 de diciembre, que analizó la constitucionalidad de la citada Ley 8/1989 y a la que se hace referencia en el primer párrafo del escrito de consulta.

En la citada sentencia se analiza el alcance de la expresión “prestación patrimonial de carácter público” del artículo 31.3 de la Constitución (en adelante CE), reafirmando el principio de reserva de ley en materia tributaria, de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal que, en esencia, exige que la creación ex novo del tributo y la determinación de sus elementos esenciales se lleven a cabo mediante ley. Ello determinó que, a partir del año 1996, se formulara un gran número de recursos contra las liquidaciones de las tarifas portuarias, giradas al amparo del artículo 70 de la LPMM y de las diversas Ordenes Ministeriales que fijaban sus elementos esenciales.

Esos recursos eran, en general, recursos administrativos per saltum, interpuestos ante el Ministerio de Fomento, de acuerdo con el artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, por considerar nula la Orden Ministerial aprobatoria de los elementos esenciales y cuantía de las tarifas. Contra las desestimaciones expresas o presuntas de esos recursos se interpusieron recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional que, de forma sistemática, estimó los mismos. Las sentencias de la Audiencia Nacional, muy numerosas, partiendo de la consideración de las tarifas como tasas, declararon la nulidad de las liquidaciones al considerar nula la Orden Ministerial que les servía de cobertura por la clara vulneración por la misma del principio de reserva de ley. Los recurrentes entendían, compartiendo la Sala su parecer, que las tarifas tenían la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, más concretamente, de tasas, debiendo regularse sus elementos esenciales por ley, de acuerdo con el artículo 31.3 de la CE y la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995, aplicada ya, como no podía ser menos, por el Tribunal Supremo (valga por todas, su sentencia de 9 de diciembre de 1998).

Aunque en menor número, también existieron recursos ante los Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, así como ante los Tribunales Económico-Administrativos. Los primeros dictaron también, en su casi totalidad, sentencias estimatorias de los recursos como consecuencia, de nuevo, de la nulidad de las Órdenes. Los segundos, si bien en un primer momento declararon inadmisibles las reclamaciones teniendo en cuenta la consideración de las tarifas como precios privados, posteriormente y una vez conocidos los pronunciamientos de la Audiencia Nacional, estimaron las reclamaciones formuladas. Todos ellos y, por supuesto, la Audiencia Nacional anularon las liquidaciones practicadas, con derecho a la devolución de las cantidades que se hubiesen entregado, añadiendo, algunas de ellas, lo cual, como luego se verá, no resultaba imprescindible, que se devolviera no sólo el principal, sino también los intereses legales que correspondiesen (en este sentido, por ejemplo, se puede citar la resolución del TEAC de 10 de octubre de 2002 R.G. 3632-01).

Para terminar con la exposición de los avatares jurídicos sufridos por las tarifas, conviene resaltar que las diversas Ordenes Ministeriales aprobatorias de las mismas fueron también recurridas directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que estimó, por las mismas razones antes expuestas, los oportunos recursos, anulando las citadas Órdenes. Es más, en el recurso de casación nº 6597/1996 formulado por el Abogado del Estado contra la sentencia de 24 de noviembre de 1995 que anuló la Orden Ministerial de 13 de abril de 1993, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante auto de 24 de septiembre de 2002, acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad de los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la LPMM, en su versión original, por la posible vulneración del artículo 31.3 de la CE. Igualmente, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional planteó cuestión de inconstitucionalidad en relación con los mismos apartados del artículo 70 de la LPMM, en la redacción dada por la Ley 62/1997, por la posible vulneración, de nuevo, del artículo 31.3 de la CE. Al resultado de esas dos cuestiones se hará referencia más adelante.

2º) Ante la situación provocada por las numerosas liquidaciones recurridas y anuladas por los Tribunales, el Ministro de Fomento formuló consulta al Consejo de Estado sobre los procedimientos posibles para el cobro, en cualquier caso, a los usuarios de los servicios pres-

tados y cuyas liquidaciones habían sido anuladas por sentencia firme. El citado Órgano Consultivo, en dictamen de 18 de febrero de 1999, concluyó indicando, en lo que ahora importa, que la Administración debía proceder a la práctica de nuevas liquidaciones que sustituyeran a las anuladas en vía judicial, previa determinación de su cuantía mediante Real Decreto.

La Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su disposición adicional trigésimo cuarta, da una respuesta a la cuestión suscitada. Dicha disposición, bajo el título "Nueva liquidación de tarifas portuarias anuladas," prevé la práctica de nuevas liquidaciones en los supuestos de nulidad de liquidaciones giradas por servicios portuarios prestados como consecuencia de la declaración de nulidad de las Ordenes Ministeriales que les sirvieron de cobertura, distinguiendo entre las liquidaciones practicadas con arreglo a la Ley 1/1966, modificada por la Ley 18/1985, (ap.1) y las liquidaciones practicadas en el periodo comprendido entre la entrada en vigor LPMM y la aprobación de la Ley 62/1997 que la modifica (ap.2). La citada disposición permitía la refacturación de todas las liquidaciones practicadas desde la entrada en vigor de la Ley 1/1966 hasta la modificación introducida en la LPMM por la Ley 62/1997, pero no de las liquidaciones giradas a partir de la entrada en vigor de esta última.

En cualquier caso, es importante poner de manifiesto que la anulación por los Tribunales, especialmente por el Tribunal Supremo, de las liquidaciones giradas de acuerdo con la Ley 1/1966, modificada por la Ley 18/1985, se basó en la consideración de las tarifas como tasas, de acuerdo, como se ha dicho, con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995, lo que implicaba, a su vez, que la cuantificación de las mismas debiera haber sido hecha, cuanto menos, en una disposición con rango de Real Decreto. De ello se desprendería la conclusión de que las Ordenes Ministeriales a cuyo amparo se habían practicado las liquidaciones eran nulas, nulidad que alcanzaba a las propias liquidaciones.

Es de reseñar que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por autos de 30 de abril y 5 de mayo de 2003, acordó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de la disposición adicional trigésimo cuarta, apartado 1, de la Ley 55/1999, en su redacción originaria, y referente, como se ha dicho, a las liquidaciones giradas por servicios prestados con arreglo a la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio, por posible vulneración del artículo 117.3, en relación con los artículos 106.1, 118 y 24.1 de la CE.

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su disposición adicional séptima, da nueva redacción a la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, comenzando por ampliar la posibilidad de refacturación a las liquidaciones practicadas antes o después de la entrada en vigor de la Ley 62/1997, de modificación de la LPMM (ap.2). Reitera, por otro lado, la obligación de las Autoridades Portuarias de practicar nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas, aunque admite ya la compensación entre la cuantía del crédito reconocido en el expediente de devolución de ingresos indebidos y la cuantía de la nueva liquidación practicada al amparo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, estableciendo, con carácter general, la compensación.

La disposición transitoria segunda de la Ley 14/2000 dio nueva redacción a la disposición transitoria tercera de la Ley 62/1997, señalando que, hasta que se produzca la entrada en vigor de la ley que regule la libertad tarifaria y la modificación de los aspectos económico-financieros de los puertos del Estado, resultará plenamente aplicable en cuanto a la definición, estructura y elementos esenciales de las tarifas lo dispuesto en esta Ley, en las demás leyes reguladoras y en la Orden del Ministerio de Fomento de 30 de julio de 1998, cuya modificación sólo podrá hacerse por una norma con rango de ley.

Pues bien, a partir de la entrada en vigor de la Ley 14/2000, que tuvo lugar el 1 de enero de 2001, todas las liquidaciones giradas desde esa fecha gozan del adecuado respaldo legal

y así ha tenido oportunidad de ratificarlo la Audiencia Nacional en numerosas sentencias como, por ejemplo, las de 29 de junio y 15 de diciembre de 2004, en las que ya se indica que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 14/2000, no puede decirse que la Orden de 30 de julio de 1998 y las liquidaciones practicadas por la Tarifa T-3, a partir del 1 de enero de 2001, no tienen cobertura legal, desestimando todos los recursos planteados contra esas liquidaciones.

Por último, como es sabido, el Tribunal Constitucional, por sentencias números 102 y 121/2005, de 20 de abril y 10 de mayo de 2005, respectivamente, declaró inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la LPMM tanto en su redacción originaria como en la derivada de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre.

En pocas palabras, ya que resulta conocido, el Tribunal Constitucional, en la línea ya iniciada por la Audiencia Nacional, basó esa declaración de inconstitucionalidad en la consideración de las tarifas como prestaciones patrimoniales de carácter público y en la necesidad de determinación en la ley de un límite máximo de esa prestación de carácter público o de los criterios para fijarlo con el fin de respetar el principio de reserva de ley. Esa determinación no aparece – añade el Tribunal - en el precepto cuestionado que, al señalar que es el Ministerio de Obras Públicas y Transportes el que establece los límites mínimos y máximos de las tarifas, traza un ámbito de cuantificación que dejaba un amplísimo margen de libertad al mencionado órgano del poder ejecutivo, lo que implica una habilitación tan indeterminada que desborda los límites que, para la colaboración reglamentaria, derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los artículos 31.3 y 133.1 de la CE.

Una vez expuestos los antecedentes legislativos y judiciales derivados de la aplicación de la LPMM en relación con las tarifas portuarias, es preciso entrar en el análisis jurídico de la cuestión suscitada, a lo que se refieren los fundamentos jurídicos de este informe.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

En cumplimiento de las sentencias firmes anulatorias de las liquidaciones giradas por tarifas portuarias desde la LPMM y de acuerdo con lo prevenido en la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en su redacción originaria, vigente hasta el 1 de enero de 2001, y con la redacción derivada de la Ley 14/2000, a partir de esa fecha, tanto para las liquidaciones giradas al amparo de la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos, modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio, como para las giradas tras la vigencia de la LPMM, antes o después de su modificación por la Ley 62/1997, que admite ya expresamente la compensación, las Autoridades Portuarias procedieron a la práctica de nuevas liquidaciones o, si se quiere, a la refacturación de las tarifas portuarias, compensando, en su caso, el principal de esas liquidaciones con las liquidaciones originariamente practicadas y anuladas por los Tribunales, para devolver únicamente los intereses correspondientes.

En efecto, partiendo de la redacción actual de dicha disposición adicional derivada de la Ley 14/2000 y en relación con esas últimas liquidaciones (el régimen de las giradas al amparo de la Ley 1/1966, modificada por la Ley 18/1985, contenido en el apartado 1 de esa disposición, es sustancialmente igual), el apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, establece lo siguiente:

“Las tarifas por los servicios prestados a los usuarios por las Autoridades Portuarias con arreglo a las órdenes ministeriales sobre tarifas (...) cuyas liquidaciones sean anuladas por sentencias judiciales firmes como consecuencia de la declaración de nulidad de dichas órdenes, serán nuevamente exigidas a los usuarios que hayan recibido los correspondientes servicios, mediante la práctica de nuevas liquidaciones, previa audiencia de aquéllos y sin perjuicio del cumplimiento y ejecución de las respectivas sentencias.

La Autoridad Portuaria, al notificar la nueva liquidación, y cuando concurren los requisitos establecidos con carácter general, acordará de oficio la compensación que proceda por la cuantía del crédito correspondiente al deudor, pudiendo disminuir en la nueva liquidación la cantidad previamente ingresada.

A los efectos de la compensación, se entenderá que la obligación es líquida, vencida y exigible desde el día de la notificación de la factura que contenga la nueva liquidación.

En estos casos, en ejecución de sentencia, se admitirá la oportuna compensación con los créditos que la Autoridad Portuaria ostente contra el recurrente y, en particular, con los que deriven de la nueva liquidación.

Las tarifas, sus respectivos elementos, las reglas generales y particulares de aplicación de cada tarifa serán las establecidas en las disposiciones vigentes en función del momento en que efectivamente se prestaron a los usuarios los correspondientes servicios por las Autoridades Portuarias y se practicaron las liquidaciones (...):

El hecho de que hayan sido planteadas sendas cuestiones de inconstitucionalidad respecto al apartado 1 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999 en su redacción originaria (relativa a las nuevas liquidaciones giradas por servicios portuarios prestados a los usuarios, con arreglo a la Ley 1/1966, modificada por la Ley 18/1995, que, como se ha dicho, aunque sin hacer referencia a la compensación, posibilitaba igualmente la práctica de esas nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas, tal y como se prevé también en el apartado 2 de esa disposición, para las liquidaciones dictadas tras la vigencia de la LPMM, antes o después de su modificación por la Ley 62/1997) no supone obstáculo alguno para que se tenga en cuenta en este informe la redacción literal de esa disposición, dada la presunción de constitucionalidad de toda ley, válidamente aprobada y publicada, y que, en todo caso, a pesar de su cuestionamiento, no puede ser objeto de suspensión alguna, sin perjuicio, claro está, de los efectos que se produzcan como consecuencia de una eventual declaración de inconstitucionalidad del apartado 1 de esa disposición legal.

En cualquier caso, los efectos de esa hipotética declaración de inconstitucionalidad, a pesar de la similitud en el tratamiento jurídico de la cuestión en las liquidaciones giradas a partir de la entrada en vigor de la LPMM, quedarían referidos a las liquidaciones giradas con arreglo a la Ley 1/1996, modificada por la Ley 18/1985, y no a las giradas tras la vigencia de la LPMM y antes o después de su modificación por la Ley 62/1997, a las que se refiere la disposición adicional trigésimo cuarta.<sup>2</sup>, en su redacción originaria y en la derivada de la Ley 14/2000.

Pues bien, de acuerdo con el tenor de la repetida disposición adicional, las Autoridades Portuarias, previa incoación del oportuno expediente de devolución de ingresos indebidos, acordaron, en primer lugar y en ejecución de sentencia, la devolución del principal de las liquidaciones por tarifas anuladas y de los intereses correspondientes.

Con esta actuación, las Autoridades Portuarias, aparte de dar cumplimiento a la repetida disposición adicional, tuvieron en cuenta, en los expedientes incoados antes de la entrada en vigor de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (que tuvo lugar el 1 de julio de 2004), lo prevenido en el artículo 155.1 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, en la redacción dada al mismo por la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, que reconoce el derecho a la devolución de ingresos indebidos con abono del interés de demora del artículo 58.2.c) de esa Ley a los contribuyentes y a sus herederos o causahabientes.

Dicho artículo fue desarrollado, en los aspectos procedimentales, por el Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre (aplicable hasta la entrada en vigor del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo). El artículo 2 del Real Decreto 1163/1990, relativo al contenido del derecho a la devolución, establece que la cantidad a devolver a consecuencia de un ingreso indebido estará constituida esencialmente por el importe del ingreso indebidamente efectuado

y reconocido a favor del obligado tributario y además, entre otros conceptos, por el interés de demora regulado en el artículo 58.2.c) aplicado a las cantidades indebidamente ingresadas, por el tiempo transcurrido desde la fecha de su ingreso en el Tesoro hasta la de la ordenación del pago. Por otro lado, el artículo 10.2.c) del Real Decreto 1163/1990 establece como uno de los casos de inmediata devolución de un ingreso, no necesitado, por tanto, de un acto previo de reconocimiento administrativo, el supuesto del ingreso que se “derive del cumplimiento de una resolución, de un recurso o reclamación de naturaleza administrativa o de una sentencia u otra resolución judicial”.

Para los expedientes incoados a partir del 1 de julio de 2004, vigente ya la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003), la situación no ha cambiado, siendo aplicable el artículo 32 de la misma que reconoce ese derecho a la devolución con el abono obligado del interés de demora de su artículo 26 sin necesidad de que el obligado tributario lo solicite, así como de su artículo 221.2 que remite a un futuro reglamento la regulación de la ejecución de la devolución cuando ésta tenga su origen en un acto administrativo, resolución económico-administrativa o judicial. Esa regulación no es otra que la contenida en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo (que entró en vigor el 27 de junio de ese año conforme resulta de su disposición final única), cuyos artículos 15.1.c) y 16 reiteran, en lo esencial, lo dispuesto en los artículos 2 y 10 del Real Decreto 1163/1990. Hasta ese momento, se habrá aplicado el Real Decreto 1163/1990, al no oponerse éste a la nueva regulación contenida en la Ley 58/2003.

- II -

Ahora bien, las Autoridades Portuarias no se limitaron, como dice la disposición adicional de continua referencia, a dar “cumplimiento y ejecución de las respectivas sentencias”, sino que, de acuerdo con dicha previsión legal, exigieron simultáneamente el importe de esas tarifas a los usuarios que habían recibido los correspondientes servicios, mediante la práctica de nuevas liquidaciones y previa audiencia de aquéllos.

Resulta evidente que, de la disposición adicional citada, al margen de la ejecución de las sentencias firmes anulatorias de las liquidaciones giradas con el contenido expuesto, ha surgido un nuevo título legitimador para la exigencia, por parte de las Autoridades Portuarias, de unas liquidaciones con un claro fundamento que no es otro que la recepción, en todo caso, por parte de los usuarios, de los correspondientes servicios.

El carácter sinalagmático, por un lado, de las tarifas portuarias o, lo que es lo mismo, la consideración de esas tarifas, de acuerdo con los pronunciamientos judiciales antes mencionados, como prestaciones patrimoniales de carácter público satisfechas por los usuarios a las Autoridades Portuarias a consecuencia, a su vez, de la prestación por parte de éstas de determinados servicios portuarios, cuyo importe está vinculado al coste de los mismos y, por otro lado, la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto por parte de esos usuarios, es la razón de ser del título habilitador contenido en esa disposición adicional de la Ley 55/1999, circunstancia que está por encima, como luego se dirá, de la inconstitucionalidad y nulidad del precepto legal que posibilita, de forma general, su exigencia o de la nulidad de las Ordenes Ministeriales que fijan su cuantía por vulneración del principio de reserva de ley. Debe repararse que las sentencias dictadas, incluso las del Tribunal Constitucional, han cuestionado siempre las tarifas portuarias desde una perspectiva exclusivamente formal, cual es la del rango de la norma que ha de determinar los elementos definidores de sus cuantías, sin que, en momento alguno, hayan formulado objeción a la obligatoriedad de su exigencia.

La disposición adicional tantas veces citada añade que, al notificar esa nueva liquidación y cuando concurren los requisitos establecidos con carácter general, se acordará la compensación de oficio que proceda por la cuantía del crédito correspondiente al deudor, pudiendo disminuir en la nueva liquidación la cantidad previamente ingresada. A estos efectos –continúa–, se entenderá que la obligación es líquida, vencida y exigible desde el día de la



notificación de la factura que contenga la nueva liquidación. En estos casos, en ejecución de sentencia, se admitirá la oportuna compensación con los créditos que la Autoridad Portuaria ostenta contra el recurrente y, en particular, con los que deriven de la nueva liquidación.

De acuerdo con estas previsiones y en ejecución de las respectivas sentencias, una vez determinado por la correspondiente Autoridad Portuaria el principal de la antigua liquidación anulada más los intereses de demora que procede devolver al usuario, aquélla practicará una nueva liquidación de acuerdo, como también se dice en la repetida disposición adicional, con las tarifas y sus respectivos elementos cuantificadores según las disposiciones vigentes en función del momento en que efectivamente se prestaron a los usuarios los correspondientes servicios y se practicaron las liquidaciones, de lo que, en principio, resultaría una liquidación idéntica a la originaria, compensando la misma con la cuantía del crédito correspondiente al deudor que hay que devolver. Ese crédito estaría formado por el principal (que coincidirá, lógicamente, con la liquidación originaria y ésta, a su vez, con la nueva liquidación) y los intereses correspondientes, por lo que, en puridad y aplicando las reglas de la compensación, se devuelven únicamente esos intereses.

- III -

Llegados a este punto, y antes de dar respuesta expresa a la cuestión suscitada, es preciso indagar las auténticas razones que han propiciado la creación, en la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, modificada por la Ley 14/2000, de ese título legitimador de la exigencia de unas nuevas liquidaciones, de acuerdo con las disposiciones vigentes en función del momento en que efectivamente se prestaron a los usuarios los servicios correspondientes por las Autoridades Portuarias y se practicaron las liquidaciones, y la respuesta a esta pregunta es bastante obvia, habiendo sido ya apuntada anteriormente.

En efecto, como se expuso, el carácter sinalagmático de las tarifas exigidas a los usuarios por la prestación de un servicio efectivamente realizado por las Autoridades Portuarias y la necesidad de evitar que se produzca un claro enriquecimiento injusto de los usuarios de los servicios portuarios, en detrimento de dichas Autoridades que, después de haber prestado efectivamente el servicio, se verían privadas de la compensación oportuna, ha determinado que la ley habilite a las Autoridades Portuarias para girar nuevas liquidaciones, idénticas a las anteriores, y que deberán ser compensadas con las cuantías de los créditos correspondientes a los deudores derivados de las devoluciones.

La doctrina del enriquecimiento injusto, a la que más adelante se hará referencia, fue la base del antes citado dictamen del Consejo de Estado de 18 de febrero de 1999 sobre los procedimientos posibles para que las Autoridades Portuarias pudieran proceder al cobro a los usuarios de los servicios prestados y cuyas liquidaciones habían sido anuladas por sentencias judiciales firmes y del criterio del Alto Cuerpo Consultivo favorable a la práctica de nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas, lo que se plasmó ya en la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley.

El cumplimiento de lo señalado en la disposición adicional citada determinó que, por parte de las Autoridades Portuarias, y previa la oportuna compensación, se procediera únicamente a la devolución de los intereses correspondientes, habiendo surgido la duda, respecto a estos últimos, acerca de si es posible ejercitar acciones civiles para recuperar el importe de los intereses satisfechos con fundamento en la doctrina del enriquecimiento injusto que, como se ha dicho, inspiró la exigencia de las nuevas liquidaciones dictadas en sustitución de las anuladas en la tantas veces citada disposición.

Antes de entrar en el análisis de esa doctrina y en su posible aplicación a la obligación ya satisfecha de devolución de intereses, conviene hacer unas breves reflexiones acerca de la naturaleza de los intereses abonados a los obligados tributarios, aquí los usuarios de los

servicios, como consecuencia de una devolución de un ingreso indebidamente efectuado en el Tesoro.

Estos intereses, a pesar de que se denominan intereses de demora, son lógicamente distintos de los intereses que los contribuyentes deben abonar a la Administración Tributaria por el retraso en el ingreso de sus deudas tributarias y a los que se refiere el artículo 26 de la nueva Ley General Tributaria. Es más, la Ley General Tributaria cuando se refiere a los intereses de demora está contemplando dos realidades distintas. Por un lado, están los intereses moratorios que cumplen una función resarcitoria del daño que ha sufrido el acreedor como consecuencia de un retraso culpable del deudor en el cumplimiento de una obligación pecuniaria; en general, serían los casos recogidos en el artículo 26.2 de dicho texto legal, en los que el acreedor es siempre la Administración Tributaria. Junto a ellos, existen los llamados intereses correspectivos que, a diferencia de los anteriores, tratan de compensar por el uso o disponibilidad del dinero ajeno, y de los que puede ser acreedora la Administración, siendo un ejemplo de ello los intereses por aplazamiento de pago de una deuda tributaria (cfr, artículo 65.5 de la LGT), pero también los obligados tributarios que hubieren ingresado en plazo en el Tesoro una deuda tributaria y que, posteriormente, tras la correspondiente resolución o sentencia estimatoria de una reclamación o recurso, tienen derecho a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas junto con los intereses de demora (artículo 66.5 del antes citado Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo). Estos serían los llamados intereses correspectivos. La Administración, durante un cierto tiempo, ha dispuesto de una suma de dinero que tiene que devolver al obligado como consecuencia de una resolución económico-administrativa o judicial que declara indebida la percepción por aquélla de la suma de dinero abonada por la persona del obligado, y, para compensar a esa persona por el disfrute o disponibilidad (indebida) de esa suma, está obligada no sólo a devolverle el principal ingresado en su momento, sino también los intereses correspondientes desde la fecha del ingreso indebido.

Pues bien, los intereses devueltos a los usuarios en los expedientes de devolución de ingresos indebidos incoados a consecuencia de la anulación, por sentencias firmes, de las liquidaciones por tarifas son intereses correspectivos, a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, ya que tratan de compensar a los usuarios de los servicios portuarios por el disfrute, por parte de las Autoridades Portuarias, de las sumas de dinero procedentes de las liquidaciones de las tarifas durante el periodo de tiempo antes indicado.

Dicho esto, es preciso ya analizar si la doctrina del enriquecimiento injusto que, como se ha dicho, ha inspirado la refacturación de las tarifas en la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999 se puede trasladar también a la posible exigencia de los intereses satisfechos a los usuarios como consecuencia final de ese proceso.

#### - IV -

En el Derecho español la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa es, en realidad, una construcción jurisprudencial y doctrinal que sólo ha quedado reflejada positivamente en época relativamente reciente en el artículo 10.9 del Código Civil (reforma del Título Preliminar basada en la Ley 3/1973, de 17 de marzo), al establecer una regla de conflicto de Derecho Internacional Privado, en el artículo 65 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque o en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (artículos 18, 19 y 20) o, en fin, en algún Derecho foral (Ley 508 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra).

En el ámbito jurisprudencial merece citarse la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1966 (Ar. 1296) que hace una detallada exposición de los requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción de enriquecimiento injusto. En su segundo considerando, la referida sentencia declara:

“Que la doctrina científica exige como presupuestos o requisitos para que pueda ejercitarse la pretensión por enriquecimiento: 1) Un enriquecimiento por parte del demandado represen-

tado por la obtención de una ventaja patrimonial, que puede producirse por un aumento del patrimonio ('*lucrum emergens*') o por una no disminución del patrimonio ('*damnum cesans*'); 2) Un empobrecimiento por parte del actor, representado a su vez por un daño, que puede constituir '*damnum emergens*' (daño positivo) y '*lucrum cesans*' (lucro frustrado), del que haya sido consecuencia el enriquecimiento del demandado; 3) Falta de causa que justifique el enriquecimiento; y 4) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa; exigiendo también la jurisprudencia, para aplicar las normas de equidad y Derecho que informan la prohibición de enriquecerse a costa de otro, como requisitos esenciales, la adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado, que puede producirse tanto por un aumento del patrimonio ('*lucrum emergens*') como por una no disminución del mismo ('*damnum cesans*') –S. de 12 de enero de 1993–, un correlativo empobrecimiento del actor, consecuencia de la ventaja obtenida por el demandado –SS. de 24 de junio de 1920, 8 de octubre de 1927, 11 de julio de 1940, 2 de julio de 1946, 29 de abril de 1947, 24 de septiembre de 1953 y 9 de noviembre de igual año–, existiendo una conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado –SS. de 9 de abril de 1949 y 31 de octubre de 1951–, y una falta de causa o justificación –SS. de 2 de julio de 1946, 29 de abril de 1947 y 24 de octubre de 1951–, lo que es compatible con la buena fe –SS. de 6 de junio de 1951 y 16 de junio de 1952–, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un contrato legal que no ha sido invalidado –SS. de 13 de noviembre de 1884, 14 de octubre de 1885 y 29 de abril de 1947– o en virtud de un legítimo derecho que se ejercita sin abuso –SS. de 30 de octubre de 1888, 11 de marzo de 1892, 5 de mayo de 1905, 24 de junio de 1920, 25 de noviembre de 1935, 23 de diciembre de 1992, 12 de enero de 1943, 12 de abril de 1945, 22 de marzo y 26 de junio de 1946, 9 de abril de 1947, 5 de julio de 1948, 5 de diciembre de 1953 y 9 de mayo de 1955– o en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho –S. de 21 de mayo de 1948–, no siendo posible sostener, cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, que pueden lesionar la equidad, que los beneficiados indirectamente por ellas se enriquezcan injustamente –S. de 23 de noviembre de 1946–.”

Aunque se trata de una doctrina civilista, no existe inconveniente alguno para su aplicación en el campo del Derecho Administrativo y, por extensión, en el campo del Derecho Tributario, como ha venido a reconocerlo la reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2002, en la que, entre otras cosas, se declara lo siguiente:

“.. en cualquier caso, la admisión, entre nosotros, de la figura enriquecimiento injusto, tanto en lo que respecta a su construcción como a sus requisitos y consecuencias, es obra de la jurisprudencia civil. La labor y el mérito de ésta, a lo largo de casi una centuria, ha sido pasar de la regla de la prohibición de los enriquecimientos torticeros de Las Partidas a la delimitación de una acción de enriquecimiento sin causa en sentido estricto, tratando de evitar los peligros que presentaba la indeterminación de aquella regla para la certeza y seguridad jurídica.

Así, de una parte, se llega a la distinción del principio y de la acción del enriquecimiento sin causa mediante la construcción de una figura jurídica que tiene como 'sentencia de referencia' la ya antigua, pero tantas veces reiteradas, de 28 de enero de 1956. Y de otra, se supera la originaria subsidiariedad de dicha acción dotándola de una amplia funcionalidad y de un progresivo ensanchamiento de los supuestos en que aquélla se reconoce.

La jurisprudencia del orden Contencioso-Administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. Pero ya en dos conocidas sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975, se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos.

El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (cfr. SSTS, Sala 3ª, de 30 de abril y de 12 de septiembre de 2001 'ad exemplum', admitiendo la figura en Derecho administrativo

y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1ª de este Alto Tribunal) denota una consideración del enriquecimiento injusto como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que se no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los casos en que es la Administración, eventual o supuestamente empobrecida, la que exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado, como aquí ocurre. Ello no es obstáculo para que, de una parte, sea esta jurisdicción la que resulte competente porque es dicha Administración la que declara mediante un acto administrativo una obligación (en este caso el pago de determinados intereses) del administrado que reconduce a la restitución del enriquecimiento obtenido a costa de ella; y, de otra, no puedan ignorarse las peculiaridades derivadas de la condición de ingreso de la Administración que tiene dicha restitución.

Por consiguiente, el que 'ratio decidendi' de la sentencia sea la aplicación del enriquecimiento injusto no puede ser contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica (arts. 9.3 y 103 CE) que se invocan en el motivo, puesto que dicha figura, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del Ordenamiento Jurídico y, en concreto, del Ordenamiento Jurídico administrativo".

La misma sentencia se refiere, acto seguido, a los requisitos para que prospere la acción del enriquecimiento injusto, diciendo a este respecto lo siguiente:

"Desde la citada sentencia de referencia de 28 de enero de 1956, según la doctrina de la Sala primera y de esta misma Sala, pueden considerarse como requisitos para la procedencia de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa los siguientes:

- a) El enriquecimiento o aumento del patrimonio del enriquecido, constituido por cualquier ventaja o atribución patrimonial abocada a producir efectos definitivos.
- b) El empobrecimiento de quien reclama o de aquel en cuyo nombre se reclama, pecuniariamente apreciable, aunque entendido en su más amplio sentido siempre, que no provenga directamente del comportamiento de quien lo sufre.
- c) La relación causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, de forma que éste sea el efecto de aquél. O, dicho en otros términos que al enriquecimiento siga un correlativo empobrecimiento.
- d) La falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento.

Este último requisito, crucial en la delimitación del ámbito del enriquecimiento injusto, es el que presenta mayores dificultades prácticas. Si bien puede decirse que, desde la perspectiva de un 'concepto de Derecho estricto' que impera en nuestra jurisprudencia al aplicar la figura del enriquecimiento injusto, o se considera que la ausencia de causa equivale a falta de justo título para conservar en el patrimonio el incremento o valor ingresado, o se atiende a concreciones de la acción a través de: la 'conditio' por una prestación frustrada al no conseguirse la finalidad a la que va enderezada; 'conditio' por intromisión o por invasión en bienes ajenos; y 'conditio' por desembolso. Pero, en cualquier caso, y por lo que interesa al presente supuesto, deben hacerse dos precisiones, de una parte, que junto a la 'conditio indebiti' se sitúa la 'conditio causa data causa non secuta' y la 'conditio ob causam finitam' para incluir los supuestos en que, existiendo inicialmente una causa, desaparece luego ésta, y, de otra, que la antijuridicidad del enriquecimiento no es ajena a la construcción de la figura de que se trata, si tal requisito se entiende como confrontación con valores inherentes al propio ordenamiento."

Ese pronunciamiento del Alto Tribunal ha sido reiterado en las más recientes sentencias del mismo de 18 de febrero y de 11 de mayo de 2004.

Pues bien, es preciso analizar ya si las referidas exigencias para apreciar el enriquecimiento injusto concurren en el abono por parte de las Autoridades Portuarias de los intereses

correspondientes a la devolución del importe de las cantidades satisfechas a consecuencia de la anulación de las liquidaciones por sentencia judicial firme.

Comenzando con el posible enriquecimiento por parte del demandado, en este caso el usuario de los servicios portuarios, representado por la obtención de una ventaja patrimonial, parece obvio que esa ventaja existe y se concretaría en el importe de los intereses satisfechos al mismo desde la fecha del ingreso de la primera liquidación anulada y posteriormente –de acuerdo con la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999– refacturada, hasta la fecha de la ordenación del pago, consecuencia del acuerdo de las Autoridades Portuarias en ejecución de la sentencia firme del órgano judicial en sus propios términos.

En segundo lugar, habría un correlativo empobrecimiento del actor, en este caso de las Autoridades Portuarias, representado por un daño positivo (*damnum emergens*) sufrido por las mismas que, aunque están habilitadas legalmente para practicar nuevas liquidaciones, tomando como referencia las tarifas, elementos, reglas generales y particulares y demás disposiciones vigentes en función del momento en que efectivamente se prestaron los servicios a los usuarios, se han visto obligadas, en cumplimiento de una sentencia firme, a abonar una cantidad determinada a los usuarios en concepto de intereses dimanantes de la devolución de ingresos, con la consiguiente merma de su patrimonio.

La relación de causalidad entre el enriquecimiento del usuario y el correlativo empobrecimiento de las Autoridades Portuarias, de forma que éste sea efecto de aquél, resulta igualmente obvio.

Por último, y como requisito más importante, la doctrina jurisprudencial citada exige que no exista causa o justificación para ese enriquecimiento, lo que se liga a la inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del enriquecimiento sin causa, lo cual es evidente en este caso.

Como ha precisado dicha doctrina jurisprudencial, este último requisito es crucial en la delimitación del ámbito del enriquecimiento injusto, debiendo indicarse, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado en su antes citado dictamen de 18 de febrero de 1999, que lo injusto del enriquecimiento no se refiere a la mala fe del sujeto que se ha enriquecido, ni a un comportamiento por parte de éste que haya de considerarse negligente o doloso. Esta consideración hecha por el Alto Órgano Consultivo para justificar la refacturación de las tarifas vale también para analizar la posible existencia de enriquecimiento injusto en el pago de los intereses correspondientes.

La doctrina citada, cuando aborda el análisis de este requisito hace especial hincapié en la falta de justo título para conservar en el patrimonio de quien experimenta el enriquecimiento el incremento o valor ingresado y también en los supuestos en los que, existiendo inicialmente una causa, desaparece luego ésta. Concluye insistiendo en el hecho de que la antijuridicidad del enriquecimiento no es ajena a la construcción de la figura de que se trata, debiendo confrontarse con valores inherentes al propio ordenamiento jurídico.

En el caso planteado, se puede ya adelantar que concurre también este requisito de la ausencia de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento, pues, si bien a raíz de la sentencia firme anulatoria de la liquidación girada surgió, por ministerio de la ley, la obligación de devolver el ingreso indebido realizado en su día, también, por expresa previsión legal de la tantas veces citada disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999 surgió, como se ha expuesto, un nuevo título habilitador para practicar simultáneamente una nueva liquidación que se compensó con el crédito correspondiente al deudor, liquidación que tiene su causa en la efectiva prestación del servicio que dio lugar a la exigencia de esas tarifas y en el carácter sinalagmático de las mismas. Habiendo prestado la Administración Portuaria un servicio y siendo legalmente exigible por ello el pago de una tarifa que compense a la misma por el coste de ese servicio, de no percibirse el importe de la tarifa correspondiente (por nulidad de las normas que regulaban no su exigencia, sino la práctica

de las liquidaciones pertinentes), se produciría un claro enriquecimiento injusto a favor de los usuarios que habrían recibido un servicio sin pagar nada a cambio.

Pues bien, si para la práctica de esa nueva liquidación, como dice el apartado 2, quinto párrafo, de la repetida disposición adicional, hay que tener presentes las tarifas, elementos, reglas generales y particulares de aplicación y demás disposiciones vigentes “en función del momento en que efectivamente se prestaron (los servicios) a los usuarios;” retrotrayéndose, por tanto, a la situación inicial de solicitud del servicio y prestación del mismo por la Autoridad Portuaria con la exigencia de la tarifa pertinente, no existe razón alguna para que se devuelvan a los usuarios los intereses correspondientes para compensar a los mismos por el uso, por parte de esa Autoridad, del dinero ingresado en su día, ya que la exigencia de nuevo de esa misma liquidación, en sus propios términos, unos años después, hace que no pueda hablarse de un disfrute ilícito o indebido de cantidad alguna por la Autoridad Portuaria que prestó el servicio.

En consecuencia, siendo esto así, la devolución al usuario de los intereses correspondientes al principal de la liquidación originaria, anulada por sentencia firme, pero automáticamente sustituida por otra, exigida a aquél, determina la existencia de un enriquecimiento injusto en favor de dicho usuario, ya que, a consecuencia de este singular proceso de ejecución, habría visto incrementado, sin causa para ello, su patrimonio con unos intereses derivados de una devolución de ingresos indebidos, formalmente acordada, pero neutralizada, por expresa determinación legal, teniendo en cuenta la naturaleza sinalagmática de las tarifas, con la práctica de una nueva liquidación, exigida al usuario que recibió, en todo caso, el servicio.

Sobre esa base, carecería de sentido alguno que los usuarios mantuviesen en su poder unas sumas de dinero como son los intereses derivados de la anulación de una liquidación que, posteriormente, por expresa previsión legal, con retroacción al día en que se solicitó y prestó el servicio, les es nuevamente exigida. La disposición adicional citada ha restablecido, en la práctica, la situación inicial, como si no hubiera habido sentencia anulatoria.

- V -

Llegados a este punto, es necesario ya determinar la vía procedente para poder reclamar esos intereses. En la solicitud de informe se habla del posible ejercicio de una acción civil de enriquecimiento injusto, lo que haría desembocar la reclamación pertinente, en el caso de los intereses ya abonados, en la jurisdicción civil, ante la que habría que formular la oportuna acción por el cauce prevenido al efecto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

No obstante, esta Abogacía General del Estado entiende que, para la determinación exacta de la vía en la que puedan hacerse valer los derechos de las Autoridades Portuarias, hay que tener en cuenta la especial naturaleza jurídica de las tarifas que, tras las antes citadas sentencias del Tribunal Constitucional números 102/2005 y 121/2005 en relación con el artículo 70, apartados 1 y 2, de la LPMM, y por si quedaba todavía alguna duda, tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, siendo lógico entender que este carácter público se hace también extensivo a una obligación accesoria como es la relativa a los intereses de demora.

Siendo ello así, resulta obvio que las Autoridades Portuarias, en su condición de organismos públicos y en ejercicio de sus funciones de poder público que le atribuye el ordenamiento jurídico (artículo 35, apartados 1 y 2, de la LPMM), sin necesidad de recabar la intervención judicial y haciendo uso de sus potestades de autotutela declarativa y ejecutiva, pueden perfectamente acudir a la vía administrativa para recuperar el importe de esos intereses, para lo cual deberían declarar previamente lesivos para el interés público los acuerdos de devolución de los mismos, siendo esa declaración de lesividad el presupuesto previo a su

impugnación en la vía contencioso-administrativa. En la vía judicial, a través de ese recurso contencioso-administrativo de lesividad, se solicitaría ya la anulación de los acuerdos de devolución y el reembolso de los intereses satisfechos con fundamento en la doctrina del enriquecimiento injusto.

A la utilización de esa vía administrativa, que haría desembocar el asunto en la jurisdicción contencioso-administrativa, no se opone la honda raíz civil, como se ha expuesto, de la teoría del enriquecimiento sin causa que serviría de base para formular esa pretensión de reembolso, pues, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial a la que anteriormente se hizo referencia, puede perfectamente esgrimirse la misma, con plenitud de efectos, en ámbitos ajenos al puramente civil como son el administrativo y, por extensión, el tributario.

Ahora bien, aunque se reconozca que las Autoridades Portuarias, como organismos públicos que son y en ejercicio de sus funciones de poder público, disponen de potestades de autotutela declarativa y ejecutiva y que, sobre esta base, pueden utilizar sus propios medios para exigir cualquier prestación patrimonial de carácter público como son las tarifas portuarias y, por extensión, una obligación accesoria a las mismas como son los intereses satisfechos indebidamente, lo que, como se ha expuesto, exigiría, dado el indudable carácter de acto declarativo de derechos de los usuarios del acuerdo de reconocimiento y abono de esos intereses, la previa declaración de lesividad del mismo, podría objetarse que esa declaración afectaría a un acto de ejecución de una sentencia firme, contrariando el criterio sentado para casos similares por este Centro Directivo (ver ref. A.G. MOPMA 50/1994), según el cual, no es posible la declaración de lesividad de los actos dictados en ejecución de sentencia, ya que no son verdaderos actos administrativos, sino la plasmación del deber de la Administración de cumplir las sentencias judiciales, por lo que su reforma o revisión no puede efectuarse por ninguno de los cauces previstos para la revisión de los actos administrativos en los artículos 102 a 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

No obstante, no se puede perder de vista que, en este caso, se está en presencia de un acto administrativo de contenido complejo, que no se limita sólo a ejecutar en sus propios términos una sentencia judicial, sino que, habilitado por una ley y de forma simultánea, como se ha dicho, ordena la práctica de una nueva liquidación, compensando su cuantía con la del crédito correspondiente al deudor. Esa circunstancia se considera suficiente para poder acudir a la vía de la declaración de lesividad de ese acto favorable al interesado, salvándose por tanto ese obstáculo formal.

## - VI -

Justificada la declaración de lesividad de los acuerdos de devolución de esos intereses, es preciso hacer referencia al cauce oportuno a seguir, así como al órgano competente para hacer esa declaración.

En primer lugar, se debe indicar que las tarifas portuarias tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria, como tuvo oportunidad de señalarlo, de forma explícita, el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005, lo que determina que sea preciso tener en cuenta la normativa específica sobre el particular en materia tributaria.

No obstante, con carácter previo, es preciso señalar que las Autoridades Portuarias son organismos públicos de los previstos en el apartado 6 del artículo 6 del derogado Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, actualmente artículo 2.1.g) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar, rigiéndose por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que le sean de aplicación y, supletoriamente, por la

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE).

La ausencia de una normativa específica sobre el particular en la LPMM, obliga a acudir supletoriamente a la LOFAGE. Este texto Ley regula, en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones públicas, la organización y el funcionamiento de la Administración General del Estado y los Organismos públicos, vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad (artículo 1). Aunque dicha Ley regula de forma independiente la Administración General del Estado (Título II) y los Organismos Públicos (Título III), cuando llega el momento de referirse a la revisión de oficio de los actos administrativos en materia tributaria, la disposición adicional decimosexta.2 de la misma, sin hacer distinción alguno (compárese la redacción de ese apartado 2 con el apartado 1 relativo a la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables en general), establece, de forma taxativa, que se ajustará a lo dispuesto en la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma.

La mención que se hace en esa disposición a la Ley General Tributaria y demás disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma era reconducible, en la fecha de aprobación de la LOFAGE, a los procedimientos especiales de revisión contenidos en los artículos 153 a 159 de la LGT de 28 de diciembre de 1963. El último de esos artículos se refería, expresamente, a la declaración de lesividad como último procedimiento revisorio. Actualmente, la remisión hay que entenderla realizada al Capítulo II del Título V de la nueva Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003 que, bajo el epígrafe de “Procedimientos especiales de revisión”, encuadra, entre otros, la declaración de lesividad (artículos 216.b) y 218 de la Ley), siendo desarrollada, en los aspectos procedimentales, por los artículos 7 y siguientes del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa.

Pues bien, con arreglo a los artículos 7 y siguientes del Real Decreto 520/2005, el procedimiento de declaración de lesividad se iniciará de oficio mediante acuerdo del órgano competente que establezca la norma de organización específica, a propuesta del órgano que dictó el acto o de cualquier otro de la misma Administración Pública (artículo 7), siendo el órgano competente para tramitar el que establezca la norma de organización específica (artículo 8.1), órgano que deberá seguir a continuación los trámites prevenidos en los restantes apartados de ese último artículo.

Tratándose de actos dictados por las Autoridades Portuarias y en defecto de una norma que de forma expresa atribuya esa competencia a un órgano concreto de las mismas, este Centro Directivo entiende que la competencia para acordar la iniciación del procedimiento de declaración de lesividad corresponde al Consejo de Administración de la respectiva Autoridad Portuaria al que el artículo 40.5.p) de la LPMM encomienda expresamente y con carácter general “acordar lo convenientemente sobre el ejercicio de las acciones y recursos que correspondan a las Autoridades Portuarias en defensa de sus intereses ante las Administraciones Públicas y Tribunales de Justicia de cualquier orden, grado o jurisdicción”. No se puede olvidar que la declaración de lesividad es el presupuesto procedimental previo para la posterior impugnación del acuerdo de devolución en la vía contencioso-administrativa, por lo que parece lógico pensar que si ese órgano tiene competencia para acordar directamente el ejercicio de acciones y recursos, la tenga también para acordar, con independencia de a quien corresponda declarar formalmente la lesividad, el inicio de procedimiento para declarar lesivos esos acuerdos. Una vez acordada de oficio por el Consejo de Administración la iniciación del procedimiento, la tramitación oportuna se podrá realizar por los órganos correspondientes de las Autoridades Portuarias, de acuerdo con su normativa interna de organización.

La declaración de lesividad no podrá adoptarse en ningún caso una vez transcurridos cuatro años desde que se notificó el acto administrativo y exigirá previa audiencia de cuantos aparezcan interesados en el procedimiento (artículo 218.2 de la Ley). Una vez tramitado el procedimiento de acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto 520/2005, procedimiento que



en todo caso, deberá concluir en el plazo de tres meses desde su iniciación, so pena de caducidad (artículo 218.3 de la Ley), se remitirá una copia cotejada del expediente completo al órgano competente para resolver (artículo 8.6).

El órgano competente para resolver, y con ello se despeja la segunda cuestión suscitada en este fundamento jurídico, es el Ministro de Economía y Hacienda, a quien los artículos 218.4 de la Ley General Tributaria y 9.2 del Real Decreto 520/2005 atribuyen la competencia para declarar la lesividad “en el ámbito de la Administración General del Estado”; no obstante, el citado Ministro, según el último de esos preceptos, podrá delegar su competencia.

Pues bien, aunque en una primera aproximación a esos preceptos pudiera pensarse que la referencia que se hace en los mismos al “ámbito de la Administración General del Estado” no englobaría a los organismos públicos adscritos o dependientes de alguna forma de ella (el artículo 24.1 de la LPMM adscribe al ente público “Puertos del Estado” al Ministerio de Fomento, estableciéndose en el artículo 35.3 de la misma Ley una dependencia similar, lógica por otro lado, de las Autoridades Portuarias respecto de ese Ministerio a través de “Puertos del Estado”), este Centro Directivo entiende que, en el campo tributario, la mención que se hace en los artículos 218.4 de la Ley General Tributaria y 9.2 del Real Decreto 520/2005 al “ámbito de la Administración General del Estado” engloba no sólo a la Administración del Estado, sino también a los organismos públicos que, de una forma o de otra, están adscritos o dependen de la misma.

Por otro lado, la referencia que se hace en los artículos citados a la “Administración General del Estado” tiene por finalidad básica diferenciarla, no de los Organismos públicos adscritos o dependientes de la misma, sino de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, tal y como ocurre, en el ámbito administrativo general, en el artículo 103 de la Ley 30/1992, relativo a la declaración de lesividad de actos anulables, y que, en sus apartados 4 y 5, dispone textualmente que “si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia”, para concluir diciendo que, “si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad”.

En consecuencia, se considera que la locución “ámbito de la Administración General del Estado” empleada en el artículo 218.4 de la Ley General Tributaria y 9.2 del Real Decreto 520/2005 es comprensiva de la Administración del Estado y de los Organismos adscritos o dependientes de ella, entre los que se encuentran las Autoridades Portuarias, correspondiendo, por tanto, la competencia para resolver sobre la declaración de lesividad al Ministro de Economía y Hacienda.

Ahora bien, una cosa es que el órgano competente para declarar lesivos esos acuerdos sea el Ministro de Economía y Hacienda y otra, muy distinta, que necesariamente, el titular de ese Departamento ministerial deba ejercer materialmente esa competencia, ya que el artículo 9.2 del Real Decreto 520/2005, admite, como antes se dijo, la delegación.

Ello obliga a analizar la normativa reguladora de la delegación de competencias, comenzando por el artículo 13 de la LRJ-PAC, al que dio nueva redacción la Ley 4/1999, de 13 de enero. Según el apartado 1 de ese artículo, los órganos de las diferentes Administraciones públicas, podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades públicas vinculadas o dependientes de aquéllas. En consecuencia, se admite posibilidad de delegar en órgano no sólo de la misma Administración (delegación orgánica), sino también en las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquella (delegación intersubjetiva). El apartado 2 del artículo 13 de la LRJ-PAC detalla las competencias indelegables, entre las que no se encuentra la de declarar lesivos actos anulables, exigiendo, en todo caso, el apartado 3 del repetido precepto la publicación de las dele-

gaciones de competencias y su revocación en el Boletín Oficial del Estado. Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante (apartado 4). Por último, merece destacarse que, según el apartado 5, no constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver un asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

Por su parte, la disposición adicional decimotercera.4 de la LOFAGE dispone lo siguiente:

“Los órganos de la Administración General del Estado podrán delegar el ejercicio de sus competencias propias en los Organismos públicos dependientes, cuando resulte conveniente para alcanzar los fines que tengan asignados y mejorar la eficacia de su gestión.

La delegación deberá ser previamente aprobada por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, o aceptada por este último cuando sea el órgano máximo de dirección del Organismo.

(...)”

A la vista del precepto que acaba de transcribirse en lo pertinente, la delegación por parte del Ministro de Economía y Hacienda en los respectivos Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias precisaría del propio acuerdo del Ministro de Economía y Hacienda (el Ministro de Economía y Hacienda es el máximo órgano del Departamento ministerial) y, puesto que el órgano delegado (Consejo de Administración de la respectiva Autoridad Portuaria) es el órgano máximo de dirección de la Autoridad Portuaria, la aceptación de la delegación por parte del Consejo de Administración. Por lo demás, supeditando el párrafo primero de la disposición adicional decimotercera.4 de la LOFAGE la delegación por los órganos de la Administración General del Estado en Organismos públicos dependientes de la misma a que dicha delegación sea conveniente para alcanzar los fines que los órganos delegantes tengan asignados y mejorar la eficacia de su gestión, entiende este Centro Directivo que la delegación de competencia por el Ministro de Economía y Hacienda en las Autoridades Portuarias (respectivo Consejo de Administración) sería lo más conveniente y operativo en la práctica.

Nada se opone a que esa delegación, siguiendo las pautas legales a las que se ha hecho referencia, tenga un carácter general, sirviendo para todos los acuerdos de devolución de intereses que haya que declarar lesivos, debiendo, en todo caso, adoptarse antes de emitirse el informe preceptivo de esta Abogacía General del Estado- Dirección de Servicio Jurídico del Estado, a que se refiere el artículo 8.5 del Real Decreto 520/2005, con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13.5 de la LRJ-PAC, al que antes se hizo referencia, y que prohíbe la delegación de competencia para resolver un asunto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

## - VII -

Por último, en el caso de que no se haya adoptado todavía el oportuno acuerdo de ejecución de la sentencia firme anulatoria de la liquidación girada en concepto de tarifa portuaria, de acuerdo con las previsiones de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/99, bastará que se adopte el oportuno acuerdo de compensación de la nueva liquidación con el crédito correspondiente a favor de la persona o entidad a quien se le hubiere reconocido el oportuno derecho en la sentencia, sin devolver, por tanto, cantidad alguna en concepto de intereses, sobre la base de la doctrina del enriquecimiento injusto que sirve de fundamento sustantivo a este dictamen, todo ello sin perjuicio, claro está, de que la decisión de no devolver intereses se motive suficientemente y de que quienes no estén conformes con esa decisión, puedan promover ante el órgano jurisdiccional o administrativo que haya dictado la

sentencia o resolución firme respectiva, el oportuno incidente de ejecución (artículo 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 68 del Real Decreto, 520/2005), para que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal competente, con audiencia previa del Abogado del Estado que lógicamente se opondrá a esa devolución con fundamento en los argumentos contenidos en este dictamen, o el Tribunal Económico-Administrativo competente decidan, de acuerdo con esos preceptos, la forma de ejecución del fallo y si procede o no la devolución de los intereses correspondientes derivados de la anulación de la liquidación originaria.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, modificada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, al margen de constatar la necesidad de dar cumplimiento y ejecución a las respectivas sentencias firmes anulatorias de las liquidaciones giradas en concepto de tarifas portuarias tras la vigencia de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos y de la Marina Mercante, ha creado un título legitimador que permite a las Autoridades Portuarias girar nuevas liquidaciones en sustitución de las anuladas por sentencia firme, de acuerdo todo ello con las disposiciones vigentes en función del momento en que efectivamente se prestaron los servicios a los usuarios, con base en el carácter sinalagmático de esas tarifas y en la necesidad de evitar un enriquecimiento injusto de los citados usuarios.

En cumplimiento y ejecución de las respectivas sentencias y tras la incoación de los oportunos expedientes de devolución de ingresos indebidos, las Autoridades Portuarias procedieron a la práctica de esas nuevas liquidaciones, compensando las mismas con los créditos derivados de las devoluciones de las antiguas liquidaciones a favor de los usuarios a los que se devolvieron, en la práctica, únicamente los intereses oportunos.

**Segunda.-** La existencia de ese título legitimador unida a la concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar la figura del enriquecimiento injusto determina que no exista causa alguna para la devolución de esos intereses abonados a los usuarios por el tiempo en que las Autoridades Portuarias dispusieron de las cantidades satisfechas por aquéllos en concepto de tarifas portuarias derivadas de la prestación de un servicio de su competencia, por lo que se aprecia fundamento jurídico suficiente para, previa anulación de los acuerdos oportunos, reclamar el importe de esos intereses.

**Tercera.-** Las conclusiones expuestas no se ven alteradas en absoluto por el planteamiento de sendas cuestiones de inconstitucionalidad respecto del apartado 1 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en su redacción originaria, por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dada la presunción de constitucionalidad predicable de toda ley válidamente aprobada y publicada, sin perjuicio, claro está, de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional que, en su día, resuelvan dichas cuestiones y que afectarán únicamente a las liquidaciones giradas con arreglo a la Ley 1/1966, modificada por la Ley 18/1985, y no a las giradas de acuerdo con la Ley 27/1992, antes o después de su modificación por la Ley 62/1997.

**Cuarta.-** El reembolso de los intereses satisfechos como consecuencia de la ejecución de las sentencias firmes que acordaron la anulación de las liquidaciones giradas en concepto de tarifas portuarias exige, dada la consideración de dichas tarifas portuarias como prestaciones patrimoniales de carácter público, sobre las que las Autoridades Portuarias pueden ejercer su autotutela declarativa y ejecutiva, la previa declaración de lesividad de los acuerdos de devolución de intereses adoptados por las Autoridades Portuarias, siguiendo el cauce legal y reglamentario previsto, como trámite previo a la impugnación de los mismos en vía conten-

cioso-administrativa en la que se pedirá la anulación de la devolución de esos intereses y el reembolso de los mismos.

**Quinta.-** La consideración de las tarifas portuarias como prestaciones patrimoniales de carácter público, de naturaleza tributaria, obliga a tener en cuenta, para declarar la lesividad de los acuerdos de devolución de intereses, las previsiones de la Ley General Tributaria y de las disposiciones que la desarrollan, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional decimosexta.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La aplicación de las previsiones contenidas en la Ley General Tributaria y disposiciones de desarrollo de la misma determina que la competencia para acordar la incoación del procedimiento de declaración de lesividad corresponda al Consejo de Administración de la respectiva Autoridad Portuaria (artículo 40.5.p) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre) que deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 8 del Real Decreto 520/2005, si bien la competencia para declarar lesivos los referidos acuerdos corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, de conformidad con el artículo 218.4 de la Ley General Tributaria y del artículo 9.2 del Real Decreto 520/2005.

En todo caso, de acuerdo con el artículo 218, apartados 2 y 3 de la Ley General Tributaria, la declaración de lesividad no podrá adoptarse transcurridos cuatro años desde que se dictó el acuerdo de devolución de intereses y exigirá la previa audiencia del interesado. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad el mismo.

**Sexta.-** Aunque la competencia para declarar lesivos esos acuerdos corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, dicha competencia, según el artículo 9.2 del Real Decreto 520/2005, es delegable en las propias Autoridades Portuarias, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común y en la disposición adicional decimotercera de la Ley 6/1997 de 14 de abril, en los términos que se contienen en el fundamento jurídico VI, in fine, de este informe.

**Séptima.-** En el caso de que no se haya adoptado todavía el oportuno acuerdo de ejecución de la sentencia o resolución administrativa firme anulatoria de la liquidación de las tarifas portuarias, bastará con adoptar el oportuno acuerdo de compensación, de conformidad con la disposición adicional trigesimocuarta de la Ley 55/1999, sin que proceda devolver cantidad alguna en concepto de intereses, sin perjuicio de que se motive suficientemente esta decisión y de que por parte de los interesados se pueda promover el oportuno incidente de ejecución ante el órgano jurisdiccional o administrativo competente que haya dictado aquella sentencia o resolución administrativa firme.

## **153.- Informe sobre posible nulidad de pleno derecho de un acuerdo del Consejo de Administración de una Autoridad Portuaria por el que se compensó el incremento del canon de ocupación y aprovechamiento del dominio público portuario con la declaración de exención (o tasa de cuantía cero) del canon de actividades comerciales e industriales**

### **Resumen**

Consulta sobre la posible nulidad de pleno derecho de un acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999 por el que se compensó el incremento del canon de ocupación y aprovechamiento del dominio público portuario con la declaración de exención (o tasa de cuantía cero) del canon de actividades comerciales o industriales, así como de los distintos acuerdos adoptados en ejecución de aquél. En el informe se examinan las siguientes cuestiones:

- Evolución histórica del canon de actividades comerciales e industriales.
- Nulidad de pleno derecho del acuerdo de 1 de octubre de 1999 y acuerdos particulares, relativos a las concesiones a las que se declara la exención (o cuantía cero) del canon de actividades comerciales e industriales: argumentos para ello.
- Aplicación de la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.f) del LRJ-PAC (actualmente art. 217.1.f) de la LGT de 17 de diciembre de 2003) respecto de los acuerdos particulares anteriores a la entrada en vigor de la LGT/2003.
- Límites a la revisión de oficio (art. 106 de la LRJ-PAC) del acuerdo de 1 de octubre de 1999 (no se consideran aplicables, ya que ese acuerdo sólo surtió efectos a partir del año 2003)
- Procedimiento a seguir para la declaración de nulidad de pleno derecho.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 4/06

**Fecha:** 7 de febrero de 2007

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Observaciones:**

Actualmente en materia de revisión de oficio hay que tener presente el artículo 35.2 del TRLPEM, interpretado en informe A.G.ENTES PÚBLICOS 67/12, incorporado con el nº 13 a estos dictámenes.

## **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general a determinadas concesiones otorgadas por la Autoridad Portuaria de Las Palmas. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

## **ANTECEDENTES**

1º) La cuestión que da origen a la petición de informe arranca de un acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, adoptado en sesión celebrada el 1 de octubre de 1999, en relación con el expediente de nueva valoración de los terrenos de los puertos de Las Palmas.

El Consejo de Administración, según resulta del propio texto literal del acuerdo remitido, resolvió, por un lado, dar el visto bueno al expediente de valoración tramitado por la Autoridad

Portuaria y trasladar el mismo al ente público Puertos del Estado a fin de que este Organismo lo eleve al Ministro de Fomento para su aprobación definitiva, si procediera, y, por otro, en cuanto a la aplicación de la disposición transitoria segunda, apartado dos, de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) que impone la obligación de adaptar los cánones de ocupación o aprovechamiento de las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de esa Ley en el plazo de un año desde la aprobación de las nuevas valoraciones, adoptar distintos criterios, entre los que cabe destacar el segundo, que dispone textualmente:

“Para aquellos concesionarios que vean incrementados los cánones a abonar en concepto de ocupación de terrenos cuando entre en vigor la nueva valoración, respecto a los vigentes (convenientemente actualizados por el IPC), y estén obligados a abonar el Canon de Actividad industrial (artículo 69 bis) o Mejora del Canon (artículo 69.8), a la hora de adaptar las cuantías de sus cánones por ocupación de terrenos a la Nueva Valoración de éstos por la Disposición Transitoria Segunda dos, los incrementos mencionados se compensarán con las cuantías globales de los Cánones de Actividad Industrial y Mejora del Cano, cuyo resultado final (de estos últimos) deberá ser siempre mayor o igual a cero.”

La Orden del Ministerio de Fomento de 24 de abril de 2003, rectificada por otra Orden de 18 de julio del mismo año, aprobó estrictamente la valoración de los terrenos y lámina de agua de la zona de servicio del puerto de Las Palmas, que incluye el de Salinetas y el de Arinaga, en los términos que se recogen en la referida Orden, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 69.5 de la LPEMM, en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997. Con ello daba una respuesta positiva, con ciertas matizaciones, a la propuesta elevada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas al ente público Puertos del Estado para la aprobación definitiva de la nueva valoración de los terrenos, cumpliendo así con lo prevenido en la disposición transitoria segunda.1 de la Ley 62/1997. No se contiene en dichas Órdenes referencia alguna a los criterios a aplicar por la Autoridad Portuaria para la adaptación del antiguo canon de actividad a la Ley 62/1997, tras la aprobación de los nuevos valores de los terrenos.

2º) Tras dicha aprobación, la Autoridad Portuaria de Las Palmas procedió, en los años 2003 y 2004, a la revisión de los cánones de ocupación y aprovechamiento de las concesiones, así como a la “revisión” (en la práctica, una compensación) de los cánones de actividad industrial y mejora del canon, de acuerdo con los criterios plasmados en el acuerdo de 1 de octubre de 1999 –punto 2–, lo que determinó, para aquellas concesiones que veían incrementado el canon de ocupación, el reconocimiento de una exención de canon o un valor cero de su cuantía (a la solicitud de informe se acompañan dos acuerdos del Consejo de Administración de 14 de mayo y 13 de octubre de 2004 adoptados en este sentido).

3º) La disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, sobre régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general obliga a adaptar el canon de prestación de servicios al público y el canon de desarrollo de actividades comerciales o industriales a la regulación contenida en el artículo 28 de la nueva Ley para la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios.

Considera el Organismo consultante que no es posible realizar esa adaptación hasta que se proceda a la revisión del acuerdo del Consejo de Administración de 1 de octubre de 1999 y de los acuerdos posteriores de los años 2003 y 2004, de revisión del canon, por ser contrarios a Derecho, al reconocer exenciones de un canon o tasa no previstas en la Ley, contraviniendo lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en la Ley General Presupuestaria, pudiendo estar incurso los citados acuerdos en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1.f) de la Ley General Tributaria de 17 diciembre de 2003, por lo que resultaría procedente su revisión previa antes de acordar esa adaptación. Sobre ello se solicita el parecer de este Centro Directivo.

En caso de darse una respuesta afirmativa a esta cuestión, se solicita también que se dictamine en relación con el procedimiento adecuado para la declaración de nulidad, así como sobre el órgano competente para la incoación, tramitación y resolución del correspondiente procedimiento.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para dar una respuesta fundada en Derecho a la cuestión suscitada en la solicitud de informe es conveniente hacer una referencia histórica a la configuración legal del canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales, como así se denomina en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, aunque no siempre tuvo esa denominación y alcance, hasta llegar a la actual “tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios” regulada en el artículo 28 de esa misma Ley.

El canon por el ejercicio de actividades industriales existe como tal canon desde la Ley 1/1966, de 28 de enero, de régimen financiero de los puertos españoles que, después de establecer en su artículo 14, entre otras cosas, que el ejercicio de actividades industriales y comerciales en la zona portuaria por personas y entidades ajenas a sus organismos gestores será objeto de la oportuna concesión, fija en su artículo 15 un canon específico limitado al ejercicio de actividades industriales y comerciales (sin extenderse, por tanto, a la prestación de servicios a terceros que no tenga el carácter de actividad comercial o industrial). La citada Ley no establecía los elementos esenciales del canon, limitándose a señalar, por lo que se refiere a la cuantía, que se exigiría “una cantidad alzada, determinada por los órganos gestores”.

El artículo 69.2 de la LPEMM preveía, en su primitiva redacción, que la prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el ámbito portuario estarían sujetas a canon a favor de la Autoridad Portuaria correspondiente, declarando exentos del mismo los servicios exentos del pago de tarifas portuarias, a los que se refiere el artículo 71 de la Ley.

Este último precepto declaraba exentos del pago de esas tarifas los servicios prestados a los buques de guerra y aeronaves militares nacionales y, en régimen de reciprocidad, a las extranjeras, siempre que no realizasen operaciones comerciales y su visita tuviese carácter oficial o de arribada forzosa, así como el material de las Autoridades Portuarias y las embarcaciones dedicadas por las Administraciones Públicas a labores de vigilancia, investigación, protección y regeneración costera, represión del contrabando, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y, en general, a misiones oficiales de su competencia, y, por último, el material y embarcaciones de la Cruz Roja Española, dedicados a labores propias que tiene encomendada esta institución. El precepto se cerraba con una habilitación al Ministro de Obras Públicas y Transportes (actualmente, Ministro de Fomento) para establecer exenciones o bonificaciones para actividades de relevante interés humanitario o social.

El artículo 69 de la LPEMM terminaba con un apartado 3 en el que se atribuía a los cánones de ocupación y de prestación de servicios y desarrollo de actividades industriales o comerciales la consideración de precios públicos, determinándose sus características, cuantía y condiciones por Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda.

Por Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la LPEMM se estableció, entre otras cosas, la regulación de los elementos esenciales de los cánones, a fin de dotar a dichas prestaciones patrimoniales de carácter público de la debida cobertura legal, a raíz de la doctrina que se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995, de 14 de diciembre (así lo refleja su Exposición de Motivos).

### XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

Para ello se dio nueva redacción al artículo 69 de la LPEMM que, hasta ese momento, constituía el único precepto de la Sección 2ª (“Cánones”) del Capítulo II (“Régimen económico de la utilización del dominio público portuario estatal y de la prestación de los servicios portuarios”) del Título II (“De la gestión del dominio público portuario”) de dicha Ley, precepto que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/1997, se dedica exclusivamente al canon de ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, añadiéndose el artículo 69 bis, dedicado al canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o industriales, y artículo 69 ter, referido ya a las exenciones específicas de los cánones.

Es importante resaltar, en relación con el canon sobre el que versa la solicitud de informe, que el apartado 3 del artículo 69 bis, dedicado a dicho canon, establecía los criterios para la fijación de su cuantía por la Autoridad Portuaria respectiva, añadiendo que “el criterio y el tipo establecidos por la Autoridad Portuaria deberán figurar expresamente en las condiciones de la autorización de actividad o, en su caso, de la concesión o autorización de ocupación o aprovechamiento del dominio público”. Es más, como señalaba su apartado 1, en el supuesto de que las actividades comerciales o industriales implicasen la ocupación o el aprovechamiento del dominio público portuario, la autorización de actividad se entendía implícita en la correspondiente concesión o autorización de ocupación o aprovechamiento del dominio público, sin perjuicio de la exigencia de los cánones que procedan por ambos conceptos.

El artículo 69 ter, de especial importancia para este informe, recogía, como se ha dicho, las exenciones de estos cánones, disponiendo lo siguiente:

- “1. - Estarán exentos del pago del canon los órganos y entidades de las Administraciones públicas que lleven a cabo actividades de vigilancia, investigación, protección y regeneración costera, represión del contrabando, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional.
- 2.- Se encontrará exenta del abono del canon la Cruz Roja Española respecto de las actividades propias que tiene encomendada esta institución”.

En la misma Ley 62/1997, más concretamente, en su disposición transitoria segunda se establece que “las Autoridades Portuarias remitirán en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, la propuesta de valoración de los terrenos y lámina de agua de la zona de servicio del puerto para su tramitación y aprobación” (apartado 1) y que “en el plazo de un año, desde la aprobación de las nuevas valoraciones, los Directores de las Autoridades Portuarias remitirán a sus respectivos Consejos de Administración las propuestas de revisión de los cánones de ocupación o aprovechamiento de las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la vigencia de esta Ley, a fin de adaptarlas a lo dispuesto en ella” (apartado 2).

Por último, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, cuyo Título I entró en vigor el 1 de enero de 2004 (disposición final quinta), denomina ya al canon en cuestión “tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios,” siendo objeto de regulación en el artículo 28 de dicho texto legal, único precepto integrante de la Sección 4ª, de igual nombre que la tasa que regula, incluido en el Capítulo IV (“De las tasas portuarias”), del Título I (“Régimen económico del sistema portuario de titularidad estatal”). La citada Ley, sin perjuicio de lo que luego se dirá, deroga expresamente los artículos 69, 69 bis y 69 ter de la Ley 27/1992 (disposición derogatoria única.1)

Antes de analizar el problema suscitado en la solicitud de informe es preciso señalar que el artículo 17.2 de la Ley 48/2003, integrado en la Sección 1ª (“Ámbito de aplicación y reglas generales”) de las tasas portuarias, establece las exenciones de la tasa por aprovechamiento especial en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios y de la tasa de servicios generales en línea similar a las previsiones contenidas en el artículo 69 ter de la LPEMM. Según el artículo 17.2, están exentos de esa tasa:

- “a) Los órganos y entidades de las Administraciones Públicas, respecto de las actividades a que se refiere el párrafo a) del apartado anterior (actividades de vigilancia, inspección,



- investigación y protección del medio ambiente marino y costero, de protección de los recursos pesqueros, represión del contrabando, seguridad pública y control de pasajeros, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional) y , en general, de actividades de interés social y cultural.
- b) La Cruz Roja y otras entidades de carácter humanitario, respecto de las actividades a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior, previa solicitud de la exención a la Autoridad Portuaria que será otorgada cuando concurren estos requisitos.
  - c) Las corporaciones de derecho público y entidades sin fines lucrativos para aquellas actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, previa solicitud de la exención a la Autoridad Portuaria, que será otorgada cuando concurren estos requisitos.”

Para terminar con esta referencia histórica de la regulación de la tasa de que aquí se trata, se deja constancia de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, cuya aplicación ha dado lugar a la solicitud de informe, que regula el proceso de adaptación del antiguo canon por prestación de servicios al público y desarrollo de actividades comerciales o industriales a la regulación contenida en el artículo 28 de la Ley para la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios.

- II -

Pasando ya al análisis concreto de la cuestión suscitada por el Organismo consultante, esta Abogacía General del Estado, en coincidencia con el parecer del mismo, entiende también que no es posible la adaptación prevista en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003 sin que previamente se proceda formalmente a la revisión de oficio, por concurrir un supuesto de nulidad de pleno derecho, del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, en la parte del mismo referida a la posible compensación del incremento del canon de ocupación derivado de la nueva valoración aprobada por el Ministerio de Fomento con la cuantía global de los cánones de actividad industrial y mejora del canon a que se refiere el punto segundo, apartado 2) de ese acuerdo, antes reproducido.

La revisión debe hacerse extensiva también a los posteriores acuerdos singulares del mismo Consejo de Administración sobre revisión del canon por prestación de servicios al público en el desarrollo de actividades comerciales o industriales adoptados en los años 2003 y 2004, dictados tras la aprobación por el Ministerio de Fomento de la nueva valoración de los terrenos, dado que los mismos son radicalmente contrarios a Derecho, estando incursos también, como más adelante se expondrá, en un supuesto de nulidad de pleno derecho.

Es importante resaltar, por lo que ello podría suponer de obstáculo a la revisión de oficio, que, si bien el punto 2 del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas se adoptó el 1 de octubre de 1999, no tuvo eficacia, como se deduce del propio contenido del mismo, hasta la aprobación de la nueva valoración de los terrenos por parte del Ministerio de Fomento, lo que no tuvo lugar definitivamente hasta el 18 de julio de 2003, cuando se corrigieron los errores observados en la primera Orden de 24 de abril de 2003. Es más, y dado que la compensación prevista en aquel acuerdo sólo resulta aplicable a aquellos concesionarios que vieron incrementados los cánones a abonar en concepto de ocupación, en puridad la eficacia de ese acuerdo podría verse demorada un poco más, hasta la fecha en que se adoptó el respectivo acuerdo de revisión singular de los cánones de cada concesionario afectado, lo que no tuvo lugar hasta bien entrado el año 2003 y a lo largo del año 2004.

En efecto, si bien el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre (LRJ-PAC) establece que “los actos de las Administraciones Públicas se presumirán válidos y surtirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que ellos se disponga otra cosa,” su apartado 2 añade que “la

eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior”.

En el presente caso, la simple lectura de ese acuerdo de 1 de octubre de 1999, en la parte que interesa –la relativa a la exigencia del canon de actividad (punto 2)–, pone enseguida de manifiesto que la eficacia del criterio establecido en el repetido acuerdo estaba supeditada y, por tanto, demorada, por un lado, a la entrada en vigor de la nueva valoración de los terrenos (lo que no se produjo hasta la aprobación de esos nuevos valores por el Ministerio de Fomento en el año 2003) y, por otro lado, a que los concesionarios vieran incrementados los cánones a abonar respecto a los vigentes, lo cual demoraba un poco más todavía la eficacia de ese acuerdo hasta el momento en que la Autoridad Portuaria, cumpliendo además con las previsiones de la disposición transitoria segunda.2 de la Ley 62/1997, aprobase la propuesta de revisión de los cánones de ocupación y actividad presentada por el Director del Puerto, tras la aprobación de las nuevas valoraciones, para lo que habría que ir caso a caso, no teniendo lugar, como se ha dicho, hasta el segundo semestre del año 2003 y el año 2004.

La revisión de ambos cánones –canon de ocupación y canon de actividad–, de acuerdo con la propuesta del Director del Puerto y el criterio 2) del acuerdo del Consejo de Administración de 1 de octubre de 1999, como reflejan con detalle dos de los acuerdos adoptados remitidos a este Centro Directivo, determinó que se estableciese para ciertas concesiones una exención del canon de actividad o un valor cero de su cuantía.

- III -

Para razonar acerca de la invalidez absoluta tanto del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, en el extremo del mismo que aquí interesa (acuerdo que, como se ha expuesto, no tuvo eficacia real hasta el mes de julio de 2003, momento en que se aprobaron definitivamente los nuevos valores), como de los acuerdos singulares de reconocimiento de la exención del canon (supeditados, a su vez, a la aprobación de los nuevos valores de los terrenos), hay que comenzar diciendo que la concesión de exenciones o rebajas de los tributos es una determinación que corresponde exclusivamente a la norma con rango de ley, y ello por afectar a un elemento esencial del tributo, bastando en este sentido con tener presente lo que disponía en el artículo 10.b) de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT/1963), aplicable hasta el 1 de julio de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT/2003), cuyo artículo 8.d) consagra, como el anterior precepto legal y como no podía ser de otra forma, la reserva de ley para el establecimiento, modificación, supresión y prórroga de exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales. Idéntica exigencia se contempla en el apartado f) del artículo 10 de la LGT/1963 y en el apartado k) del artículo 8 de la LGT/2003), para la concesión, en general, de perdones, condonaciones, rebajas, amnistías o moratorias.

Por su parte, y siguiendo lo que disponía el artículo 30.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, el artículo 7.2 de la vigente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria establece, en esa misma línea, que tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos de la Hacienda Pública estatal sino en los casos y forma que determinen las leyes.

Pues bien, tanto la LPEMM, en su primitiva redacción (artículo 71, por remisión del artículo 69.2) y en la derivada de la Ley 62/1997 (artículo 69 ter), como la vigente la Ley 48/2003 (artículo 17.2) han respetado esa exigencia y fijado con absoluta precisión las exenciones del canon en cuestión, entre las que no se encuentra la concesión de un beneficio fiscal como el obtenido por los concesionarios a consecuencia de los acuerdos de continua referencia. Carece de cualquier apoyatura legal la compensación de la subida del canon de ocupación derivada de la nueva valoración de los terrenos (consecuencia de lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 62/1997) con una exención de facto o un valor cero de la cuantía del canon de actividad.

Llegados a este punto, es preciso profundizar en el grado de invalidez tanto del acuerdo de 1 de octubre de 1999 (cuya eficacia se demoró hasta el mes de julio de 2003), como de los acuerdos posteriores de revisión concreta de los cánones, adoptados en los años 2003 y 2004, donde se reconoce la exención o el valor cero (que en la práctica es lo mismo que la exención) del citado canon de actividad como compensación de la revisión al alza del canon de ocupación (consecuencia de la nueva valoración de los terrenos, de acuerdo con la disposición transitoria segunda de la Ley 62/1997).

En el escrito de consulta se habla, como se indica en los antecedentes de este informe, de que los actos en cuestión constituyen actos dictados en materia tributaria y, en particular, sobre aplicación de tributos (artículo 227.2.d) de la LGT/2003), que podrían estar incursos en el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 217.1.f) de la LGT/2003.

Pues bien, resulta indudable que el acuerdo de 1 de octubre de 1999, en la parte del mismo que interesa, y, especialmente, los acuerdos singulares de revisión de los cánones adoptados a lo largo de los años 2003 y 2004 son actos dictados en materia tributaria, siendo encuadrables claramente entre los actos de gestión y aplicación de tributos a que se refieren el artículo 1.1.a) del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre, de procedimiento económico-administrativo y el artículo 2.a) del Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo, por un lado, y el artículo 226.a) de la LGT/2003, que entró en vigor, con carácter general, el 1 de julio de 2004 (disposición final undécima), por otro lado.

De una forma más concreta, el artículo 38.1.d) del Reglamento Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas de 1996 y el artículo 227.2.d) de la LGT/2003 consideran actos reclamables en la vía económico-administrativa por su claro encaje en la materia de aplicación de los tributos a “los actos que denieguen o reconozcan exenciones, beneficios o incentivos fiscales.” Por si cupiera alguna duda al respecto, en la parte final de los dos acuerdos singulares remitidos se hace constar expresamente que, “contra el presente acto podrá interponerse recurso de reposición en el plazo de QUINCE (15) días contados a partir del día siguiente al de notificación de la presente Resolución, o alternatively, reclamación económico administrativa ante el Tribunal Regional de Canarias, en el mismo plazo, sin que puedan simultanearse ambos recursos, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 2244/1979, de 7 de septiembre, y Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo”

Una vez razonado que se trata de actos dictados en materia tributaria, es necesario determinar la normativa aplicable a la revisión de oficio de los mismos y ésta no puede ser otra que la contenida en la normativa tributaria, en concreto, en la LGT/ 2003, que entró en vigor el 1 de julio de 2004, como antes se indicó, y su Reglamento de revisión en vía administrativa aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo. Sin embargo, en el presente caso, hay que tener en cuenta que una parte de los actos que pueden ser objeto de esa revisión se han dictado o pueden haberse dictado antes de la fecha de la entrada en vigor de la LGT/2003, lo que, en principio, obligaría a tener en cuenta lo dispuesto sobre el particular en la LGT/1963.

Sobre esa base, en opinión de esta Abogacía General del Estado y coincidiendo también con el parecer del Organismo consultante, es preciso señalar que los actos de referencia están incursos en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1.f) de la LGT/2003 que considera como tales a los actos dictados en materia tributaria que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en el supuesto de que se trate de “actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.”

Este supuesto de nulidad de pleno derecho fue introducido en la LGT/2003 (artículo 217.1.f), acomodando plenamente la misma a las previsiones sobre el particular del artículo 62 de LRJ-PAC, cuyo apartado 1. f) recoge un supuesto de nulidad de pleno derecho idéntico. Dado que la revisión debería alcanzar también, como se ha dicho, a actos adoptados antes del 1 de julio de 2004, es necesario precisar que para estos actos no hay inconveniente, a pesar de ser actos

tributarios, en tener presente lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC. Aunque la disposición adicional quinta.2 de esta última Ley señala que “la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria (la de 1963, lógicamente) y a las disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma;” sin realizar referencia alguna a la supletoriedad de la LRJ-PAC, lo cierto es que las previsiones de esta última y, en concreto, el elenco completo de casos de nulidad del artículo 62.1 de la LRJ-PAC se ha aplicado en el campo tributario antes de la entrada en vigor de la LGT/2003, conforme al parecer de la doctrina más autorizada.

Las razones que han llevado a la aplicación supletoria, en este aspecto de la LRJ-PAC, son varias.

En primer lugar, cabe entender que deben resultar directamente aplicables todas aquellas normas contenidas en la LRJ-PAC que constituyen el régimen jurídico básico de las Administraciones Públicas (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1993, sobre el Reglamento de Inspección), entre las que deben entenderse incluidas las normas de carácter sustantivo e incluso aquéllas de carácter procedimental que incorporan principios procesales básicos de la revisión de oficio de actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, la supletoriedad en todo caso de la LRJ-PAC, a pesar del silencio del apartado 2 de la disposición adicional quinta de la misma, como así lo entendió el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de junio de 1999, al afirmar que “la aplicación preferente de los procedimientos administrativos en materia tributaria y la previsión legal –disposición adicional quinta– de la Ley 30/1992 acerca de que ‘la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la LGT y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma’ incluso después de su reforma por la Ley 4/1999 antes mencionada, no constituye, como declaró esta Sala en Sentencia de 22 de octubre de 1997, argumento que excluye la aplicación, con carácter supletorio, de los principios generales que sobre los recursos administrativos establece el Título VII de la precitada Ley 30/1992, aparte de que, aun cuando el apartado 2 de la referida disposición no prevé expresamente, como hace su apartado 1, la aplicación subsidiaria de sus propias disposiciones para la revisión en vía administrativa de actos dictados en materia tributaria, sí lo hace el artículo 9.2 de la mencionada Ley General (hoy 7.2 LGT/2003) y se desprende, además, de elementales criterios de lógica jurídica.”

En tercer lugar, no puede desconocerse que la nulidad de pleno derecho a que se refieren esos preceptos gira en torno, y éste es su elemento nuclear, a la falta de requisitos esenciales para la adquisición de un derecho o facultad. Como se indica en el dictamen del Consejo de Estado nº 1799/94, de 1 de diciembre de 1994, y se reitera en el dictamen nº 1537/1999, de 27 de mayo de 1999, “a diferencia de la Ley 30/1992, la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 no contemplaba esta causa de nulidad radical (se refiere a la del artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC). El origen de la introducción de esta causa de nulidad radical puede encontrarse en la doctrina de este Consejo de Estado, que durante la vigencia de la Ley de 1958 entendió en diversos expedientes que la ausencia de presupuestos esenciales para adquirir un derecho es un vicio que determina la nulidad de pleno derecho del acto que lo sufra.” Pues bien, si el propio Consejo de Estado admitió como supuesto de nulidad de pleno derecho los casos de ausencia de presupuestos esenciales para adquirir un derecho durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, siendo así que este texto legal no establecía esa causa de nulidad de pleno derecho, no hay razón alguna para no admitir esa causa de nulidad de pleno derecho antes de la vigencia de la LGT/2003, es decir, durante la vigencia de la LGT/1963 una vez que la LRJ-PAC sancionó como causa de nulidad de pleno derecho el caso de acto de reconocimiento o atribución de un derecho o facultad careciendo de las facultades esenciales para su adquisición. En efecto, admitida por el Consejo de Estado la causa de nulidad de pleno derecho de que aquí se trata durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, esa admisión tuvo por fundamento la grave entidad de la irregularidad jurídica que dicho supuesto entraña. Siendo ello así, no cabe diferenciar entre actos administrativos dictados en materia de Derecho Administrativo (para admitir respecto de estos actos dicha causa de nulidad de pleno derecho) y actos en materia tributaria (para no

admitir respecto de estos actos la repetida causa de nulidad de pleno derecho), cuando estos últimos son también actos administrativos. En definitiva, la causa de nulidad de pleno derecho que sanciona el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC constituye una regla de lo que cabe denominar, en el ámbito del Derecho público, "Derecho Común" aplicable, por tanto, antes de la entrada en vigor de la LGT/2003; entender lo contrario conduciría a un quebranto de la necesaria coherencia general del sistema español de Derecho público.

Una vez razonada la aplicación de la causa de nulidad de pleno derecho que establece el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC (actualmente recogida en el artículo 217.1.f) de la LGT/2003) a los actos dictados antes del 1 de julio de 2004, procede analizar ya el alcance de ese supuesto de nulidad de pleno derecho.

Para resolver esta cuestión procede ya examinar si los referidos acuerdos incurren en la causa de nulidad de pleno derecho que establece el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC y que actualmente recoge el artículo 217.1.f) de la LGT/2003, preceptos que, como ya se ha dicho, declaran la nulidad de pleno derecho de "los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición". Para ello ha de traerse a colación la doctrina sentada por el Consejo de Estado, entre otros, en los dictámenes nº 6/97, de 17 de abril de 1997; nº 1494/97, de 8 de mayo de 1997; y nº 3380/1998, de 8 de octubre de 1998, que se pronunciaron en los siguientes términos:

- a) "(...) la carencia de tales 'requisitos esenciales' debe entenderse concurrente sólo en casos extremos en los que sea patente la ausencia de un presupuesto esencial (por ejemplo, como se ha destacado en alguna ocasión anterior, cuando falta el título de médico para ser nombrado Médico Forense), pero no, en cambio, en aquellos otros casos en los que la controversia deriva de una mera interpretación (con eventuales soluciones razonablemente divergentes) de una norma jurídica" (dictamen 6/97, de 17 de abril de 1997).
- b) "(...) los vicios de nulidad radical recogidos en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 (o en cualquier otra norma de rango legal) deben ser objeto de interpretación estricta por su reconocido carácter excepcional. Podría decirse que dentro de la teoría de la invalidez de los actos de nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general. Esta afirmación es tanto más procedente en supuestos como el recogido en el artículo 62.1, apartado f), que al utilizar una formulación de perfiles poco claros, su interpretación expansiva provocará no sólo una desnaturalización sino también la de la propia configuración del vicio de nulidad radical como categoría jurídica, pues se convertiría en la regla general. De esta manera, no cabría interpretar el artículo 62.1, apartado f) en el sentido de que cualquier acto administrativo que reconozca ilegalmente derechos o facultades a un administrado tiene cabida en el referido precepto legal, pues dicho administrado carecerá en tal caso de los 'requisitos esenciales' para su adquisición con el argumento de que se carece de 'tales requisitos esenciales' para adquirir algo contrariamente a Derecho" (dictamen 1494/97, de 8 de mayo de 1997).
- c) "(...) Una aplicación en puridad de dicha categoría (la del artículo 62.1 f) de la LRJ-PAC), de modo que permita darle significado y entidad propia por contraste con los supuestos de anulabilidad (del artículo 63 de la misma Ley 30/1992), postula evitar un entendimiento amplio de los 'requisitos esenciales' para la adquisición de facultades o derechos, pues de otro modo se llegaría fácilmente a una desnaturalización de las causas legales de invalidez. En particular, procede recordar –decía el dictamen 1393/98– el criterio riguroso que se viene aplicando para subsumir un caso en el supuesto del artículo 62.1.f), por cuanto una laxitud en cuya virtud se pudiera transitar desde el vicio de legalidad a la apreciación, por su concurrencia, de la ausencia de un requisito esencial (entendiendo por tal el legalmente exigido) arrancarían la distinción entre grados de invalidez y atentarían gravemente contra la seguridad jurídica, al permitir cuestionar en cualquier momento no sólo los actos incursos en un vicio de singular relevancia para el interés público concreto y para el genérico comprometido en la legalidad del actuar administrativo, sino todos los actos en los que una prescripción legal hubiera sido vulnerada o un requisito legal se hubiera desconocido. Así pues, se requiere no sólo que se produzca un acto atributivo de derechos y que dicho acto sea contrario al

ordenamiento jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales, es decir, relativos a la estructura definitoria del acto, para la adquisición de los derechos por su beneficiario” (dictamen 3380/98, de 8 de octubre de 1998).

Aplicando los criterios sentados por el Consejo de Estado en los dictámenes de que se ha hecho mención al supuesto a que se refiere el presente informe, cabe entender, a juicio de este Centro Directivo, que tanto el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 2003 (cuya eficacia quedó demorada hasta el mes de julio de 2003 por las razones expuestas), como los posteriores actos singulares de revisión de los cánones adoptados por la misma, tras la aprobación ministerial de los nuevos valores de los terrenos, a lo largo de los años 2003 y 2004, incurrir en el supuesto de nulidad de pleno derecho que establecen el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC y el artículo 217.1.f) de la LGT/2003, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

Como indica el Consejo de Estado en su dictamen nº 2146/94, de 19 de enero de 1995, la causa de nulidad del referido precepto legal recoge supuestos de actos administrativos que atribuyen derechos con vulneración manifiesta del ordenamiento jurídico, y no cabe duda de que todos esos acuerdos incurrir en una vulneración ostensible y palmaria del ordenamiento jurídico, ya que, a la vista de lo dispuesto en los artículos 69.2, en relación con el 71 de la LPEMM, en su primitiva redacción, 69 ter de la LPEMM, en la redacción de la Ley 62/1997 y 17.2 de la Ley 48/2003, los concesionarios afectados no ostentan derecho alguno a la adquisición, por tiempo indefinido y sin otra limitación temporal, por tanto, que la derivada del plazo de duración de la concesión, de la exención tributaria otorgada a los mismos al socaire de un incremento en los cánones a abonar en concepto de ocupación de terrenos cuando entrase en vigor la nueva valoración.

Como se ha expuesto, sólo la ley puede establecer la exención del canon de actividad y tanto el artículo 69.2 en relación con el 71 de la LPEMM en su primitiva redacción, como el artículo 69 ter de este texto legal en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997 fijaron de forma muy precisa los beneficiarios de la exención, entre los que no se encuentran los concesionarios a los que se refieren los acuerdos de revisión. Resulta indudable, por tanto, que los actos expresos de reconocimiento, a través de la vía de la compensación, de la exención del canon de actividad son contrarios al ordenamiento jurídico y, además, suponen, como siguen señalando los artículos 62.1.f) de la LRJ-PAC y 217.1.f) de la LGT/2003, la adquisición de facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Siendo, pues, la falta o carencia de requisitos esenciales para la adquisición de un derecho o facultad el elemento verdaderamente configurador del supuesto de nulidad radical que sancionan el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC y el artículo 217.1.f) de la LGT/2003, habrá de distinguirse, como hace la propia doctrina del Consejo de Estado (vid., por todos, el dictamen nº 2454/94 y el antes citado dictamen nº 1537/99, de 27 de mayo de 1999), entre “requisitos esenciales” y “requisitos necesarios”, dado que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de derecho o facultad merecen la calificación de esenciales.

Pues bien, no hay duda alguna de que el presupuesto o requisito esencial para la adquisición del derecho a la exención del canon de actividad es la existencia de una ley que reconozca ese derecho a los concesionarios sujetos al pago del canon y, en el presente caso, como se ha expuesto, no existe precepto legal alguno que ampare la exención a su favor, siendo indudablemente la existencia de un precepto legal que reconociese ese derecho un requisito esencial para la adquisición del mismo. En el presente caso, sólo los servicios y organismos mencionados en la ley son acreedores de la exención de ese canon, no pudiendo admitirse, por tanto, la adquisición de ese derecho por parte de personas que carecen de los requisitos esenciales establecidos en la ley para ello ni, por supuesto, la compensación del incremento de un canon (el de ocupación) con la cuantía de otro (el de actividad), cuyo resultado final, como reza el acuerdo, debe ser siempre mayor o igual a cero.

El artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC (artículo 217.1.f) de la LGT/2003) se refiere al caso de facultades o derechos que, siendo susceptibles de adquisición según las normas por que se rigen, son, sin embargo, adquiridos mediante ciertos actos administrativos por quienes no cumplen los requisitos, sean subjetivos u objetivos, establecidos como básicos o esenciales por aquellas normas. Pues bien, siendo éste el supuesto que contempla el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC, en este precepto han de quedar comprendidos no sólo los casos de facultades o derechos adquiridos por quienes carecen de los requisitos esenciales para ello, sino también, y a fortiori, los casos de adquisición o atribución por acto administrativo de facultades o derechos que en modo alguno son susceptibles de adquisición, tal y como acontece, en el supuesto a que se refiere el presente informe y como consecuencia de la falta absoluta de previsión legal que permita atribuir o reconocer la exención del canon de actividad a supuestos distintos de los señalados en los preceptos de la LPEMM antes indicados. En efecto, si con arreglo a la doctrina del Consejo de Estado (vid. dictámenes 2047/1997, de 5 de junio de 1997; 5380/1997, de 11 de diciembre de 1997; 4786/98, de 21 de enero de 1999 y 1419/99, de 3 de junio de 1999, entre otros) es un principio básico del Derecho Administrativo español el que reserva la nulidad radical o de pleno derecho de los actos administrativos para las infracciones más graves del ordenamiento jurídico, cabe entender, como se ha dicho, que en el artículo 62.1.f) de la LRJ-PAC tiene también encaje el caso de adquisición o atribución de derechos o facultades que en modo alguno son susceptibles de atribución o adquisición, ya que este supuesto entraña una violación o infracción del ordenamiento jurídico de igual o incluso mayor gravedad que la del supuesto a que se refiere el citado precepto, pues igual o mayor entidad tiene, desde el punto de vista de la infracción del ordenamiento jurídico, la (aparente) adquisición, mediante un acto administrativo de atribución o reconocimiento, de un derecho que, con arreglo a las previsiones legales, no es susceptible de adquisición. En realidad, la atribución por acto administrativo de un derecho que no es susceptible de adquisición constituye un supuesto de adquisición aparente del derecho careciendo de los requisitos esenciales para ello, pues el primer y fundamental requisito consiste en que el derecho sea susceptible de adquisición.

Una vez razonada la apreciación de causa de nulidad de pleno derecho en el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, en la parte del mismo que aquí interesa, y en los posteriores acuerdos de atribución singular de la exención del canon de actividad, y teniendo en cuenta que el acuerdo que sirve de base al reconocimiento en cada caso de la exención del canon de actividad es de 1 de octubre de 1999, es preciso hacer referencia a los límites de la revisión de oficio, lo que determina la necesidad de tener presente el contenido del artículo 106 de la LRJ-PAC, fiel trasunto del artículo 112 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, y que indudablemente, a pesar de su falta de incorporación a una norma tributaria como es la LGT, resulta aplicable también en este ámbito.

Pues bien, el artículo 106 de la LRJ-PAC dispone que “las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”

Si bien la revisión de oficio puede acordarse, en los supuestos de nulidad de pleno derecho, en cualquier momento y afectar, por tanto, a actos firmes, al tratarse de la revisión a un acto dictado el 1 de octubre de 1999 pudiera pensarse que el largo tiempo transcurrido desde esa fecha podría suponer, en los términos de ese precepto, un límite temporal a la revisión de oficio de dicho acto haciendo inviable, por tanto, el ejercicio de la misma.

Esta Abogacía General del Estado no es de esa opinión. En los límites al ejercicio de las facultades de revisión está casi siempre presente la seguridad jurídica o, lo que es lo mismo, la improcedencia de dejar sin efecto actos que, dictados en un momento determinado, han surtido ya con plenitud todos sus efectos jurídicos y que no resulta ya admisible revisar.

En este sentido, se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000, en la que se interpreta el alcance del artículo 112 de la Ley de Procedimiento Administra-

tivo de 1958 del que, como se ha indicado, el actual artículo 106 de la LRJ-PAC es fiel trasunto. En esa sentencia se declara, en lo que ahora importa, lo siguiente:

“La seguridad jurídica exige que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando don ello se vulneren las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares (...) como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración”

En el presente caso, como ya se ha expuesto, el acuerdo del Consejo de Administración adoptado el 1 de octubre de 1999 supuso la aprobación de un criterio para la revisión de los cánones respecto de aquellos concesionarios que viesan incrementados los cánones a abonar en concepto de ocupación de terrenos y que únicamente surtirá efecto “cuando entre en vigor la nueva valoración, respecto a los vigentes “

Esa entrada en vigor no tuvo lugar hasta la aprobación de la nueva valoración de los terrenos por las Órdenes de 24 de abril y 18 de julio de 2003. La eficacia, por tanto, de ese acuerdo de 1 de octubre de 1999 estaba supeditada a la aprobación de los nuevos valores. La aprobación de los nuevos valores en esas fechas propició que, de acuerdo con la disposición transitoria segunda.2 de la Ley 62/1997, se iniciara el proceso de revisión de los cánones de ocupación respectivos y, en definitiva, que comenzara a surtir efectos en aquellas fechas el acuerdo de 1 de octubre de 1999 que, en el fondo, estaba reconociendo la exención del canon de actividad para aquellos concesionarios que vieran incrementados los cánones a abonar en el concepto de ocupación de terrenos como consecuencia de esa aprobación.

Por todo ello, de conformidad con el artículo 57.2 de la LRJ-PAC, el acuerdo en cuestión no surtió efecto hasta el año 2003 y, por consiguiente, no puede decirse que el ejercicio de las facultades revisoras respecto al mismo, por el tiempo transcurrido desde la fecha en que empezó a surtir efectos, en el mes de julio de 2003, resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares (hasta esa fecha los particulares afectados no podían invocar derecho alguno derivado de la existencia de un acuerdo que para su eficacia dependía de la aprobación de los nuevos valores ni, por supuesto, se puede decir que la exención prevista en el mismo surtiera efectos, lo cual, en su caso, no tuvo lugar hasta la revisión singular de sus cánones de ocupación y actividad) o a las leyes.

#### - IV -

Una vez que se ha dado una respuesta afirmativa a la primera de las cuestiones suscitadas por el Organismo consultante, referente a la necesidad de declarar la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados por la Autoridad Portuaria de Las Palmas antes de llevar a cabo la adaptación del canon prevista en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, es preciso dar respuesta también a la segunda cuestión suscitada, relativa al procedimiento adecuado para la declaración de nulidad, así como sobre el órgano competente para la incoación, tramitación y resolución del correspondiente procedimiento.

Partiendo de la configuración de los actos de cuya revisión de oficio se trata como actos dictados en materia tributaria, ha de tenerse en cuenta lo establecido en la disposición adicional sexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado (LOFAGE) que, bajo la rúbrica de “Revisión de oficio“ establece en su apartado 2 que “la revisión de oficio de actos administrativos en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma”



Puesto que el procedimiento de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho se iniciaría ahora, habrá de estarse a las previsiones del artículo 217 de la LGT/2003 y de los artículos 4, 5 y 6 del Reglamento de revisión en vía administrativa aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo

Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en esos preceptos, el procedimiento de revisión de oficio de esos actos nulos se puede iniciar por acuerdo del órgano que dictó el acto o de su superior jerárquico (artículo 217.2.a) de la LGT/2003). El órgano que ha dictado todos los actos que habrían de ser objeto de revisión es el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, ostentado él la competencia exclusiva para iniciar ese procedimiento, ya que las Autoridades Portuarias desarrollan sus funciones bajo el principio de autonomía funcional y de gestión, sin perjuicio de las facultades atribuidas al Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado, y de las que correspondan a las Comunidades Autónomas (artículo 35.3 de la LPEMM, redacción de la Ley 62/1997), lo que no convierte a los citados Ministerio y entidad pública en "superior jerárquico" de las citadas Autoridades, como lo confirma la circunstancia de que sus actos en materia de exacción y recaudación de tasas agotan la vía administrativa (artículo 35.8 de la LPEMM, añadido por la Ley 48/2003).

El órgano competente para tramitar ese procedimiento, a falta de previsión específica al respecto, debe ser el propio Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

En el procedimiento debe darse audiencia por un plazo de quince días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la apertura de dicho plazo, a todos y cada uno de las personas o entidades a las que los actos singulares de revisión del canon reconoció ese derecho a la exención tributaria del mismo, para que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes (artículo 217.4 de la LGT/2003 y 5.3 del Real Decreto 520/2005).

Concluido el trámite de audiencia, el Consejo de Administración formulará la propuesta de resolución dirigida al órgano competente para resolver (artículo 5.4 del Real Decreto 520/2005).

Recibida la propuesta (se entiende por el órgano competente para resolver), debe solicitarse el preceptivo dictamen del Consejo de Estado (artículo 217.4 LGT/2003 y 6.1 y 2 del Real Decreto 520/2005).

Por último, en cuanto al órgano competente para resolver, tanto el artículo 217.5 de la LGT/2003 como el 6.3 del Real Decreto 520/2005, señalan que, en el ámbito de competencias del Estado, la resolución de este procedimiento corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, que podrá delegarla.

Pues bien, aunque en una primera aproximación a esos preceptos pudiera pensarse que la referencia que se hace en los mismos al "ámbito de competencias del Estado" no englobaría a los organismos públicos adscritos o dependientes de alguna forma de él (el artículo 35.3 de la LPEMM, como se ha visto, establece la dependencia de las Autoridades Portuarias respecto al Ministerio de Fomento a través de "Puertos del Estado"), este Centro Directivo entiende que, en el campo tributario, la mención que se hace en el artículo 217.5 de la LGT/2003 y 6.3 del Real Decreto 520/2005 al "ámbito de competencias del Estado" engloba no sólo a la Administración del Estado sino también a los organismos públicos que, de una forma o de otra, están adscritos o dependen de la aludida Administración.

En este sentido, la referencia que se hace en los artículos citados al "Estado" tiene una gran amplitud, incluso es superior a la expresión "Administración General del Estado" contenida, por ejemplo, en el artículo 218.4 de la LGT/2003 para determinar también la competencia del Ministro de Economía y Hacienda para declarar la lesividad de los actos anulables.

Esa expresión –Administración General del Estado–, como se indicó en el informe de este Centro Directivo de 7 de febrero de 2006 (A.G. Entes Públicos 4/06), "... tiene por finalidad básica diferenciarla, no de los Organismos Públicos adscritos o dependientes de la misma, sino de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, tal y como ocurre, en el ámbito administrativo general, en el artículo 103 de la Ley 30/1992, relativo a la declaración de lesividad de los

actos anulables, y que, en sus apartados 4 y 5, dispone textualmente que ‘si el acto proviniera de la Administración General del Estado del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia’ (...). En consecuencia –añade ese informe– se considera que la locución ‘ámbito de la Administración General del Estado’ empleada en los artículos 218.4 de la Ley General Tributaria y 9.2 del Real Decreto 520/2005 es comprensiva de la Administración del Estado y de los Organismos adscritos o dependientes de ella, entre los que se encuentran las Autoridades Portuarias, correspondiendo, por tanto, la competencia para resolver sobre la declaración de lesividad al Ministro de Economía y Hacienda.”

Pues bien, si, respecto a los supuestos en los que resulta procedente la declaración de lesividad de actos anulables, sobre la base de una expresión más precisa que la contenida en el artículo 217.5 (éste habla de “ámbito de competencias del Estado” frente a la locución “ámbito de la Administración General del Estado” del artículo 218.4), se ha llegado a la conclusión de que debe ser el Ministro de Economía y Hacienda el competente para resolver esa declaración de lesividad, no se ve razón para que, tratándose del grado máximo de invalidez de los actos administrativos y a la vista del tenor de la locución “ámbito de competencias del Estado”, se llegue a una conclusión distinta, por lo que la competencia para resolver sobre la revisión de esos actos nulos de pleno derecho corresponde al Ministro de Economía y Hacienda.

Ahora bien, una cosa es que el órgano competente para declarar nulos esos acuerdos sea el Ministro de Economía y Hacienda y otra muy distinta que necesariamente el titular de ese Departamento ministerial deba ejercer materialmente esa competencia, ya que el artículo 6.3 del Real Decreto 520/2005 admite, como antes se dijo, la delegación.

Ello obliga a analizar la normativa reguladora de la delegación de competencias, comenzando por el artículo 13 de la LRJ-PAC, al que dio nueva redacción la Ley 4/1999, de 13 de enero. Según el apartado 1 de ese artículo, los órganos de las diferentes Administraciones públicas, podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades públicas vinculadas o dependientes de aquéllas. En consecuencia, se admite posibilidad de delegar en órgano no sólo de la misma Administración (delegación orgánica), sino también en las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de aquélla (delegación intersubjetiva). El apartado 2 del artículo 13 de la LRJ-PAC detalla las competencias indelegables, entre las que no se encuentra la de declarar la nulidad de actos administrativos, exigiendo, en todo caso, el apartado 3 del repetido precepto la publicación de las delegaciones de competencias y su revocación en el Boletín Oficial del Estado.

Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante (apartado 4). Por último, merece destacarse que, según el apartado 5, no constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para resolver un procedimiento la circunstancia de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver un asunto concreto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

Por su parte, la disposición adicional decimotercera.4 de la LOFAGE dispone lo siguiente:

“Los órganos de la Administración General del Estado podrán delegar el ejercicio de sus competencias propias en los Organismos públicos dependientes, cuando resulte conveniente para alcanzar los fines que tengan asignados y mejorar la eficacia de su gestión.

La delegación deberá ser previamente aprobada por los órganos de los que dependen el órgano delegante y el órgano delegado, o aceptada por este último cuando sea el órgano máximo de dirección del Organismo...”

A la vista del precepto que acaba de transcribirse en lo pertinente, podría admitirse la delegación por parte del Ministro de Economía y Hacienda en otro órgano de la Administración del

Estado, siendo especialmente idóneo para ello, el Secretario General de Transportes del Ministerio de Fomento, al que están adscritas las Autoridades Portuarias (artículo 7 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio) que, en el ámbito administrativo general, no tributario, sería el competente para acordar la revisión de oficio de los actos nulos dictados por el máximo órgano rector (el Consejo de Administración) de esos Organismos, de acuerdo con lo prevenido en la disposición adicional decimosexta.1.c) de la LOFAGE.

Por último, es importante recordar que, si se opta por la delegación, es preciso que el acuerdo oportuno se adopte antes de remitir el expediente al Consejo de Estado para su preceptivo dictamen, dando así cumplimiento al artículo 13.5 de la LRJ-PAC que prohíbe la delegación de competencia para resolver un asunto una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La adaptación del canon de prestación de servicios al público y desarrollo de actividades comerciales o industriales regulado en los artículos 69.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su primitiva redacción, y 69 bis, en la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, a la regulación contenida en el artículo 28 de la Ley 48/2003 para la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios requiere, en el caso sometido a informe de este Centro Directivo, la previa revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, más concretamente, del punto 2) del mismo, acuerdo que comenzó a surtir efectos definitivos el 18 de julio de 2003, y de los acuerdos posteriores singulares de los años 2003 y 2004 por los que se reconoció la exención del canon por el ejercicio de actividades industriales y comerciales, por ser contrarios a derecho.

**Segunda.-** Los citados acuerdos, en tanto en cuanto reconocen una exención en el canon antes indicado, no prevista en la ley, contraviniendo lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en la Ley General Presupuestaria, están incurso en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por lo que resulta procedente su revisión de oficio en los términos contenidos en este informe.

**Tercera.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y concordantes del Reglamento de revisión en vía administrativa aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, el órgano competente para iniciar y tramitar el procedimiento de revisión de oficio es el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, debiendo tramitarse de conformidad con lo prevenido en los apartados 3 y siguientes del artículo 217 de la citada Ley 58/2003 y artículos 4 y siguientes del Real Decreto 520/2005.

De acuerdo con estos preceptos, la competencia para la resolución del procedimiento corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, si bien el Ministro de Hacienda puede delegar su competencia en otro órgano de la Administración del Estado, siendo el Secretario General de Transportes, del que dependen las Autoridades Portuarias, un órgano especialmente idóneo para esa delegación que, en todo caso, se rige por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 30/1992.

## **154.- Informe sobre la posibilidad de exigir a la Administración del Estado las tasas devengadas por la estadía en puerto de un buque declarado en situación de abandono.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posibilidad de exigir a la Admón. del Estado las tasas devengadas por la estadía en puerto de un buque declarado en situación de abandono.

- 1) Propiedad del buque declarado en situación de abandono: corresponde a la Administración del Estado. Análisis de la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003; argumentos para atribuir la propiedad del buque a la Administración del Estado.
- 2) Improcedencia de exigir a la Administración del Estado el importe de la tasa devengada desde la declaración de abandono hasta la venta en pública subasta del buque más allá de la posibilidad de detracción del importe de la tasa del precio obtenido por la venta del buque.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 27/08

**Fecha:** 16 de mayo de 2008

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de conformidad con lo dispuesto en la Instrucción 2/2003, de 11 de diciembre –disposición 1, regla primera, apartado g)–, ha examinado la consulta formulada por la Abogada del Estado-Coordinadora del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Abogacía General del Estado y la Autoridad Portuaria de Barcelona sobre la posibilidad de exigir a la Administración General del Estado las tasas devengadas por la estadía en puerto de un buque declarado en abandono, de conformidad con la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1º) Con fecha 10 de abril de 2008 tuvo entrada en esta Abogacía General del Estado la consulta de referencia acompañada de la preceptiva propuesta de informe elaborada por la Abogada del Estado Coordinadora del Convenio de Asistencia Jurídica ente la Abogacía General del Estado y la Autoridad Portuaria de Barcelona, a raíz de la consulta formulada a la misma por la citada entidad pública acerca de la posibilidad de que se pueda reclamar al Estado (como supuesto propietario del buque abandonado) el pago de las tasas portuarias por el tiempo que media entre la declaración de abandono, con arreglo a la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003, y la venta del buque en pública subasta.
- 2º) Dado que a lo largo del presente informe se realizarán amplias consideraciones acerca de la argumentación contenida en la propuesta remitida, y para que no resulte excesivamente prolijo el mismo, se hace seguidamente en estos antecedentes una somera referencia a las conclusiones básicas, con resultados antagónicos, a las que llega la Abogada del Estado consultante y que, en síntesis, son dos.

Por un lado y en primer lugar, tras un amplio razonamiento, se llega a la conclusión de que el buque declarado en abandono no se puede considerar propiedad de la Administración General del Estado, sino de la Autoridad Portuaria de Barcelona, por lo que la aludida Admi-

nistración no sería propietaria del buque, ni, por tanto, susceptible de convertirse en sujeto pasivo de la tasa exigible por la estancia del buque en el puerto desde la declaración de abandono hasta la venta en pública subasta de aquél.

Por otro lado, y en segundo lugar, con un razonamiento amplio también, si se entiende que la titularidad del buque declarado en abandono ha de corresponder a la Administración General del Estado, la posibilidad de exigencia de la citada tasa a dicha Administración debe entenderse limitada cuantitativamente al importe resultante de la adjudicación del buque.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

La Abogada del Estado consultante, después de precisar al máximo, en el apartado I de su informe, los términos de la consulta formulada, analiza, en primer lugar, el título jurídico que permitiría a la Autoridad Portuaria de Barcelona la exigencia de tasas portuarias a la Administración General del Estado por la estancia del buque abandonado en la zona de servicio del puerto.

A este respecto, indica que se ha de partir de la premisa de que el buque en situación de estadía en un muelle de la zona portuaria devenga la denominada “tasa del buque”, regulada en la Ley 48/2003, cuyo artículo 21.1 define con precisión su hecho imponible y que no es otro que “la utilización por los buques de las aguas de la zona de servicio del puerto y de las obras e instalaciones portuarias fijas que permiten el acceso marítimo al puesto de atraque o de fondeo que les haya sido asignado, así como la estancia en los mismos”.

Como continúa diciendo, de dicho precepto resulta con claridad que la situación de un buque declarado en abandono dentro de las aguas de la zona de servicio del puerto integra sin dificultad la conducta constitutiva del hecho imponible de esa tasa, conclusión plenamente compartida también por este Centro Directivo.

Acto seguido, añade que el sujeto pasivo de la tasa, según el apartado 2 del artículo 21 de la Ley 48/2003, es, entre otros, el propietario del buque, por lo que sólo atribuyendo esa condición a la Administración General del Estado podría exigirse la referida tasa al mismo. Esa circunstancia lleva a la Abogada del Estado consultante a indagar la condición jurídica del Estado en relación con el buque abandonado que, como se expondrá, es uno de los aspectos clave del presente informe.

### - II -

Para realizar esa tarea indagatoria parte, en primer término, del tenor literal del apartado 1 de la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003 que, bajo la rúbrica de “Buques abandonados”, dispone textualmente que “corresponde al Estado la propiedad de los buques abandonados en la zona de servicio del puerto”.

Al parecer de la informante, dicha dicción literal no implica que la disposición adicional decimoctava atribuya automáticamente la titularidad del buque a la Administración General del Estado.

En defensa de su planteamiento considera que, si bien la expresión “corresponde al Estado” apunta naturalmente hacia la inclusión del bien en el patrimonio del Estado, ello no quiere decir que la atribución del bien se haga automáticamente a la Administración General del Estado. Para fundar su tesis parte, en síntesis, del concepto amplio de “patrimonio del Estado” introducido en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administra-

ciones Públicas (LPAP), que tiende a englobar el conjunto de bienes de titularidad tanto de la Administración General del Estado como de sus organismos públicos, siendo buena prueba de ello tanto la Exposición de Motivos de la Ley, reproducida literalmente en la parte que interesa, como el tenor del artículo 9 y de la disposición adicional quinta de la misma, con una referencia específica a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias.

Acto seguido, profundiza en la ratio legis de esa disposición adicional con el fin de determinar a quién debe entenderse atribuida la titularidad del buque abandonado, para lo cual tiene presente la consideración del sujeto mejor capacitado para el cumplimiento de la doble finalidad que, según la Abogada del Estado consultante, persigue la citada disposición: por un lado, conseguir la enajenación del buque y, por otro, lograr con esa enajenación la protección del demanio portuario, y de los circunstancias que en él se hallan. Llega así a la conclusión que es la Autoridad Portuaria de Barcelona la que mejor puede cumplir con esas finalidades, por lo que a ella deberá atribuirse la titularidad del buque.

Por otro lado –continúa el proyecto de informe–, la atribución de la titularidad del buque abandonado debería justificarse atendiendo a las facultades de enajenación que la propia disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003 otorga, lo que, en conexión con el artículo 142 de la LPAP, le lleva a entender que la titularidad debe atribuirse también a la Autoridad Portuaria de Barcelona, ya que corresponde a este organismo, como ente público que tiene adscrito el buque, la competencia para acordar su enajenación.

Por todo ello concluye que el buque declarado en abandono no se halla adscrito al patrimonio de la Administración General del Estado, no correspondiendo a dicha Administración la condición de propietaria del mismo, susceptible de convertirle, por ende, en sujeto pasivo de la tasa a efectos del artículo 21.2 de la Ley 48/2003.

- III -

Pues bien, llegados a este punto, es preciso analizar ya si la atribución de la propiedad del buque abandonado al Estado por parte de la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003 implica la atribución de la titularidad del mismo a la Administración General del Estado, como así parece a primera vista, o si, como mantiene la Abogada del Estado consultante, puede determinar su atribución a la Autoridad Portuaria de Barcelona, supuesto este último en el que no surgiría, con la necesaria autonomía, la figura del propietario-sujeto pasivo de la tasa al que se refiere el artículo 21.2 de la Ley 48/2003.

Este Centro Directivo entiende que la propiedad del buque abandonado en la zona de servicio del puerto corresponde al Estado en el sentido estricto de Administración General del Estado, que queda así configurada, en su condición de propietaria, como sujeto pasivo de la tasa, y ello en atención a las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer término, porque, viniendo contenida la disposición adicional citada, donde se hace esa atribución patrimonial del buque a favor del Estado, en una Ley específica para la actividad portuaria, como es la vigente Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, si realmente se hubiera querido atribuir directamente la propiedad del buque abandonado a la Autoridad Portuaria respectiva y no al Estado (entendido como Administración General del Estado), se hubiera hecho de forma clara y precisa en dicha disposición adicional decimoctava del citado texto legal, dedicada precisamente a los puertos de interés general gestionados por las Autoridades Portuarias, sin introducir la, en principio, ambivalente expresión “Estado”, al que tradicionalmente se ha atribuido en nuestra legislación patrimonial la propiedad de determinados bienes vacantes o abandonados.

En efecto, el artículo 17 de la LPAP, aprobada unos días antes de la Ley 48/2003, en línea con las previsiones sobre el particular de la antigua Ley del Patrimonio del Estado, relativo

a los inmuebles vacantes, dispone en su apartado 1 que “pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño”, para añadir en su apartado 2 que “la adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado.” Por su parte, el artículo 18 de la misma LPAP preceptúa en su apartado 1 que “corresponden a la Administración General del Estado los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años”

Si bien es cierto que los citados preceptos, con mejor técnica legislativa que la empleada por la Ley 48/2003 en relación con los buques abandonados, al atribuir la titularidad de los bienes inmuebles carentes de dueño o de los saldos abandonados, utilizan la expresión “Administración General del Estado”, es posible mantener que la expresión “Estado” contenida en la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003 se refiere, como se ha expuesto, a la Administración General del Estado, sin que, por tanto, pueda entenderse que engloba también a las Autoridades Portuarias. Aunque, como se ha dicho, la LPAP parte de un concepto amplio de la expresión “Patrimonio del Estado”, tanto de los términos de su Exposición de Motivos, reproducida en lo esencial en la propuesta de informe, como de lo prevenido en la disposición adicional quinta de dicho texto legal (en la que se contiene una referencia precisa al régimen patrimonial del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias), se deduce que lo que se ha pretendido es, manteniendo la individualidad de los respectivos patrimonios (el de la Administración General del Estado y el de los organismos públicos dependientes o vinculados a la misma), establecer un régimen jurídico uniforme.

No otra cosa puede pensarse del tenor literal de la Exposición de Motivos de la LPAP, en la que se enfatiza el hecho de que “.. la reconducción conceptual de estas masas patrimoniales (se está refiriendo a las de la Administración General del Estado y a las de sus organismos públicos) a la nueva categoría así definida no se ha realizado con el propósito de absorber la titularidad separada que corresponde a la Administración General del Estado y a los organismos públicos sobre sus respectivos patrimonios, o erosionar su autonomía de gestión” (puesta de manifiesto en los apartados 2 y 3 del artículo 9) y añade que “el concepto no pretende hacer referencia a una relación de titularidad, de difícil construcción jurídica, desde el momento en que falta el referente subjetivo, sino que su acuñación tiene una finalidad meramente instrumental y sirve a los objetivos de permitir un tratamiento conjunto de esos conjuntos de bienes a determinados efectos de regulación, y destacar la afectación global de los patrimonios de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, como organizaciones subordinadas al cumplimiento de los fines del Estado”. La misma intención de someter esos dos conjuntos patrimoniales, manteniendo su individualidad, a las previsiones de la LPAP, está presente también en la disposición adicional quinta de este texto legal y que se refiere de forma específica, como se ha dicho, al régimen patrimonial de los entes portuarios.

Esta atribución de la titularidad del buque abandonado al Estado entendido como Administración General del Estado es compatible con el establecimiento en la misma disposición adicional de un procedimiento para la declaración de abandono en el que deberán acreditarse las circunstancias expresadas en el apartado 2 de la misma (el hecho de permanecer el buque durante más de seis meses, atracado, amarrado o fondeado en el mismo lugar dentro del puerto sin actividad apreciable exteriormente y sin haber abonado las correspondientes tasas o tarifas), y que culmina con la oportuna resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, tratándose de un procedimiento específico con atribución de la competencia para declarar el abandono a un órgano determinado establecido en una Ley singular. En la atribución de la competencia para la declaración de abandono al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria es indudable que ha pesado el hecho cierto de la

ubicación del buque en la zona de servicio del puerto y el mejor conocimiento por parte de dicha entidad pública de las circunstancias que determinan la situación de abandono.

No se puede olvidar, por otro lado, que, correspondiendo a las Autoridades Portuarias, entre otras funciones, la de “ordenar los usos de la zona de servicio del puerto y planificar y programar su desarrollo de acuerdo con los instrumentos de ordenación del territorio y de planificación urbanística aprobados” (artículo 37.d) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), parece lógico atribuir a la misma la declaración de abandono de un buque atracado, amarrado o fondeado en esa zona de servicio del puerto, como paso previo a su posterior venta, aunque la declaración de abandono se haga a favor de otro ente, en este caso, el Estado.

La Abogada del Estado consultante maneja, en segundo lugar, otro argumento para entender que la propiedad del buque corresponde a la Autoridad Portuaria, y éste no es otro que el hecho de que el mandato de venta en pública subasta del buque, contenido en el apartado 3 de la disposición adicional decimoctava, exige, como presupuesto previo, que el buque se halle integrado en el patrimonio de la Autoridad Portuaria; dicho en otras palabras, que la titularidad del bien corresponde a la misma, pues así se justifica su competencia para enajenar. Para ello se apoya en el artículo 142.1 de la LPAP, según el cual la competencia para enajenar los bienes muebles del Patrimonio del Estado (concebido en sentido amplio, por supuesto) “corresponde al titular del departamento o al presidente o director del organismo público que los tuviese afectados o adscritos o los hubiera venido utilizando”

Entendiendo, por razones obvias, que la situación del buque abandonado no puede ser ni la de uso ni la de afección, sino la de adscripción, colige que el mandato de venta que contiene esa disposición sólo sería ejecutable si se parte de la premisa de que el bien es de la titularidad de la Autoridad Portuaria, que tendría así adscrito el buque a su patrimonio.

Pues bien, esta Abogacía General del Estado no comparte este argumento que liga la titularidad del bien a favor de la Autoridad Portuaria al hecho de que le corresponda a la misma la venta de los bienes muebles adscritos a su patrimonio entre los que se encontraría el buque declarado en abandono.

En efecto, aunque el artículo 142.1 de la LPAP atribuye la competencia para enajenar los bienes muebles del Patrimonio del Estado al titular del departamento o al presidente o director del organismo público que los tuviese, en este caso, adscritos, la situación en la que se encuentra el buque declarado en abandono por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria dista mucho de la situación de adscripción a la que se refieren, con carácter general, los artículos 73 a 79 de la LPAP y, de una forma más específica para los organismos públicos portuarios, el artículo 47 de la Ley 48/2003. El buque declarado en abandono no puede entenderse adscrito al patrimonio de la Autoridad Portuaria, ya que para ello hubiera sido preciso, en primer lugar, un acto formal de adscripción por parte del Ministro de Economía y Hacienda y, en segundo lugar, que el buque se hubiera afectado al servicio de la Autoridad Portuaria para el cumplimiento de fines propios de la misma, circunstancias que no se producen en absoluto.

La falta de adscripción del buque declarado en abandono al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Barcelona hace que no pueda mantenerse el argumento de que el mandato de venta contenido en la disposición adicional decimoctava sólo sería ejecutable si el bien fuera de la titularidad de dicha entidad pública y que sólo de esa manera se podría proceder a verificar un acto de disposición sobre el mismo.

Aunque tratado de forma colateral en la propuesta de informe remitida, existe otro argumento adicional más favorable a la atribución de la propiedad del buque abandonado al Estado entendido como Administración General del Estado, argumento que no es otro que el relativo al destino del producto de la venta en pública subasta del buque abandonado que, según el apartado 3 de la disposición adicional decimoctava de la ley 48/2003, se ingresará



en el Tesoro Público, “previa detracción de los créditos devengados a su favor por las correspondientes tasas y tarifas portuarias así como los gastos del procedimiento”.

Pues bien, en opinión de este Centro Directivo, la locución “Tesoro Público” empleada en ese apartado debe interpretarse de forma estricta, de acuerdo con las previsiones contenidas al respecto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. En este sentido, el artículo 90 de la citada Ley dispone textualmente que “constituyen el Tesoro Público todos los recursos financieros, sean dinero, valores o créditos, de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, tanto por operaciones presupuestarias como no presupuestarias”, no integrándose, por tanto, en este concepto, los recursos de los restantes entes públicos, entre los que se encuentran los de las Autoridades Portuarias, aunque estas entidades puedan tener una cuenta restringida a su nombre en el Tesoro Público.

En definitiva, parece obvio sostener que si el producto de la enajenación de la venta en pública subasta del buque abandonado tras descontar los conceptos antes mencionados debe ingresarse en el Tesoro Público, así conceptualizado, es porque la propiedad del buque declarado en abandono corresponde a la Administración General del Estado.

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que el buque abandonado, tras la declaración oportuna al efecto por parte del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, corresponde a la Administración General del Estado, es indudable que, en su condición de propietario, sería, a partir de ese momento, sujeto pasivo de la tasa del buque, a los efectos prevenidos en el artículo 21.2 de la Ley 48/2003, debiendo pasarse ya al análisis de la segunda cuestión suscitada en la propuesta de informe, la relativa a los límites en cuanto a la exigibilidad de la tasa.

#### - IV -

Pues bien, respecto de esta segunda cuestión, esta Abogacía General del Estado comparte plenamente las acertadas consideraciones realizadas en la propuesta de informe elaborada por la Abogada del Estado consultante que, con base en el tenor literal del apartado 3 de la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003 y en un elemental principio de lógica y equidad, entiende que no es posible derivar la responsabilidad dimanante por el importe de las tasas y tarifas portuarias devengadas desde la declaración de abandono hasta la venta en pública subasta del buque más allá de la posibilidad de detracción de dichas tasas y tarifas del montante resultante de la adjudicación que prevé la citada disposición adicional.

Como bien se indica en la propuesta, la posición de la Administración General del Estado viene marcada de forma clara por el tránsito que se produce entre la atribución ex lege de la titularidad del buque, como consecuencia de la declaración formal de abandono del mismo, y la posterior enajenación. En este rápido iter procedimental la posición de la Administración General del Estado es meramente pasiva, pues siendo formalmente propietaria del buque no puede ejercer, en la práctica, ninguna facultad dominical sobre el mismo. Esta titularidad sobre el buque se aproxima a una mera titularidad fiduciaria de la que no deben desprenderse consecuencias gravosas para la Administración General del Estado.

En todo este iter merece destacarse la involuntariedad de la asunción por dicha Administración de la condición de sujeto pasivo de la tasa y, muy especialmente y como se destaca en el proyecto de informe, la imposibilidad de poner término a esa situación sin la voluntad de la Autoridad Portuaria de Barcelona, de la que, en todo momento, depende la fecha de celebración de la venta en pública subasta, quedando a su arbitrio, por tanto, la convocatoria del proceso y, con ello, la adjudicación del bien con la consiguiente prolongación del devengo de la tasa que, como señala claramente del artículo 21. 4 de la Ley 48/2003, depende, entre otros factores, del tiempo de estancia del buque en el puesto de atraque o de fondeo.

Siendo ello así, resulta contrario a todo principio de lógica y equidad que la persistencia de ese devengo dependa de la exclusiva voluntad de la Autoridad Portuaria de Barcelona, estando imposibilitado el sujeto pasivo, como se ha dicho, para poner fin a esa situación, minorando el impacto de la misma en su patrimonio.

Lo expuesto, unido a la dicción literal de la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003, donde se establece, sin excepciones, que el importe de las tasas y tarifas portuarias así como los gastos de procedimiento, se detraerán del producto de la venta del buque, aconsejan no derivar la responsabilidad resultante de esos créditos más allá de la posibilidad de detracción de su importe del montante resultante de la enajenación del mismo, habiéndose constituido en la práctica una especie de obligación ob rem que sólo puede hacerse efectiva sobre el producto de la venta del buque declarado en abandono.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Una interpretación adecuada de la expresión “Estado”, contenida en la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003, en los términos plasmados en este informe permite sostener que la propiedad de los buques abandonados en la zona de servicio del puerto corresponde a la Administración General del Estado. La apreciación de las circunstancias determinantes de la situación de abandono, definidas en esa disposición, viene atribuida por la misma a la Autoridad Portuaria, cuyo Consejo de Administración tiene encomendado la declaración de abandono con la consiguiente atribución de la propiedad sobre el buque a la Administración General del Estado.

**Segunda.-** La atribución a la Administración General del Estado de la propiedad del buque declarado en abandono permite configurar a la aludida Administración como sujeto pasivo de la tasa del buque, devengada por la estancia del mismo en puesto de atraque, amarre o fondeo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 21.2 de la Ley 48/2003.

**Tercera.-** El tenor literal del apartado 3 de la disposición adicional decimoctava de la Ley 48/2003 unido a un elemental principio de lógica y equidad, lleva a no derivar a la Administración General del Estado la responsabilidad resultante de los créditos devengados a su favor por las correspondientes tasas y tarifas portuarias, así como por los gastos del procedimiento derivados de la estancia del buque en el puerto, desde la declaración de abandono a favor de la Administración General del Estado hasta la enajenación del buque en pública subasta, más allá de la posibilidad de detracción de los mismos del producto de la enajenación.

## **155.- Informe sobre determinadas cuestiones relacionadas con la exigibilidad del antiguo canon de prestación de servicios al público y desarrollo de actividades industriales, actualmente tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios.**

### **Resumen**

Consulta sobre determinadas cuestiones relacionadas con la exigibilidad del antiguo canon de prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales, actualmente tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios.

- 1) La incoación de procedimientos de revisión de oficio para dejar sin efecto diversos acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas que declararon la exención de dicho canon es una actuación interruptiva de la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria.
- 2) Declarada la anulación de dichos acuerdos, pueden y deben liquidarse los ejercicios no prescritos.
- 3) La circunstancia de hallarse pendientes de tramitación esos procedimientos de revisión de oficio no impide, como regla general, que se efectúen modificaciones, sustanciales o no, de las concesiones.
- 4) Consideración especial, pendientes dichos procedimientos de revisión de oficio, del supuesto de transmisión en bloque de la concesión y del supuesto de segregación de la misma.

**Ref.:** A.G.SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 13/08

**Fecha:** 31 de julio de 2008

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

### **Observaciones:**

Actualmente en materia de revisión de oficio hay que tener presente el artículo 35.2 del TRLPEM, interpretado en informe A.G.ENTES PÚBLICOS 67/12, incorporado con el nº 13 a estos dictámenes.

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre determinadas cuestiones relacionadas con la exigibilidad del antiguo canon de prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales, actualmente, tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios. En relación con dicha consulta, y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1º) El Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas solicitó, el 28 de enero de 2008, a la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria la emisión del oportuno informe sobre las dos siguientes cuestiones relacionadas con la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general:

“1. Dado que el derecho de la Autoridad Portuaria de practicar las correspondientes liquidaciones, una vez esté adaptado en cada uno de los correspondientes títulos concesionales, el antiguo canon por prestación de servicios al público y desarrollo de actividades comerciales, industriales y de servicios a la vigente tasa por aprovechamiento especial del dominio público el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicio, prescribe a los cuatro años de la entrada en vigor de la Disposición Transitoria Quinta de la mencionada Ley 48/2003 de 26 de noviembre de régimen económico de prestación de servicios de puertos de interés general, se solicita se informe sobre si interrumpe la prescripción la solicitud de datos efectuada en los últimos meses de 2007.

2. Por otro lado, y en cumplimiento de lo indicado informe de la Abogacía General de fecha 7 de diciembre de 2007 y de Puertos del Estado de 18 de diciembre de 2007, la Autoridad Portuaria va de Las Palmas va a iniciar procedimientos de revisión de oficio de aquellos acuerdos del Consejo de Administración que hayan reconocido a determinados concesionarios, exenciones de dicho canon, se pregunta si es posible practicar liquidación por los periodos no prescritos o si solamente se pueden practicar liquidaciones por los periodos que se comprendan a partir de la declaración de nulidad”

2º) Con fecha 10 de junio de 2008 el Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas solicitó a la aludida Abogacía del Estado la emisión de informe sobre las dos siguientes cuestiones, teniendo en cuenta la incoación de procedimientos de revisión de oficio respecto de numerosas concesiones demaniales otorgadas en el puerto de Las Palmas:

“1º) En qué casos y condiciones podría realizarse algún tipo de modificación sustancial o no, de dichos expedientes de revisión de oficio iniciados.

2º) Concretamente, y en el supuesto que nos ocupa sería posible tramitar la petición de segregación y transferencia con anterioridad a la finalización del expediente de revisión de oficio, introduciendo cláusulas salvando la contingencia fiscal”

3º) Con fecha 15 de junio de 2008 la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria emitió un informe en el que, en relación con las cuestiones planteadas por el Presidente y el Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas anteriormente reseñadas, se formulan las siguientes conclusiones:

“**PRIMERA:** La solicitud de datos efectuada en los últimos meses de 2007 por la Autoridad Portuaria, no interrumpe la prescripción.

**SEGUNDA:** La Autoridad Portuaria puede reclamar los periodos no prescritos de las concesiones que son objeto de revisión por tener reconocida una exención o un importe cero del antiguo canon por prestación de servicios al público una vez recoja el título concesional la tasa por aprovechamiento especial del dominio público el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios del artículo 28 de la Ley 48/2003.

Para aquellas concesiones que tengan una exención parcial del canon (se condona el incremento del importe del canon de ocupación de dominio público reduciendo el canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o industriales) se requeriría no sólo la declaración de nulidad de la cláusula de la concesión a través del correspondiente procedimiento de revisión de oficio, sino además de la revisión de oficio de cada una de las liquidaciones giradas por la autoridad Portuaria en las que se reclamó el canon.

**TERCERO:** Resultaría prudente no modificar las concesiones que se encuentran afectadas por los procedimientos de revisión de oficio. No obstante, lo anterior no existiría obstáculo para la transmisión de concesiones que se encuentran afectadas por los procedimientos de revisión de oficio en los términos de la Consideración Jurídica Cuarta, pero sí para su división”

4º) Por considerar de interés general las cuestiones sometidas a informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria y ante las dudas suscitadas por las mismas, la aludida Abogacía del Estado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento

del Servicio Jurídico del Estado aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de junio, eleva consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

La primera cuestión que aborda el informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria consiste en dilucidar si interrumpe la prescripción del derecho de la Administración a determinar, mediante la oportuna liquidación, la deuda tributaria por el concepto de tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicio correspondiente a los años 2003, 2004 y 2005 el requerimiento o solicitud de datos efectuado a los titulares de concesiones administrativas en los últimos meses del año 2007.

Como ejemplo de dichos requerimientos se acompaña un escrito del Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, dirigido a una sociedad anónima titular de una concesión en el dominio público portuario, en el que, tras hacer referencia a diversos apartados del artículo 28 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, regulador de la citada tasa, e invocar, como fundamento del requerimiento, la obligación impuesta por el artículo 29.2.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), se solicita del interesado que “presente a través del Registro Oficial de este Organismo Público la información del volumen de negocio desarrollado en el puerto al amparo de su concesión, de los años 2003, 2004, 2005 y 2006”.

Para la adecuada resolución de esta primera cuestión resulta necesario examinar, en primer lugar, el régimen de interrupción de la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación; en segundo lugar, la configuración legal de la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, ello con objeto de determinar el sentido y finalidad de los requerimientos efectuados; y, en tercer lugar y finalmente, la incidencia o repercusión que tenga la circunstancia de que se encuentren en tramitación varios procedimientos de revisión de oficio de otros tantos títulos concesionales que tienen reconocida formal y expresamente la exención del antiguo canon de prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales, canon que, por expresa determinación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003 ha de adaptarse a la actual tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios.

#### 1) Régimen de interrupción de la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación

El artículo 68 de la LGT dispone en su apartado 1 que “el plazo de prescripción del derecho a que se refiere el párrafo a) del artículo 66 de esta Ley se interrumpe: a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria...” Dado que este precepto reproduce en lo sustancial la previsión que contenía el artículo 66.1 de la derogada Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (“los plazos de prescripción a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 64 se interrumpen: a) Por cualquier acción administrativa, realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo, conducente al reconocimiento, regularización, inspección, aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del impuesto devengado por cada hecho imponible...”), resulta plenamente aplicable el criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de los requisitos que, según el artículo 66.1 de la derogada Ley 230/1963, debía cumplir la acción administrativa para tener eficacia interruptiva del plazo de prescripción.

En este sentido, la sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Barcelona de 15 de noviembre de 1977, confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1978 (Ar. 2183), declara lo siguiente:

“Que la apreciación del T. Econ.-Admvo. Central no contempla en su total alcance la aplicación de la causa de interrupción de la prescripción contenida en el ap. A) del art. 66 de la Ley General Tributaria y ello se infiere de su propio texto según el cual la interrupción se produce por cualquier acción administrativa realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo conducente al reconocimiento, regulación, inspección y aseguramiento, comprobación, liquidación y recaudación del impuesto devengado por cada hecho imponible, es decir, que según el texto legal referido no basta el ejercicio de cualquier acción ante la Administración sino que debe estar matizada por unas finalidades cuales son las indicadas y que si faltaren no serían obstáculo para que se produjeran los efectos interruptivos que se pretenden y por lo tanto si la actuación ante el M.<sup>o</sup> Vivienda no fue conducente a los propósitos enunciados en el ap. A) del art. 676 de la repetida Ley han de entenderse que la interrupción del plazo de prescripción no se ha producido...”

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1993 (Ar. 8418) declara que:

“No concurre ningún factor interruptivo del citado plazo de prescripción, tal como se declara en la parte final del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de instancia, que esta Sala hace también propio, porque la jurisprudencia ha sentado con reiteración que, del texto del comentado art. 66.a de la Ley General Tributaria, se deduce que no cualquier acto tendrá la eficacia interruptiva que en dicho precepto se indica, sino sólo los tendencialmente ordenados a iniciar o proseguir los respectivos procedimientos administrativos o que, sin responder meramente a la finalidad de interrumpir la prescripción, contribuyan efectivamente a la liquidación, recaudación o imposición de sanción en el marco de Impuesto controvertido”

Finalmente, la sentencia del Alto Tribunal de 20 de octubre de 1997 (Ar. 7148) declara lo siguiente:

“La doctrina administrativa, en especial del Tribunal Económico-Administrativo Central, y sobre todo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fueron perfilando las actuaciones que sí interrumpían y las que no interrumpían la prescripción.

En principio, el artículo 66.1, a) de la Ley General Tributaria confiere el efecto interruptivo a ‘cualquier acción administrativa,’ sin embargo, inmediatamente establece dos requisitos, uno que sea con conocimiento formal del sujeto pasivo, y otro que la acción sea conducente a la determinación de la deuda tributaria por la Administración Pública como acreedor tributario.

La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha aclarado en numerosas sentencias que se requiere también el detalle concreto del Impuesto y ejercicio de que se trata, pero sobre todo basándose en la expresión ‘conducente al reconocimiento, regularización, inspección, etc.’ ha establecido un elenco de actuaciones que sí interrumpen la prescripción, como son las diligencias que van constatando la actuación inspectora cuando ésta conduce o se propone claramente la determinación de la deuda tributaria; las actas de simple constancia de hechos, en las que el Inspector va probando elementos o partes del hecho imponible, como por ejemplo operaciones económicas que no figuran contabilizadas, etc., sin que por el momento haya propuesta de regularización de la situación tributaria, porque todavía no ha precisado, ni cuantificado o valorado el hecho imponible; las actas previas, y otras muchas actuaciones que no hacen al caso, porque lo que nos interesa en este proceso es el elenco de las actuaciones que no tienen efecto interruptivo, así ocurrió con las diligencias que la Inspección de Hacienda efectuaba a los solos efectos de interrumpir la prescripción, diligencias que esta Sala en expresión feliz dijo que no interrumpían la prescripción, porque no hacían avanzar el procedimiento; las diligencias-argucia en las que la Inspección de Hacienda se limitaba a pedir datos, petición que no iba acompañada de una auténtica iniciación del procedimiento inspector de comprobación o investigación; la confirmación de las liquidaciones provisionales, como tales, pero sin elevarlas a definitivas,

etc. Se desprende de este elenco de actuaciones que no interrumpen la prescripción, una idea esencial consistente en conceptuar como ‘acción administrativa’ aquella que realmente tiene el propósito de determinar la deuda tributaria en una relación de causa a efecto, en cuanto la interrupción exige una voluntad clara exteriorizada por actuaciones cuyo fin es la intimación del acreedor tributario al deudor para que pague su deuda tributaria.”

De las sentencias del Tribunal Supremo que se han transcrito en lo pertinente se deduce claramente una idea muy precisa en punto a las actuaciones o acciones de la Administración que tienen virtualidad o eficacia interruptiva de la prescripción: sólo son aquéllas que se encaminan, en una relación de causa a efecto, a la determinación de la deuda tributaria, contribuyendo así efectivamente a la exacción de la misma.

## 2) Configuración legal de la tasa a que se refiere el artículo 28 de la Ley 48/2003

Una vez examinado el régimen a que se sujeta la interrupción de la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante su oportuna liquidación, debe examinarse, según lo dicho, la configuración legal de la tasa a que se refiere el artículo 28 de la Ley 48/2003 (tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios a la que ha de adaptarse el antiguo canon de prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales), y ello en razón, como se apuntó también, de precisar el sentido y finalidad de los requerimientos.

La cuestión de que ahora se trata se suscita en razón de que, tras indicar el apartado 5 del citado precepto legal que la cuota de la tasa, que ha de garantizar la adecuada explotación del dominio público portuario, se calculará por la Autoridad Portuaria con arreglo a los criterios y límites que establecen, respectivamente, las letras A) y B) del propio artículo 28.5, el apartado 6 de este mismo precepto establece que “la cuota de la tasa calculada por la Autoridad Portuaria deberá figurar necesariamente en las condiciones de la autorización de la actividad de la licencia de prestación del servicio portuario básico o, en su caso, de la concesión o autorización de ocupación privativa del dominio público...”

Se plantea así la cuestión de cuál sea el significado de la locución legal “cuota de la tasa” que emplean los apartados 5 y 6 del artículo 28 de la Ley 48/2003.

A juicio de este Centro Directivo, es razonable entender, compartiéndose así el criterio recogido en el informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria y en el informe de la Dirección de Servicios Jurídicos y Dominio Público de Puertos del Estado de 18 de diciembre de 2007, que la locución “cuota de la tasa” que emplean los apartados 5 y 6 del artículo 28 de la ley 48/2003 no se refiere sino al tipo de gravamen, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, y aunque los apartados 5 y 6 del artículo 28 de la Ley 48/2003, tienen una redacción confusa, no puede desconocerse que la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios es un tributo variable, puesto que la base imponible (definida en el artículo 50.1 de la LGT como la magnitud dineraria o de otra naturaleza que resulta de la medición o valoración del hecho imponible) en el tributo de que aquí se trata viene determinada por magnitudes que forzosamente son variables. Así, y a tenor de las reglas establecidas en el artículo 28, apartado 5, letra A), en los servicios y actividades de manipulación de carga se toma en consideración la unidad de carga manipulada medida en toneladas, contenedor vehículo o cualquier otra forma de presentación de la mercancía; en el servicio de pasaje, se atiende al número de pasajeros y vehículos en régimen de pasaje; en los servicios técnico-náuticos se tiene en consideración la unidad de arqueo bruto (GT) o los servicios prestados; en el servicio de recogida de desechos, se atiende a la cantidad recogida o a los servicios prestados; en el resto de servicios y actividades comerciales e industriales portuarias se tienen en consideración la unidad (de los mismos) que corresponda a los servicios prestados y, cuando no sea posible su medición, se atiende al volumen de negocio. Por otra parte, el artículo 28, apartado 5, letra B), relativo a los límites, fija

como tales, entre otros, el volumen de tráfico portuario, así como el importe neto anual de la cifra de negocio, o en su defecto, el volumen de negocio.

En segundo lugar, y siendo la base imponible de la tasa magnitudes (no dinerarias) que por su propia naturaleza son variables, difícilmente puede entenderse que la expresión “cuota de la tasa” que utiliza el precepto legal de continua cita consiste en lo que la LGT denomina cuota tributaria a que se refiere el artículo 56 de este texto legal, es decir, el importe de la deuda tributaria que el sujeto pasivo debe saber satisfacer, dado que la cuota de la tasa tiene que figurar necesariamente en el título administrativo correspondiente, esto es, en la autorización de la actividad, licencia de prestación del servicio portuario, autorización de ocupación privativa del dominio público o, finalmente, en la concesión del dominio público portuario. Como fácilmente se comprende, en modo alguno es posible que se cumpla la exigencia legal de que en el título administrativo correspondiente de entre los indicados figure la “cuota de la tasa” si por esta expresión se entiende la cuota tributaria, pues esa cuota así entendida varía de año en año; es por ello por lo que la locución “cuota de la tasa” debe entenderse referida al tipo de gravamen que define el artículo 55 de la LGT y que la Autoridad Portuaria ha de calcular (fijar) con sujeción a los criterios y dentro de los límites que establecen, respectivamente, los apartados A) y B) del artículo 28.5.

En tercer lugar, confirma el criterio que aquí se sostiene, acudiendo como criterio de interpretación a los antecedentes normativos, el artículo 69 bis de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado de la Marina Mercante, introducido por la reforma operada en la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, precepto que regulaba el canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o industriales, canon que, por expresa determinación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003 ha de adaptarse a la actual tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, constituyendo, de este modo, dicho canon el precedente inmediato de esta tasa que resulta, por tanto, continuación de dicho canon. Pues bien, el apartado 3 del artículo 69 bis de la citada Ley 27/1992 disponía que “el criterio y el tipo establecidos por la Autoridad Portuaria deberán figurar expresamente en las condiciones de la autorización de actividad o, en su caso, de la concesión o autorización de ocupación o aprovechamiento del dominio público.

Una vez razonado que la locución legal “cuota de la tasa” que emplean los apartados 5 y 6 del artículo 28 de la Ley 48/2003 debe entenderse como tipo de gravamen de la tasa que aquí se trata y no como cuota tributaria, ha de determinarse la funcionalidad o virtualidad de los requerimientos o solicitudes de datos, teniendo en cuenta lo dicho anteriormente sobre los requisitos necesarios para que la acción administrativa pueda producir el efecto de interrumpir el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.

Pues bien, el requerimiento se hace, tal y como expresamente se indica en el escrito que como ejemplo se acompaña a la documentación remitida a este Centro Directivo, para determinar la cuota tributaria entendida, según lo dicho, como tipo de gravamen. Así, en dicho escrito (requerimiento fechado el 30 de noviembre de 2007 y con registro de salida de 3 de diciembre siguiente) se dice lo siguiente: “Por todo lo anterior, al objeto de determinar la cuota tributaria de esta tasa que como titular de la concesión de la que esa Entidad es titular procede (...) se solicita que, en cumplimiento del artículo 29.2.f) de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), presente (...) la información del volumen de negocio desarrollado en el puerto al amparo de su concesión, de los años 2003, 2004, 2005 y 2006”.

Resulta claro, a tenor de lo dicho, que la información solicitada, relativa al volumen de negocio, lo es con la precisa finalidad de que la Autoridad Portuaria pueda calcular la “cuota de la tasa,” es decir, pueda fijar el tipo de gravamen como paso previo y absolutamente necesario para poder determinar el importe de la deuda tributaria. Así las cosas, y puesto que el requerimiento o solicitud formulado por la Autoridad Portuaria es una actuación realizada con conocimiento formal del sujeto pasivo y, además, y esto es lo esencial, dicha actuación se enca-



mina directamente, en adecuada relación de causa a efecto, a la determinación de la deuda tributaria, se cumple también el requisito de carácter material exigido por el artículo 68.1.a) de la LGT y por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo para que esa acción o actuación produzca el efecto de interrumpir el plazo de prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. Dicho en otros términos, si, por la propia configuración legal de la tasa, el tipo de gravamen (“cuota de la tasa”) ha de fijarse por la Autoridad Portuaria con arreglo a los criterios y dentro de los límites establecidos por las letras A) y B) del artículo 28.5 de la Ley 48/2003 y si es igualmente requisito legal que el tipo de gravamen se recoja en el título administrativo correspondiente, habrá de concluirse que el requerimiento, por parte de la Autoridad Portuaria, al sujeto pasivo de los datos necesarios para que dicha entidad pública fije el tipo de gravamen es una actuación absolutamente necesaria para poder determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, por lo que, a tenor de la doctrina jurisprudencial de que se ha hecho mención, esa actuación tiene efecto interruptivo de la prescripción.

- 3) Incidencia o repercusión de la circunstancia de encontrarse en tramitación procedimientos de revisión de oficio de títulos concesionales a los que se reconoció formal y expresamente la exención del antiguo canon de prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales

Sentada la anterior conclusión, el examen de la primera cuestión abordada en el informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria no puede detenerse en la formulación de esa conclusión sin ninguna otra consideración derivada de las particulares circunstancias del caso analizado. Alcanzada esa conclusión, es necesario todavía determinar si la misma queda o no desvirtuada ante la circunstancia de que se encuentran en tramitación varios procedimientos de revisión de oficio de otros tantos títulos concesionales que tienen reconocida formal y expresamente la exención del antiguo canon de prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales (canon que, se insiste, ha de adaptarse a la tasa regulada actualmente en el artículo 28 de la Ley 48/2003).

En efecto, con fundamento en un acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de las Palmas de 1 de octubre de 1999, el órgano de gobierno de dicha entidad pública, mediante diversos acuerdos adoptados en los años 2003 y 2004, declaró, respecto de determinadas concesiones, su exención del antiguo canon de prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o, lo que es igual, un valor cero de su cuantía. Esta circunstancia dio lugar a que, a petición del ente público Puertos del Estado, este Centro Directivo emitiese un informe (ref. A.G. Entes Públicos 65/07, de 7 de diciembre de 2007) en el que se concluyó: 1) que eran nulos de pleno derecho los acuerdos de declaración de exención del antiguo canon de prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales, debiendo procederse a su revisión de oficio; y 2) que la adaptación de dicho canon a la regulación contenida en el artículo 28 de la Ley 48/2003 para la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios (adaptación ordenada por la disposición transitoria quinta de la citada Ley 48/2003) requería la previa revisión de oficio de los acuerdos que declararon la exención del antiguo canon. Es por ello por lo que, según los antecedentes remitidos junto con el informe de la aludida Abogacía del Estado, la Autoridad Portuaria de las Palmas ha acordado la iniciación de procedimiento de revisión de oficio, al amparo del artículo 217.1 f) de la LGT, de los acuerdos por los que se declarará la exención del mencionado canon.

Es, pues, esta situación de iniciación de procedimientos de revisión de oficio la que suscita la cuestión que debe ahora resolverse: si la conclusión de que los requerimientos de datos interrumpen la prescripción queda desvirtuada o no por la circunstancia de haberse iniciado, encontrándose pendientes actualmente, procedimientos de revisión de oficio de los repetidos acuerdos de declaración de exención para conseguir su anulación.

Para la resolución de la anterior cuestión debe partirse de la premisa de que es defendible el criterio de que la incoación de un procedimiento de revisión de oficio para anular y dejar sin

efecto un previo acuerdo administrativo que declara la exención de un determinado tributo constituye una actuación de la Administración que tiene eficacia interruptiva de la prescripción del derecho de aquélla a determinar, mediante la oportuna liquidación, la deuda correspondiente al tributo respecto del cual se declaró la exención y conseguir así su efectiva exacción, y ello por las razones que seguidamente se exponen.

Dado que el presupuesto de hecho de la prescripción extintiva está constituido por la situación de inactividad del titular del derecho, debe entenderse que la eficacia interruptiva de la prescripción no puede predicarse de cualquier actuación por parte del titular del derecho, sino sólo de aquéllas que sean necesarias para su actividad. Es por ello por lo que, como se ha dicho anteriormente en relación con la interrupción de la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria, sólo interrumpen la prescripción aquellas actuaciones que se encaminan, en una relación de causa a efecto, a la determinación de la deuda tributaria. Así las cosas, es razonable pensar que la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio (debidamente notificado al interesado) debe interrumpir la prescripción del derecho a la Administración a determinar la deuda tributaria cuando la iniciación de ese procedimiento de revisión de oficio es absolutamente necesaria para ulteriormente poder determinar la deuda tributaria y conseguir así su exacción, y tal acontece cuando, por haberse declarado, mediante el oportuno acto administrativo, la exención de un determinado tributo al sujeto pasivo del mismo y puesto que ese acto administrativo de declaración de exención goza de la presunción de legalidad (validez) y tiene la eficacia propia de los actos administrativos (cfr. 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJ-PAC–), resulta indispensable dejar sin efecto ese previo acto de declaración de exención del tributo, cuya liquidación y exacción se pretende, a través del oportuno procedimiento de revisión de oficio que constituye así la primera actuación que debe realizar la Administración para poder efectuar oportuna liquidación del tributo. En suma, si la prescripción extintiva tiene por base, como se ha dicho, la situación de inactividad del titular del derecho, lo coherente es admitir que en el caso indicado –declaración por acuerdo administrativo de una exención tributaria que se entiende improcedente–, la incoación del oportuno procedimiento de revisión de oficio (debidamente notificada al sujeto pasivo del tributo respecto del que se declaró la exención) debe interrumpir la prescripción, pues con ello la Administración está evidenciando su actitud justamente contraria a esa situación de inactividad o pasividad del titular del derecho en que se fundamenta la prescripción extintiva.

Dicho lo anterior, deben diferenciarse dos hipótesis:

1ª) Que el procedimiento de revisión de oficio se hubiese iniciado con anterioridad al requerimiento de datos efectuado por la Autoridad Portuaria al titular de la concesión, sujeto pasivo del antiguo canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales y de la actual tasa regulada por el artículo 28 de la Ley 48/2003.

En relación con esta primera hipótesis, una vez razonado que la incoación del procedimiento de revisión de oficio es una acción o actuación administrativa con eficacia interruptiva de la prescripción, es claro entender que la actuación interruptiva de la prescripción tiene lugar precisamente con la incoación del procedimiento de revisión de oficio (debidamente notificado al titular de la concesión), sin que a ello añada nada la actuación consistente en el requerimiento de datos al sujeto pasivo, al ser una actuación posterior.

2ª) Que el procedimiento de revisión de oficio se hubiese iniciado con posterioridad al requerimiento de datos efectuado por la Autoridad Portuaria al titular de la concesión, sujeto pasivo del antiguo canon.

Esta segunda hipótesis suscita mayor dificultad; no obstante, cabe entender, como solución más fundada, que en esta hipótesis el requerimiento de datos no produce efecto interruptivo de la prescripción, y ello en razón de lo que seguidamente se indica.

Como se ha dicho, la incoación del procedimiento de revisión de oficio es una actuación absolutamente indispensable, pues mientras no se deje sin efecto (por razones de legalidad)

el acto o acuerdo de declaración de exención no es posible, en aplicación del artículo 57.1 de la LRJ-PAC, exigir el tributo. Partiendo de esta premisa, no puede negarse, a los efectos de poder exigir el gravamen, el carácter de actuación básica y principal que tiene el procedimiento de revisión de oficio, ya que si este procedimiento concluye con la anulación del acto o acuerdo que declaró la exención, podrá efectuarse la liquidación del tributo; si, por el contrario, el procedimiento de revisión de oficio concluye con el mantenimiento del acto administrativo que declaró la exención por ser este acto ajustado a Derecho, no será posible, obviamente, realizar la liquidación del tributo.

Pues bien, si el procedimiento de revisión de oficio tiene, por lo que acaba de decirse, el carácter de actuación básica y principal, siendo, por tanto, una actuación secundaria o subordinada el requerimiento de datos por la Autoridad Portuaria al sujeto pasivo y si, además, el procedimiento de revisión de oficio, por lo razonado antes, tiene efecto interruptivo de la prescripción, lo más coherente es entender que, en la hipótesis que ahora se considera, el requerimiento de datos no tiene virtualidad interruptiva de la prescripción: si el procedimiento de revisión de oficio concluye con el mantenimiento del acto que declaró la exención, de nada habrá servido el requerimiento de datos (que, como se ha indicado, tiene por fin fijar el tipo de gravamen para luego proceder a girar la liquidación); si, por el contrario, el procedimiento de revisión de oficio concluye con la anulación del acto que declaró la exención del tributo, lo relevante será el procedimiento de revisión de oficio y no el requerimiento de datos al sujeto pasivo que es una actuación subordinada o secundaria y, más concretamente, condicional, ya que la eficacia del requerimiento de datos queda supeditada a que el procedimiento de revisión de oficio concluya con la anulación del acto que declaró la exención. Pues bien, el propio carácter secundario, y hasta condicional, del requerimiento de datos respecto del procedimiento de revisión de oficio impide reconocer, a juicio de este Centro Directivo, eficacia interruptiva a dicho requerimiento de datos, pues no se compadece bien con la idea que resulta del artículo 68.1.a) de la LGT – artículo 66.1.a) de la anterior LGT– que la eficacia interruptiva de la prescripción se predique de una actuación que tenga carácter subordinado y condicional (requerimiento de datos) respecto de otra (incoación del procedimiento de revisión de oficio) que es, por lo tanto, la que ha de interrumpir la prescripción por su carácter de actuación administrativa básica y principal.

- II -

La segunda cuestión que examina el informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria consiste en determinar si, una vez declarada la nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas que declararon la exención del antiguo canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales, se puede reclamar el importe de los ejercicios no prescritos o si solamente se pueden practicar liquidaciones por los periodos que se comprendan a partir de la declaración de nulidad.

Comparte este Centro Directivo el criterio que se expone en el aludido informe de la Abogacía del Estado en las Palmas de Gran Canaria, de forma que, una vez declarada la nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración que dispusieron la exención del referido canon, pueden liquidarse los ejercicios no prescritos.

La premisa de la que ha de partirse para la resolución de la cuestión que ahora se examina consiste en que la reacción jurídica contra el acto nulo de pleno derecho, ya tenga lugar esa reacción por la Administración autora de aquél (a través del correspondiente procedimiento de revisión de oficio), ya tenga lugar por el particular afectado por dicho acto, se dirige contra el acto mismo, atacándolo frontalmente en la totalidad de los efectos jurídicos producidos por él desde el momento mismo en que el acto fue dictado (eficacia *ex tunc*) y no sólo desde el momento en que se declara la nulidad del acto (eficacia *ex nunc*); esta máxima retroacción de efectos anulatorios alcanza, por tanto, a todos los actos o situaciones jurídicas posteriores al acto declarado nulo y que traigan causa de él.

Fijados los efectos de la declaración de nulidad en los términos que acaban de indicarse, debe determinarse si esa eficacia retroactiva máxima tiene alguna limitación.

A diferencia de lo que acontece en los supuestos de anulabilidad o de nulidad relativa del acto administrativo, en los que el procedimiento de revisión de oficio (declaración de lesividad) está sometido a una limitación temporal concreta, cual es el plazo de cuatro años desde que se dictó el acto administrativo (artículo 103.2 de la LRJ-PAC) o desde que se notificó al interesado (artículo 218.2 de la LGT), en los supuestos de nulidad de pleno derecho o absoluta la acción administrativa tendente a la declaración de nulidad, articulada también a través del oportuno procedimiento de revisión de oficio, no está sujeta, en principio y sin perjuicio de lo que más adelante se indica, a limitación temporal; así, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC dispone que “las Administraciones Públicas, en cualquier momento (...) declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos...”; aunque no existe en la LGT una previsión análoga a la del artículo 102.1 de la LRJ-PAC en cuanto a la inexistencia de limitación temporal para el ejercicio de la acción de nulidad de pleno derecho, ello no impide entender que en materia de actos de gestión tributaria es aplicable el mismo régimen que dispone el artículo 102.1 de la LRJ-PAC en cuanto al alcance temporal de la acción de nulidad, y ello como consecuencia de la configuración de la nulidad de pleno derecho como una institución básica y general de todo el Derecho público, ya se trate de actos administrativos, ya se trate de actos en materia de gestión tributaria.

La inexistencia, por lo dicho, de un límite temporal para el ejercicio, por parte de la Administración, de su facultad de declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho, podría hacer pensar, en principio, que en materia de actos de gestión tributaria, que es la que aquí interesa, no existe ninguna limitación de carácter temporal para la actuación por la Administración de sus facultades de declaración de nulidad. Sin embargo, y como este Centro Directivo ha manifestado en anteriores informes (así, informe de 17 de marzo de 1992, ref. AEH-AEAT 2/92), ha de tenerse en cuenta el plazo de prescripción de cuatro años que establece el artículo 66.a) de la LGT, de modo que la facultad de declaración de nulidad absoluta o de pleno derecho acordada una vez transcurrido el indicado plazo de cuatro años no produciría efectos económicos; dicho en otros términos, la eficacia retroactiva (eficacia ex nunc) que se asocia a la declaración de nulidad de un acto administrativo tiene el límite material del plazo de prescripción que establece el artículo 66.a) de la LGT. Esta solución resulta respaldada por la regla consignada en el artículo 106 de la LRJ-PAC, según el cual las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando “por prescripción de acciones” sean contrarias a las leyes.

- III -

El proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria aborda, en tercer lugar, la cuestión relativa a la posibilidad de que se realicen, en tanto estén pendientes los procedimientos de revisión de oficio de los acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas que declararon la exención del referido canon, modificaciones, sustanciales o no, de los correspondientes títulos concesionales. Más concretamente, las cuestiones planteadas por el Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas a la aludida Abogacía del Estado son las siguientes:

- “1) En qué casos y condiciones podría realizarse algún tipo de modificación, sustancial o no, de dichos expedientes de revisión de oficio incoados.
- 2) Concretamente, y en el supuesto que nos ocupa, sería posible tramitar la petición de segregación y transferencia con anterioridad a la finalización del expediente de revisión de oficio, introduciendo cláusulas salvando la contingencia fiscal?”

La Abogacía del Estado consultante, en la consideración jurídica tercera de su proyecto de informe, se refiere a la primera de dichas cuestiones, señalando que habría que examinar caso por caso y analizar el tipo de modificación, sin que pueda darse una respuesta genérica dada la multitud de supuestos y circunstancias que podrían concurrir. Sin embargo, advierte que la

modificación, sustancial o no, de la concesión mientras se está tramitando el procedimiento de revisión de oficio podría producir distorsiones, especialmente a la hora de exigir y calcular los periodos no prescritos de la tasa, que es lo que se pretende, pudiendo darse el caso de que no se supiese muy bien cómo reclamar los periodos no prescritos.

Para dar una respuesta fundada en Derecho a esta primera cuestión y sin perjuicio de que, en efecto, pueda haber casos singulares de modificación sustancial de la concesión que exijan una respuesta específica a la cuestión relativa a los efectos que puede producir esa modificación sustancial respecto de los expedientes de revisión de oficio incoados, hay que comenzar diciendo que la posible modificación sustancial de la concesión producirá efectos pro futuro, determinando, en su caso, la necesidad de introducir los ajustes oportunos en la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios que se devengue a partir de la modificación, sin que, en consecuencia, tenga incidencia alguna en los ejercicios anteriores (a la modificación) no prescritos que serán reclamados al concesionario una vez que se revisen los acuerdos del Consejo de Administración que declararon la exención del antiguo canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales y que, como se expuso en el antes citado informe de este Centro Directivo con referencia A.G. Entes Públicos 65/07, de 7 de diciembre de 2007, se consideran nulos de pleno derecho.

Para razonar convenientemente esta conclusión, hay que comenzar diciendo que la prestación de servicios y el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de otra naturaleza en el ámbito portuario está sujeta a autorización o licencia, que da lugar al devengo de esta tasa (artículo 28.1 de la Ley 48/2003), siendo sujeto pasivo de la misma el titular de la autorización de la actividad, el de la licencia o, en su caso, el titular de la concesión o autorización de ocupación del dominio público, según proceda (artículo 28.2).

Los elementos cuantitativos de la tasa, según el artículo 28.4, son el tipo, el volumen de actividad y la utilidad obtenida.

El devengo de la tasa se produce a partir de la fecha de notificación de la resolución de otorgamiento de la autorización de la actividad, de la licencia de prestación del servicio portuario básico o de la concesión o autorización de ocupación del dominio público portuario (artículo 28.3).

Ahora bien, aunque no se indique en la Ley con la claridad necesaria, la tasa es de devengo periódico anual, tal y como se deduce del tenor literal del propio artículo 28, apartados 5, 6 y 7, de la Ley 48/2003. El apartado 5.B).a) dispone que, en los casos previstos en los párrafos a), b), c), d) y e) del apartado anterior, la "cuantía anual" de la tasa no podrá exceder de unos determinados valores. El apartado 5.B).b) dispone igualmente que, en los casos previstos en los párrafos a), b) c), d) y e) del apartado anterior, la "cuantía anual" no será inferior al mayor de una serie de valores. Por su parte, el apartado 6, preceptúa que, cuando la cuota de la tasa no se establezca sobre volumen de negocios, se actualizará "anualmente" en la misma proporción que la variación interanual experimentada por el Índice de Precios al Consumo. Finalmente, el apartado 7 vuelve a incidir en el carácter periódico y anual de la tasa al establecer que, en el supuesto de que la tasa sea exigible por adelantado, su cuantía se calculará para el "primer ejercicio" sobre las estimaciones efectuadas en relación con el volumen de tráfico o de negocio y, en los "ejercicios sucesivos," sobre los datos reales del "año anterior".

Siendo ello así, parece obvio que, una vez culminado el procedimiento de revisión de oficio de los acuerdos que reconocían ilegalmente la exención, no debe ya existir problema alguno para poder reclamar del concesionario el importe de la tasa correspondiente a los ejercicios no prescritos, tomando siempre como referencia la situación de la concesión en esos periodos anteriores a su posible modificación sustancial que, como se ha indicado antes, sólo producirá efectos pro futuro en las liquidaciones que se giren a partir de la fecha en que tenga lugar la modificación y que no tiene por qué afectar a los ejercicios anteriores en los que, como se ha dicho, se deben tener en cuenta como elementos cuantitativos de la tasa, el tipo, el volumen

de actividad y la utilidad obtenida en cada uno de los ejercicios no prescritos, para lo cual la Autoridad Portuaria dispone o puede disponer de los datos precisos que le permitan practicar con el rigor necesario la liquidación de la tasa.

En tanto esté pendiente la resolución de los expedientes de revisión de oficio incoados, la modificación sustancial de la concesión (que puede afectar a la superficie de la misma, al volumen o superficie construida, al plazo o a la ubicación de la concesión, cfr. artículo 113.2 de la Ley 48/2003) tampoco tiene por qué alterar, con carácter general, la exigencia de las cuotas correspondientes a los periodos o ejercicios no prescritos, dado que únicamente produce efectos para el futuro, sin perjuicio de que, a partir de la fecha y ejercicio en que produzca efectos la resolución que autorice la modificación sustancial, haya de corregirse la liquidación vigente de la tasa para adaptarla a la nueva situación derivada de la modificación de la concesión.

A idéntica conclusión, aunque las formalidades sean distintas (si la modificación es sustancial hay que tener en cuenta, en cuanto a la tramitación de su procedimiento, lo dispuesto en el artículo 110, apartados 2 y siguientes, de la Ley 48/2003, según dispone el artículo 113.1 de la misma), se llega con igual o mayor motivo si la modificación de la concesión no es sustancial.

La segunda cuestión planteada por la Autoridad Portuaria a la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria se refiere a la posibilidad de tramitar la petición de segregación y transferencia de las concesiones con anterioridad a la finalización del expediente de revisión de oficio, introduciendo cláusulas salvando la contingencia fiscal.

En la consideración cuarta y última del informe remitido se distingue entre la transmisión en bloque de la concesión y la división de la misma seguida de una posterior transmisión a un tercero de una de las partes en que se haya dividido la concesión.

En cuanto a la transmisión en bloque de la concesión estando pendientes los procedimientos de revisión de oficio de los acuerdos del Consejo de Administración que declararon la exención del tributo, este Centro Directivo muestra su coincidencia con el parecer de la Abogacía del Estado consultante, en el sentido de que no deben existir problemas para que se produzca esa transmisión antes de acordarse la revisión de oficio de los citados acuerdos.

En efecto, a los actos de transmisión inter vivos de las concesiones se refiere el artículo 117.2 de la Ley 48/2003, disponiendo que, previa autorización de la Autoridad Portuaria, las concesiones podrán transmitirse por “actos inter vivos”, subrogándose el nuevo titular en los derechos y obligaciones derivados de la concesión. A la transmisión inter vivos, con referencia al precepto entonces vigente –artículo 64 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 24 de noviembre de 1992– se refiere también la cláusula 24ª de la concesión que ha dado pie a la consulta formulada y que se encuentra entre la documentación remitida a este Centro Directivo.

Ahora bien, para que pueda producirse la subrogación del nuevo titular en los derechos y, sobre todo, en las obligaciones del antiguo titular, entre las que indudablemente se encontraría la deuda tributaria correspondiente a los ejercicios no prescritos, extremo sobre el que deberá velarse especialmente por la Autoridad Portuaria de Las Palmas al autorizar la transmisión, es preciso poner de manifiesto al nuevo titular, en el seno del procedimiento de transmisión de la concesión, la existencia del procedimiento de revisión de oficio de los acuerdos del Consejo de Administración de la citada entidad pública que declararon la exención del tributo y del que derivará, en su momento, la exigencia a dicho nuevo titular de las deudas tributarias no prescritas correspondientes a la tasa (lo que acertadamente, por parte de la Autoridad Portuaria, y luego por la Abogacía del Estado consultante, se denominan contingencias fiscales o cláusulas de salvaguarda), debiendo aceptarse expresamente esas consecuencias por el nuevo titular de la concesión con anterioridad a la resolución del procedimiento de transmisión. Como termina diciendo la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria, a partir de ese momento, los subsiguientes trámites de ese procedimiento de revisión de oficio hasta su resolución final habrían de entenderse con el nuevo titular (artículo 31.3 de la LRJ-PAC).

- IV -

Aunque puede entrañar una mayor complejidad, tampoco debe existir impedimento para admitir, con anterioridad también a la finalización del expediente de revisión de oficio, una hipotética segregación de la concesión, esto es, la previa división de la misma seguida de una transmisión de la porción segregada a un tercero.

La segregación, seguida de la posterior transmisión de la porción segregada a un tercero, exige la previa división de la concesión. A la división de las concesiones se refiere el artículo 115 de la Ley 48/2003, cuyo apartado 1 dispone que “la concesión podrá dividirse a petición del titular, previa autorización de la Autoridad Portuaria, en las condiciones que ésta dicte y siempre que las obras o instalaciones puedan ser explotadas independientemente. El titular de la primitiva concesión será el único destinatario de las nuevas concesiones”.

El apartado 2 de dicho precepto añade que “previamente a la resolución sobre la solicitud de división, la Autoridad Portuaria comunicará al peticionario las condiciones en que podría llevarse a cabo. El plazo de cada una de las concesiones resultantes no será superior al que reste de la concesión primitiva, y el objeto de cada una de ellas deberá estar incluido en el objeto de la primitiva concesión. Aceptadas las condiciones, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria dictará la correspondiente resolución. En caso de denegación, se mantendrá la primitiva concesión administrativa en las condiciones en que fue otorgada”.

De acuerdo con el precepto indicado, para que pueda producirse la segregación en dos partes (en el supuesto contemplado en la documentación remitida a este Centro Directivo, división de un local de 200 m<sup>2</sup> de superficie en dos locales de 100 m<sup>2</sup> cada uno de ellos), es necesaria la previa división de la concesión, solicitada por el titular de la misma, y la previa autorización de la Autoridad Portuaria, con las condiciones que ésta establezca, siempre que las instalaciones puedan ser explotadas independientemente.

El único destinatario de las nuevas concesiones resultantes de la división será el titular de la concesión primitiva u originaria, quien, en principio y sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, estará obligado a pagar la deuda tributaria de los ejercicios (anteriores a la división) no prescritos y correspondientes a la antigua concesión, siendo ésta, junto con las otras que se prevén en el artículo 115.2 de la Ley 48/2003, una de las condiciones a las que debe supeditarse la división de la concesión, con el adecuado reflejo en la resolución de la Autoridad Portuaria que autorice dicha división. A partir de la división y para lo sucesivo, aunque el titular de las dos nuevas concesiones sea la misma persona, será necesario, puesto que existen dos concesiones conceptualmente distintas e independientes, que se determine la deuda tributaria de la tasa que corresponde a cada una de ellas.

Una vez autorizada la división de la concesión originaria en dos nuevas concesiones (cada una de ellas, a partir de dicha autorización, con su propia deuda tributaria por la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios que se devengue a partir de la autorización) puede admitirse, estando todavía pendiente el oportuno procedimiento de revisión de oficio, la transmisión inter vivos de una de las nuevas concesiones a un tercero (siempre que, lógicamente, se cumplan las previsiones contenidas en el artículo 117 de la Ley 48/2003). La única cuestión que suscita esta transmisión de una de las nuevas concesiones resultantes de la división de la concesión originaria consiste en determinar quién está obligado al pago de las deudas tributarias de los ejercicios anteriores no prescritos y correspondientes a la antigua y originaria concesión.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo estarán obligados, en la proporción que corresponda, el titular de la concesión originaria y titular de una de las concesiones resultantes de la división de ésta –la no transmitida– y el tercero a quien se transmita la otra concesión resultante de la división de la concesión originaria, y ello si se tiene en cuenta: 1) Que el artículo 117.2 de la Ley 48/2003 establece, para el caso de transmisión de la concesión, la regla de la subrogación del adquirente en los derechos y obligaciones derivados de la concesión, por lo que no puede

negarse, respecto de quien adquiera una de las nuevas concesiones resultantes de la división de la concesión originaria, su obligación de responder de las deudas tributarias devengadas por esta última; y 2) Que, por otra parte, no sería lógico y coherente que a ese tercer adquirente se exigiese la totalidad de las deudas tributarias devengadas por la concesión originaria, pues junto a él se encuentra el titular de la concesión primitiva u originaria que sigue ostentando, tras la operación de segregación, la condición de titular de la otra concesión resultante –la no transmitida– de la división de la antigua concesión.

Por lo demás, y como ya se indicó anteriormente, una vez iniciado el procedimiento para autorizar la transmisión inter vivos de esa concesión, segregada de la concesión originaria, sería preciso poner de manifiesto al nuevo titular, en el seno del procedimiento de transmisión de la concesión, la existencia del expediente de revisión de oficio de los acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas que declararon la exención del tributo y del que derivará, en su momento, la exigencia, en la proporción que corresponda, a dicho nuevo titular de las deudas tributarias no prescritas correspondientes a la tasa de esa concesión (lo que por parte de la Autoridad Portuaria y luego por esa Abogacía, se denominan contingencias fiscales o cláusulas de salvaguarda), debiendo aceptarse expresamente esas consecuencias por el nuevo titular de la concesión, con anterioridad a la resolución del procedimiento de transmisión. Como termina diciendo la Abogacía del Estado consultante, a partir de ese momento, los subsiguientes trámites de ese procedimiento de revisión de oficio hasta su resolución final habrían de entenderse también con el futuro titular de la nueva concesión resultante de la división de la concesión originaria (artículo 31.3 de la LRJ-PAC).

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico I del presente informe, la acción administrativa a la que ha de atribuirse eficacia interruptiva de la prescripción es la incoación del procedimiento de revisión de oficio (debidamente notificado al interesado) de los acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas que declararon la exención del antiguo canon de prestación de servicios al público y el ejercicio de actividades industriales (actualmente, tasa por el aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios), y no el requerimiento o solicitud de datos, por parte de dicha entidad pública, al titular de la correspondiente concesión, y ello tanto si el procedimiento de revisión de oficio se hubiese iniciado con anterioridad a dicho requerimiento como si dicho procedimiento de revisión de oficio se hubiese iniciado con posterioridad al mismo.

**Segunda.-** Una vez declarada, a través del correspondiente procedimiento de revisión de oficio, la nulidad de los acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas que declararon la exención del citado canon, pueden y deben liquidarse los ejercicios no prescritos.

**Tercera.-** Con carácter general, y sin perjuicio de supuestos específicos que precisen de un examen singularizado, la circunstancia de hallarse pendientes de tramitación los mencionados procedimientos de revisión de oficio no impide que se efectúen (cumpliendo las previsiones de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre) modificaciones, sustanciales o no, de las concesiones.

**Cuarta.-** Igualmente, la circunstancia de que se encuentren pendientes de tramitación los repetidos procedimientos de revisión de oficio no impide que se pueda efectuar la transmisión en bloque de una concesión, así como la división de la misma seguida de la posterior transmisión a un tercero de una de las partes en que se divida la concesión, debiendo tenerse en cuenta, respecto de esto último, las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico IV del presente informe.



## **156.- Informe sobre la necesidad de aprobación por la Autoridad Portuaria de las tarifas a exigir a los usuarios por parte de una entidad concesionaria de un puerto deportivo.**

### **Resumen**

Consulta formulada por la Abogacía del Estado en Cádiz en relación con la necesidad de aprobación por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz de las tarifas a exigir a los usuarios por parte de la entidad "Marina de Puerto de Santa María, S.A.," concesionaria del puerto deportivo "Puerto Sherry." La nueva Ley 48/2003 ha consagrado la liberalización de los servicios y actividades desarrollados en los puertos, traduciéndose ello en la libertad de fijación de las contraprestaciones económicas por la prestación de los servicios y actividades desarrollados en los mismos, especialmente de los servicios comerciales, entre los que está la gestión de amarres deportivos. Libertad de la concesionaria para fijar los precios o tarifas de prestación de ese servicio. Necesidad, en todo caso, de dar cuenta a la Autoridad Portuaria de las tarifas que aplique y de sus revisiones, por la necesidad, en su caso, de adaptar la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, dado que, entre los criterios de cuantificación de la misma, está el volumen de negocio desarrollado en el puerto.

**Ref.:** A.G.SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/09

**Fecha:** 26 de marzo de 2009

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, de conformidad con lo prevenido en el artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, el proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en Cádiz, respondiendo a una consulta formulada al efecto por el Presidente de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, en relación con la necesidad de aprobación por la citada Autoridad Portuaria de las tarifas a exigir a los usuarios por parte de la entidad "X, S.A.," concesionaria del puerto deportivo "Puerto Sherry".

- I -

La consulta formulada a esa Abogacía del Estado tiene su origen en una comunicación realizada por la entidad "X, S.A.," concesionaria del Puerto Deportivo "Puerto Sherry" a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, de las nuevas tarifas de estadía y servicios aplicables a la explotación de dicho Puerto así como de las "Normas Generales de Aplicación" dejando constancia al propio tiempo de que tiene plena libertad para fijar las mismas sin la autorización de la Autoridad Portuaria ya que, desde la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, el servicio de gestión de amarres deportivos se considera un servicio comercial, íntegramente liberalizado.

La comunicación a la que se ha hecho referencia viene acompañada de un informe jurídico en el que se da el adecuado soporte legal a la tesis de la entidad concesionaria.

Esta Abogacía General del Estado ya adelanta que comparte la conclusión a la que llega esa Abogacía que, tras analizar con detalle la problemática general así como las circunstancias del caso concreto, considera que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 48/2003, no es necesaria la autorización de la Autoridad Portuaria para la fijación de las tarifas y posibles revisiones de las mismas establecidas por la entidad concesionaria en el puerto deportivo

“Puerto Sherry” al calificarse la actividad desarrollada por la misma en ese puerto, desde ese momento, como un servicio comercial de gestión de amarres deportivos.

Aunque no se trata de reproducir el contenido de su proyecto de informe, que se asume plenamente, se considera oportuno resaltar, en un afán puramente clarificador, en primer término, que la entidad “X S.A.” es concesionaria del puerto deportivo “Puerto Sherry”, desde el 10 de mayo de 1982, fecha de aprobación de la transferencia a su favor de la concesión del primitivo titular, sujetándose en esa fecha su otorgamiento a lo dispuesto en la Ley 55/1969, de 26 de abril, sobre Puertos Deportivos, y en la Ley y Reglamento de Puertos de 19 de enero de 1928. En concreto, la entidad era titular, en esas fechas y hasta el año 1992, de una concesión de servicio de puerto deportivo regida por la Ley 55/1969, citada.

Si bien la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, derogó expresamente las Leyes antes citadas, la disposición transitoria cuarta. uno y seis de esa Ley permitió el mantenimiento de las concesiones vigentes a su entrada en vigor que, sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos previstos legalmente, seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas. Las personas que estaban desarrollando, entre otras, actividades comerciales en el ámbito del puerto con anterioridad a la Ley, podrán seguir desarrollando su actividad en las mismas condiciones, sin perjuicio de unas determinadas adaptaciones.

Ello permitió a la entidad concesionaria del puerto continuar su actividad con normalidad, de acuerdo con las condiciones establecidas en el pliego concesional aunque sí que cambió la configuración jurídica de la concesión de servicio, sometida al Derecho Administrativo, que, a partir de ese momento, fue sustituida por una concesión demanial regida por el Derecho Público, unida a un contrato de gestión de servicio de puerto deportivo, regido por el Derecho Privado.

El tercer y definitivo hito normativo a tener en cuenta lo constituye, en efecto, la vigente Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios en los Puertos de Interés General, de cuya exposición de motivos se deduce, con claridad, un cambio sustancial respecto a la Ley 27/1992 en el sentido de liberalizar los servicios portuarios que la propia Ley introduce. Como se indica, acertadamente, en el informe aportado con la comunicación y es asumido por esa Abogacía, al margen del mantenimiento de la concesión demanial, que sigue rigiéndose por el Derecho público, determinadas actividades, más en concreto la gestión de amarres en los espacios náuticos deportivos, son objeto de liberalización, pasando de configurarse como un servicio portuario, objeto de prestación a través de un contrato privado de gestión de servicios portuarios, a configurarse como un servicio comercial liberalizado prestado en virtud de autorización administrativa.

La disposición transitoria séptima.1 de esa Ley 48/2003 permitió el acceso directo a esa autorización administrativa para todas aquellas empresas que, a la entrada en vigor de la misma, que tuvo lugar el 27 de febrero de 2004, ya fueran titulares de un contrato de gestión indirecta de servicio portuarios celebrados al amparo del artículo 67 de la Ley 27/1992. En consecuencia y como vino a ratificarlo el Convenio de 28 de septiembre de 2005, entre la Autoridad Portuaria y la concesionaria, desde esa fecha “Marina de Puerto de Santa María, S.A.” habría accedido directamente a una autorización para la gestión del servicio comercial de amarres deportivo, a la que se refiere el artículo 89.2 de la Ley, sujeta a las disposiciones de la Ley 48/2003, quedando sin efecto las disposiciones de los títulos preexistentes en cuanto se opongan a esa Ley.

- II -

Tras este recorrido por los hitos legislativos que han incidido en la configuración jurídica de la actividad desarrollada por el concesionario en el dominio público portuario o si se quiere en el puerto deportivo “Puerto Sherry”, es conveniente hacer una referencia puntual y concreta

a la situación jurídica de la entidad concesionaria, donde destaca el hecho de que, por Auto de fecha 20 de enero de 1995, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de El Puerto de Santa María, fue declarada en estado legal de quiebra.

El 29 de mayo de 2001, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria acordó la intervención y secuestro del servicio prestado por la concesionaria, por el plazo de un año, que comenzó a correr el 1 de junio de 2001, plazo que fue sucesivamente prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2008, con la salvedad de que, “si, como parece previsible, con anterioridad a dicha fecha se produce la terminación del proceso de quiebra en curso, se adelantará la finalización de la situación de secuestro en la medida que sea necesario”.

Desde esa fecha hasta el levantamiento del secuestro y entrega material de la concesión, la Autoridad Portuaria ha venido actuando como administradora de la concesión administrativa, girando en el tráfico jurídico con la configuración de un patrimonio separado y, por lo que ahora importa, realizando los actos de gestión empresarial necesarios, entre los que están los de fijación, giro y cobro de tarifas por la prestación de servicios en el ámbito del espacio náutico deportivo.

Con fecha 28 de septiembre de 2005, como recoge la página 3 del informe aportado con la comunicación, se suscribió un importante acuerdo entre la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz y la entidad “ X,S.A.”, en cuya cláusula segunda, después de constatar que había desaparecido la situación litigiosa entre las partes, proceden a actualizar el clausulado de la relación concesional, para que quede claro el régimen jurídico que, conforme a su naturaleza jurídica, le ha resultado aplicable y le resultará de aplicación en el futuro. En síntesis, en cuanto al régimen jurídico que le ha resultado aplicable, se tiene en cuenta la evolución en cuanto a la naturaleza del vínculo que une a las partes desde el otorgamiento de la concesión, tal y como se concreta en el punto I anterior de este informe, hasta llegar a la Ley 48/2003.

Respecto a la incidencia de esa Ley en la concesión, en línea también con lo antes señalado, pero con el añadido, además, de reflejarse en un acuerdo entre las dos partes, se señala que se ha producido una transformación en la naturaleza jurídica de esa relación. A partir del 27 de febrero de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 48/2003, - se dice - debe considerarse que subsiste, en primer término, el régimen de concesión demanial, si bien, - añade textualmente - “el contrato privado de gestión de servicio de puerto deportivo se transforma en autorización para la realización de servicio comercial de gestión de amarres deportivos”.

En ese contexto, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 del Puerto de Santa María, el 8 de febrero de 2008, acordó dejar sin efecto el auto de declaración de quiebra, ordenando el reintegro al deudor de sus bienes así como el cese en sus cargos de los Sres Comisario y Síndicos, instando a la Autoridad Portuaria a la finalización del secuestro del servicio prestado por la concesionaria. A consecuencia de ello, la Autoridad Portuaria, el 26 de marzo de 2008, adoptó un acuerdo aprobando el levantamiento de la intervención o secuestro prestado, para ya el 30 de septiembre siguiente materializarse en un acta la entrega de la concesión, recuperando su titular la plenitud de la gestión de la misma. En dicha acta, de conformidad con lo previsto en la cláusula 2.1.c) del Convenio de 28 de septiembre de 2005 y teniendo presente la transformación indicada, la concesionaria demandó el reconocimiento de la situación jurídica de libertad de la misma para la fijación de tarifas por la prestación del servicio comercial indicado.

Pues bien, como ya se ha dicho, la nueva Ley 48/2003 ha consagrado la liberalización de los servicios y actividades desarrollados en los puertos, traducándose ello en la libertad de fijación de las contraprestaciones económicas por la prestación de los servicios y actividades desarrolladas en lo mismos, especialmente de los servicios comerciales, con unas tasadas excepciones, en concreto respecto a los servicios portuarios básicos, cuando el número de prestadores del servicio está limitado o sea insuficiente para garantizar la competencia, según el artículo 76.2.c) de esa Ley, por lo que puede decirse que la entidad “X, S.A.”, concesionaria del servicio comercial de gestión de amarres deportivos, es libre para fijar los precios o

tarifas de prestación de ese servicio, sin que a ello sea obstáculo, el hecho de que, desde el momento en que se acordó el secuestro de la concesión y especialmente, desde la entrada en vigor de la Ley 48/2003, por parte de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, se hayan venido aprobando regularmente las tarifas o sus revisiones oportunas pues los acuerdos adoptados al respecto por la citada Autoridad se tomaron más como gestor de la concesión secuestrada que como Administración pública competente en materia de puertos adscritos a la misma.

Lo expuesto no es óbice, como termina señalando acertadamente el proyecto de informe remitido, para que la entidad concesionaria tenga obligación de dar cuenta a la Autoridad Portuaria de las tarifas que aplique y de sus revisiones por cuanto entra dentro de lo posible que la Administración concedente, a la vista de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 48/2003, tenga que realizar en algunos casos la adaptación de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, dado que uno de los criterios de cuantificación utilizados en ese precepto es precisamente el volumen de negocio desarrollado en el puerto, aunque, de momento, por mor de lo prevenido en el disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, haya quedado establecida en el mínimo del 20% de la tasa de ocupación, lo que no impide que en el futuro, a consecuencia de modificaciones de la concesión, cambie la forma de determinación de la tasa y la Autoridad Portuaria necesite conocer las revisiones tarifarias por cuanto éstas pueden influir en la determinación del volumen de negocio.

## **157.- Informe sobre el método de cálculo de los costes de construcción de instalaciones portuarias a los efectos de la exacción de la tasa de ocupación del dominio público portuario.**

### **Resumen**

Consulta sobre método de cálculo de los costes de construcción de instalaciones portuarias a los efectos de la exacción de la tasa por ocupación del dominio público portuario. Examen del artículo 19.3 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, y Orden del Ministerio de Fomento 818/2004, de 24 de marzo; confirmación del criterio que se deduce del examen de dichas normas por las previsiones del Plan General de Contabilidad (R.D. 1514/2007). Se concluye que en el cálculo de los costes de construcción no puede descontarse el importe de las subvenciones otorgadas a favor de las autoridades portuarias.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 71/09

**Fecha:** 8 de junio de 2009

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, conforme a lo previsto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, el proyecto de informe remitido por el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con la Autoridad Portuaria de Vigo en relación con la problemática relativa al método de cálculo de los costes de construcción a los efectos de la exacción de la tasa por ocupación del dominio público portuario en el Puerto de Vigo.

### **ANTECEDENTES**

- 1º) El Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con la Autoridad Portuaria de Vigo somete a la consideración de este Centro Directivo un proyecto de informe elaborado por él mismo a raíz de la consulta formulada por la Autoridad Portuaria de Vigo acerca, fundamentalmente, de la posibilidad de detraer del importe del coste de construcción de un bien construido por la Autoridad Portuaria, valor a tener en cuenta para el cálculo de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario, el importe de la subvención percibida por la Unión Europea para financiar la construcción de aquel bien, aplicando ya sobre la cantidad resultante el tipo de gravamen y las bonificaciones a que hubiere lugar.
- 2º) El Abogado del Estado consultante, en su proyecto de informe, elevado a este Centro Directivo el 2 de junio pasado, por las razones en las que se abundará acto seguido, da su parecer contrario a esa posibilidad, teniendo en cuenta la normativa aplicable. En el mismo proyecto se hacen una serie de consideraciones sobre la idoneidad de las reglas de amortización contenidas en esa normativa, proponiendo incluso, de lege ferenda, una modificación de la misma acorde con sus planteamientos.

### **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

La respuesta a la cuestión suscitada por el Abogado del Estado consultante se encuentra en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y Prestación de Servicios en los Puertos de Interés General (Ley 48/2003) y en la Orden del Ministerio de Fomento

818/2004, de 24 de marzo, que la desarrolla en el punto sometido a la consideración de aquél y de este Centro Directivo, así como en la normativa contable.

En efecto, como se indica en el proyecto de informe, la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario es una de las tasas previstas y reguladas en la Ley 48/2003 (artículo 14). El artículo 19 de la misma, primero de la Sección 2ª del Capítulo IV dedicado a esta tasa, comienza diciendo que “la ocupación del dominio público portuario, en virtud de una concesión o autorización, devengará la correspondiente tasa a favor de la Autoridad Portuaria.”

La base imponible de esa tasa se regula en el apartado 3 de ese mismo artículo 19, dependiendo su determinación del tipo de ocupación de que se trate. En este caso, tratándose de la ocupación de obras e instalaciones, el apartado 3.c) del citado texto legal dispone literalmente que:

“.. Estará constituida por los siguientes conceptos:

- 1º El valor de los terrenos y de las aguas ocupados.
- 2º El valor de las infraestructuras, superestructuras e instalaciones, incluidas la urbanización interna y la pavimentación de la parcela en concesión, en el momento de otorgamiento de las mismas, calculado sobre la base de criterios de mercado y el valor de su depreciación anual. Estos valores serán aprobados por la Autoridad Portuaria, permanecerán constantes durante el periodo concesional, y no será de aplicación la actualización anual prevista en el apartado 6.

Los criterios para el cálculo del valor de las obras e instalaciones y del valor de su depreciación se aprobarán por el Ministro de Fomento, a propuesta de Puertos del Estado.”

Por Orden 818/2004, de 24 de marzo, del Ministerio de Fomento, se definen esos criterios de cálculo. Concretamente, su artículo 1 se dedica a los “Criterios para el cálculo del valor de las obras e instalaciones y de su depreciación en la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario.”

El apartado 1 de este artículo, reiterando lo preceptuado en la Ley 48/2003, comienza diciendo que “el valor de las infraestructuras, superestructuras e instalaciones, incluidas la urbanización interna y la pavimentación, deberá establecerse con arreglo a criterios de mercado referidos al momento de otorgamiento de la concesión o autorización.”

En su apartado 2.a) detalla que “las valoraciones se determinarán por las Autoridades Portuarias, de acuerdo con los siguientes criterios: Si se trata de un bien construido a cargo de la Autoridad Portuaria y desde la fecha de recepción del mismo no han transcurrido cinco años, deberá considerarse como valor del bien el coste de construcción. Éste incluirá todos los gastos que deban ser objeto de capitalización, a efectos de determinar el precio de adquisición del bien de acuerdo con la normativa contable.”

Pues bien, en una primera aproximación al precepto, el “coste de construcción” de un bien no es otra cosa que la cantidad que debe satisfacer la Autoridad Portuaria, normalmente terceros, para erigir el mismo, debiendo incluirse igualmente en ese concepto, por expresa previsión de la norma aplicable, todos los gastos que deban ser objeto de capitalización a efectos de determinar el precio de adquisición del bien de acuerdo con la normativa contable. La fijación de ese coste de construcción es independiente del hecho de que la Autoridad Portuaria, para sufragar una parte del mismo, haya podido percibir una subvención comunitaria que, en modo alguno, ni puede ni debe descontarse de ese coste de construcción para determinar el valor del bien. Ese coste, con el único añadido de los gastos de capitalización a los que se refiere el precepto, constituye el valor del bien y, en definitiva, la base imponible de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario. Si verdaderamente se hubiera querido descontar de ese coste el importe de la subvención recibida para financiar su construcción, se hubiese dicho, al igual que se quiso añadir al mismo los gastos de capitalización indicados.

El artículo 10.3.c).2 del anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 48/2003 conduce también, como se indica en el proyecto de informe, a la misma conclusión, al señalar que, si se trata de un bien construido a cargo de la Autoridad Portuaria y desde la fecha de recepción no han transcurrido más de cinco años, deberá considerarse como valor inicial del bien el coste total de la inversión, sin que se haga matización alguna acerca del carácter subvencionable de la inversión y menos todavía sobre la necesidad de descontar, en este caso, el importe de la subvención del coste total de la inversión, como hubiera sido lo procedente si se pretendiera deducir del coste total de la inversión el importe de la subvención para fijar así el valor inicial del bien y base imponible de la tasa de ocupación.

Si se examina la cuestión desde una perspectiva puramente contable la conclusión es la misma. En este sentido, el Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre (BOE de 20 de noviembre), es claro al respecto cuando, por ejemplo, en su Segunda Parte dedicada a las Normas de Registro y Valoración, más concretamente, cuando se refiere al Inmovilizado material (2ª.1) y a su valoración inicial, señala que "los bienes comprendidos en el inmovilizado material se valorarán por su coste, ya sea éste el precio de adquisición o el coste de producción. Es más, la propia norma añade que en los inmovilizados que necesiten un periodo de tiempo superior a un año para estar en condiciones de uso se incluirán en el precio de adquisición o coste de producción los gastos financieros que se hayan devengado antes de la puesta en condiciones de funcionamiento del inmovilizado material y que hayan sido girados por el proveedor o correspondan a préstamos u otro tipo de financiación ajena, específica o genérica, directamente atribuible a la adquisición, fabricación o construcción.

De acuerdo con ello, no es que no sea posible restar una posible financiación ajena, como una subvención, sino que habría que incluir en el coste de producción los posibles gastos financieros devengados antes de la puesta en condiciones de funcionamiento de ese inmovilizado material y derivados de una posible financiación ajena.

La Norma 3ª del referido Plan General da unas normas precisas en relación con determinados bienes del inmovilizado material y, al referirse, en su apartado b), a las Construcciones, dice:

"Construcciones: Su precio de adquisición o coste de construcción estará formado, además de por todas aquellas instalaciones y elementos que tengan carácter de permanencia, por las tasas inherentes a la construcción y los honorarios facultativos de proyecto y dirección de obra. Deberá valorarse por separado el valor del terreno y el de los edificios y otras construcciones"

Por último, la Norma 18 relativa a las Subvenciones, donaciones y legados no reintegrables señala que se contabilizarán inicialmente, con carácter general, como ingresos directamente imputados al patrimonio neto y se reconocerán en la cuenta de pérdidas y ganancias como ingresos sobre una base sistemática y racional de forma correlacionada con los gastos derivados de la subvención, donación o legado.

El hecho de que la construcción de un inmueble se haya financiado con una subvención no obsta, por tanto, para que aparezca valorado contablemente con arreglo a las normas de valoración del inmovilizado material. La existencia de una subvención para la construcción del inmueble no afecta en absoluto al valor del mismo. La Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, de 30 de julio de 2001 (BOE de 18 de enero de 1992), por la que se dictan normas de valoración del inmovilizado material y que no se ha visto afectada por la aprobación del nuevo Plan General Contable del año 2007, mantiene esa línea.

A mayor abundamiento y compartiendo también en este punto la opinión del Abogado del Estado consultante, de la normativa portuaria antes citada se deduce que la tasa que el usuario ha de satisfacer debe ser una cantidad tal que, a la extinción de la vida útil del bien, que coincide con la extensión máxima de las concesiones portuarias (35 años), permita a la Autoridad Portuaria recuperar la inversión realizada, para lo que es esencial partir siempre del

coste de la construcción, sin que pueda descontarse del mismo el importe de una subvención que en parte haya servido para financiar la misma, no autorizado, como se ha visto, por norma contable alguna y que, de generalizarse y mantenerse en el tiempo para todo el inmovilizado portuario, podría determinar una infraamortización que, en años posteriores, podría comprometer, a su vez, la autosuficiencia económica exigida por Ley de las Autoridades Portuarias.

En todo caso, la cuestión suscitada en el proyecto de informe tiene que ver con el método de cálculo de uno de los criterios determinantes de valoración de las obras e instalaciones construidas por las Autoridades Portuarias, regulados en la Orden 818/2004, del Ministerio de Fomento, dictado, como se ha dicho, en desarrollo del artículo 19.2.c.2º) de la Ley 48/2003, por lo que sólo una modificación de esa Orden acogiendo la solución propuesta podría permitir que, para el cálculo del coste de construcción, se pudiera descontar el importe de la subvención.

Idéntica sería la solución si, igualmente, se quisieran alterar las reglas de amortización del inmovilizado portuario, lo que requeriría previamente la oportuna modificación de la normativa reguladora del mismo.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El valor de un bien construido por la Autoridad Portuaria a los efectos de determinar la base imponible de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario a que se refiere el artículo 19.3.c) de la Ley 48/2003 y desarrollado en el artículo 1.2.a) de la Orden 818/2004, del Ministerio de Fomento, siempre que no hayan transcurrido más de cinco años desde la fecha de recepción, está constituido por el coste de construcción, con inclusión de los gastos de capitalización a efectos de determinar el precio de adquisición del bien de acuerdo con la normativa contable, sin que pueda descontarse del mismo el importe de una subvención comunitaria que haya financiado en parte la construcción de ese bien.

**Segunda.-** Cualquier alteración de ese criterio de determinación del valor contenido en la Orden citada, así como de los criterios de amortización aplicables al inmovilizado portuario, exigiría la oportuna modificación de esa Orden.



## **158.- Informe sobre las diversas situaciones que pueden originarse tras las sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999.**

### **Resumen**

Análisis de las diversas situaciones que pueden originarse tras las sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inconstitucionalidad de los apartados 1 y 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999. Desembocaron en la elaboración de la Circular 9/09, de 31 de julio, de la Abogacía General del Estado y su Addenda de 8 de octubre siguiente, que se reproducen a continuación.

**Ref:** A.G. ENTES PÚBLICOS 106/09

**Ponentes:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

CIRCULAR 9/09 DE LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO SOBRE ACTUACIONES A SEGUIR ANTE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARAN INCONSTITUCIONAL Y NULA LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGESIMACUARTA DE LA LEY 5511999, DE 29 DE DICIEMBRE

El Tribunal Constitucional, en tres sentencias recientes –sentencias números 116/2009, de 18 de mayo; 146/2009, de 15 de junio; y 161/2009, de 29 de junio, las dos primeras publicadas en los suplementos del BOE de 20 de junio y 17 de julio de 2009, y la tercera en el suplemento del BOE de 28 de julio de 2009– ha declarado la inconstitucionalidad de diversos apartados de la disposición adicional trigésimocuarta de la Ley 65/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, tanto del apartado primero, en su redacción original (sentencia de 18 de mayo de 2009) y en la redacción que le dio a ese mismo apartado la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre (sentencia de 15 de junio de 2009), como, por último, del apartado segundo de la citada disposición adicional en la redacción dada al mismo por la Ley 14/2000 (sentencia de 29 de junio de 2009). La disposición adicional de referencia regula el mecanismo de la “refacturación” o nueva liquidación de las tarifas por servicios portuarios cuando éstas hubiesen sido anuladas por sentencia firme.

Con independencia de que las sentencias citadas planteen otras cuestiones y sean susceptibles de analizarse desde muchas perspectivas (así el planteamiento de las cuestiones se realizó en consideración al artículo 24 de la Constitución y se resuelve aplicando el artículo 9.3 de la misma, sin que sobre este extremo se hubiese alegado en el proceso constitucional), lo cierto es que afectan de modo intenso a dos cuestiones: por un lado, a la financiación de /as Autoridades Portuarias, puesto que, obviamente, estas sentencias serán invocadas por los usuarios de servicios que hubiesen pagado, a fin de obtener anulaciones, reintegros y devoluciones de tarifas pagadas, y, por otro lado, al curso de la masiva litigiosidad que existe en materia de recursos contra refacturaciones que se ve, en gran medida, llamada a concluir con sentencias desfavorables, a la vista de la inconstitucionalidad de las normas que fundamentaban la refacturación,

Pues bien, con el fin de orientar la actuación tanto de las Autoridades Portuarias como de los Abogados del Estado encargados de su asesoramiento y defensa en juicio y para minimizar lo más posible los efectos negativos de esos pronunciamientos, se ha considerado conveniente la elaboración de esta Circular en la que se analizan las diversas y previsibles situaciones que pueden producirse a raíz de las sentencias del Tribunal Constitucional, dando unas pautas precisas y unitarias que sirvan para dar una respuesta fundada en Derecho a las diversas pretensiones que se ejerciten por los usuarios.

Para centrar convenientemente el tema es muy importante determinar el sentido de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, dada las diversas redacciones que ha tenido la disposición adicional trigésimocuarta de la Ley 55/1999.

La primera de esas sentencias, la de 18 de mayo de 2009, declara la inconstitucionalidad y nulidad del apartado primero de la disposición adicional trigesimocuarta de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su primitiva redacción.

El apartado primero, párrafo primero, de la citada disposición adicional trigesimocuarta establece que “en los supuestos en que, por sentencias judiciales firmes, se declare la nulidad de liquidaciones de tarifas por servicios portuarios efectivamente prestados a los usuarios por las antiguas Juntas de Puertos, Puertos Autónomos y Comisión Administrativa de Grupos de Puertos con arreglo a la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, modificada por la Ley 18/1985, de 1 de julio, como consecuencia de la declaración de nulidad de las disposiciones que establecieron sus cuantías, las Autoridades Portuarias practicarán nuevas liquidaciones previa audiencia de los interesados y sin perjuicio de la ejecución de las sentencias en sus propios términos”; a continuación, desarrolla los elementos esenciales de esas tarifas.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 146/2009, de 15 de junio, por idénticas razones declaró inconstitucional y nulo el apartado primero de la disposición adicional trigesimocuarta, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

La diferencia con el apartado anterior se encuentra en los párrafos segundo y tercero de ese apartado primero, donde se admite expresamente la compensación que proceda por la cuantía del crédito reconocido a favor del deudor con el crédito derivado de la nueva liquidación practicada por la Autoridad Portuaria en sustitución de la anulada.

Por último, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 161/2009, de 29 de junio de 2009, declaró inconstitucional y nulo el apartado segundo de la disposición adicional trigesimocuarta de la Ley 55/1999, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre.

El apartado segundo de esa disposición, en la redacción citada, se refiere a las liquidaciones giradas a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/1992 de 24 de noviembre, y dispone textualmente, en su párrafo primero, que “las tarifas por los servicios prestados a los usuarios por las Autoridades Portuarias con arreglo a las órdenes ministeriales sobre tarifas por servicios portuarios dictadas tras la vigencia de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y antes o después de su modificación por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, cuyas liquidaciones sean anuladas por sentencias judiciales firmes como consecuencia de la declaración de nulidad de dichas órdenes, serán nuevamente exigidas a los usuarios que hayan recibido los correspondientes servicios, mediante la práctica de nuevas liquidaciones, previa audiencia de aquéllos y sin perjuicio del cumplimiento y ejecución de las respectivas sentencias”; a continuación, admite también la compensación en los términos anteriormente expuestos, desarrollando, igualmente, los elementos de las tarifas.

Aunque es previsible que se pueda suscitar, no hay constancia de que se haya planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto al apartado segundo de la disposición adicional trigesimocuarta de la Ley 55/1999, en la redacción última de la misma, la que le dio la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, por lo que, en puridad, deberá realizarse la oposición oportuna en vía contencioso-administrativa en los recursos contra refacturaciones giradas en aplicación de la misma.

Una vez delimitado con precisión el sentido y alcance exacto de las sentencias del Tribunal Constitucional, la primera tarea a realizar por el órgano encargado de dar cumplimiento a las sentencias estimatorias que se dicten, en aplicación de las sentencias del Tribunal Constitucional, es la verificación exacta de la norma en cuya virtud se hayan dictado las refacturaciones origen del recurso de que se trate.

Una vez hecho esto y constatada la aplicación de la disposición adicional trigesimocuarta, apartados primero y segundo, en la redacción originaria y en la que les dio la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, se pueden plantear las siguientes situaciones:

- 1) Refacturaciones practicadas por las Autoridades Portuarias de acuerdo con los diversos apartados de dicha disposición adicional e impugnadas oportunamente y que se encuentren pendientes, en este momento, de sentencia del respectivo Tribunal Contencioso-Administrativo (podría haber alguna pendiente de resolución ante un Tribunal Económico-Administrativo)

Si se trata de recursos contenciosos pendientes de contestación a la demanda por parte del Abogado del Estado, lo más correcto, una vez verificada la aplicación de la disposición declarada inconstitucional y nula y previa la autorización de este Centro Directivo (singular o incluso general), sería allanarse al recurso formulado, aunque dejando claro en ese escrito que ello no supone renuncia alguna a los derechos económicos que sobre la relación jurídica originaria pudiera ostentar la Autoridad Portuaria, al haberse prestado en todo caso el servicio, y que se hará valer oportunamente, tal y como se indicará más adelante.

Si se trata de recursos contenciosos ya contestados, se ha tenido conocimiento de que algunos Tribunales Contencioso-Administrativos han dado traslado a las Abogacías del Estado de escritos de la parte contraria para alegar –con breves plazos preclusivos– acerca de la incidencia de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la resolución de los recursos. En estos casos se debería evacuar el trámite en la forma que se considere más oportuna para, sin allanarse, poner de manifiesto al Tribunal la falta de temeridad procesal del representante de la Administración, solicitando incluso, si se tratase de escritos de conclusiones, que se dicte la sentencia que proceda conforme a Derecho. Se cuidará igualmente de indicar que ello no supone renuncia alguna a los derechos económicos que sobre la relación jurídica originaria pudiera ostentar la Autoridad Portuaria.

Si llega el momento de dictar sentencia, lo más normal será que el Tribunal estime el recurso formulado, anulando la refacturación y ordenando la devolución del principal y de los intereses de demora. Una vez que sea firme la sentencia (no es previsible ni aconsejable, en este caso, la formulación de un recurso de casación, si hubiera lugar a él), y se reciba la misma por la Autoridad Portuaria, no habrá más remedio que, en ejecución de sentencia, devolver el importe de la liquidación practicada con sus intereses. A idéntica conclusión, habría de llegarse, como es obvio, si la sentencia estimatoria procede del Tribunal Supremo resolviendo un recurso de casación o si se trata de una sentencia del mismo Tribunal confirmando el fallo anulatorio de la Sala de Instancia.

La solución debe ser la misma si, en vez de tratarse de una sentencia firme, se tratase de una resolución firme estimatoria de un Tribunal Económico-Administrativo, ordenando la devolución del principal e intereses.

- 2) Refacturaciones practicadas en su momento e impugnadas en vía contencioso-administrativa, con sentencias firmes estimatorias, anulando la refacturación y ordenando la devolución del principal e intereses y que, a día de hoy, no estén todavía ejecutadas

Puede ocurrir, no obstante, que, a día de hoy, existan sentencias firmes estimatorias, que hayan anulado las nuevas liquidaciones practicadas vía refacturación, aunque no hayan tomado por base, por razones obvias, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la disposición adicional trigesimocuarta y que, por las razones que fuesen, no hubiesen sido ejecutadas en el plazo de dos meses señalado en el artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa desde la comunicación del fallo por parte del Tribunal.

En este caso, la parte recurrente podría promover incidente, solicitando la ejecución de la sentencia y la devolución del principal e intereses dentro, en principio, del plazo de cinco años que establece el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, no puede perderse de vista que se trata de una sentencia firme que reconoce el derecho a la devolución de un ingreso indebido tributario (las tarifas tienen la naturaleza de tributos según el fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 2005, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 27/1992) con sus intereses, que es el supuesto recogido en el artículo 221.2. de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), por lo que habría que tener en cuenta y aplicar con preferencia, a efectos de la obtención de la citada devolución, el plazo de prescripción de cuatro años del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos que establece el artículo 66.d) de la LGT, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo donde se reconozca el derecho a percibir la devolución o, si se quiere, a la recepción del testimonio firme de la sentencia que así lo declare (artículo 67.1, último párrafo, de la LGT), de acuerdo también con lo prevenido en el citado artículo 221.2 de dicho texto legal, en los artículos 15.1.c) y 20 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, de revisión en vía administrativa, y 131 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

- 3) Refacturaciones pendientes tras una sentencia anulatoria de una liquidación originaria por tarifas, con obligación de devolver el principal e intereses ingresados

Si, por las razones que fuesen, una sentencia anulatoria de una liquidación originaria, con obligación de devolver el principal e intereses, no hubiera sido

ejecutada, mediante la fórmula de la refacturación, no es posible ya, por razones obvias, hacerlo, y lo que procedería es devolver el principal y los intereses, siendo aplicable en todo caso, desde la perspectiva del obligado, el plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución de un ingreso indebido tributario a que se ha hecho mención anteriormente.

- 4) Refacturaciones giradas en su momento, de acuerdo con los diversos apartados anulados de la disposición adicional 34a, por las Autoridades Portuarias e impugnadas oportunamente por los usuarios, habiéndose dictado sentencia firme confirmatoria, con efectos de cosa Juzgada, de las nuevas liquidaciones

Estas liquidaciones derivadas de la refacturación, confirmadas por sentencia judicial firme, no podrían revisarse en modo alguno, de acuerdo con el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 15 de julio y 30 de septiembre de 2000, 29 de marzo y 30 de marzo de 2007, 22 de abril de 2008, etc.), a los usuarios sólo les quedaría abierta la posibilidad de iniciar una acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el plazo de un año desde la publicación de las respectivas sentencias del Tribunal Constitucional, aunque estaría condenada al fracaso a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador con motivo de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 27/1992 (sentencia del Tribunal Constitucional 20 de abril de 2005) en la que se desestima dicha pretensión al no existir daño indemnizable, pues el servicio se prestó y tiene que ser retribuido (sentencias de 26 de febrero y 23 de marzo de 2008 y 23 de marzo de 2009, entre otras). La reclamación pertinente, según reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias de 15 de julio de 1987 y 30 de noviembre de 1992, entre otras), debe ser presentada ante el Consejo de Ministros, único competente para resolverla, por lo que, si se presentase ante la Autoridad Portuaria, está deberá remitirla a Puertos del Estado para que por este ente se encauce oportunamente la misma.

- 5) Refacturaciones giradas por las Autoridades Portuarias, que no fueron objeto de impugnación alguna y que son consentidas y firmes

Lo primero que debe indicarse es que, en este caso, no cabe el reconocimiento de devolución alguna a favor de los usuarios. No obstante, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo a la que se ha hecho mención en el apartado anterior, los usuarios podrían pensar

en la existencia de dos vías para conseguir la devolución de las cantidades ingresadas, a saber:

5.1) El ejercicio de la acción de nulidad del artículo 102 de la Ley 30/1992,

El ejercicio de esa acción de nulidad tomaría por base, lo cual no deja de ser discutible, el hecho de que la nulidad de los diversos apartados de la disposición adicional trigesimocuarta, declarada en esas sentencias por el Tribunal Constitucional, se ha trasladado también a los actos de aplicación de la misma.

Este criterio rompe la que, desde siempre, fue doctrina uniforme del Tribunal Supremo acerca de la imposibilidad de que pueda predicarse la nulidad de los actos administrativos dictados al amparo de una disposición declarada nula, a no ser que concurra en los mismos alguna de las causas de nulidad de pleno derecho establecidas en la Ley (artículo 153 de la Ley General Tributaria de 1963, hoy artículo 217 de la vigente LGT que, pudiendo haber incluido este motivo de nulidad, no lo ha hecho) y encontraba su fundamento en los artículos 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en el artículo 102,4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y en el artículo 73 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, admitiendo la iniciación de esta vía por los usuarios, la prosperabilidad de la misma tendría como límite el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, como ha reconocido la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 2009, en un caso en que el precisamente se invocaba que los actos de gestión tributaria dictados al amparo de una norma declarada inconstitucional (la Ley 5/1990, que crea el gravamen complementario de la tasa del juego) estaban incurso en motivo de nulidad de pleno derecho.

Es más, el mismo Tribunal Constitucional equipara en dicha sentencia, a efectos de una posible revisabilidad de los actos administrativos nulos, lo que denomina situaciones consolidadas, englobando dentro de ellas no sólo las decididas por sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), sino también las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes (sentencias 45/1989, 146/1994,84/2008), lo que, en puridad, podría determinar que se replantease la doctrina del Tribunal Supremo que, para los casos del artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, únicamente admite la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo, desestimando la misma por no existir lesión.

En todo caso, dado el carácter tributario de las tarifas, la competencia para acordar la revisión de oficio de esas liquidaciones correspondería siempre al Ministro de Economía y Hacienda, de conformidad con el artículo 217.5 de la LGT y de acuerdo con las previsiones procedimentales de este precepto, por lo que la correspondiente solicitud del interesado instando la revisión de oficio de la nueva liquidación girada –vía refacturación– debería remitirse por las Autoridades Portuarias, a través de Puertos, al Ministerio de Economía y Hacienda.

Por último, es importante resaltar que la revisión de oficio no podría ampararse en el supuesto de nulidad de pleno derecho que establece el apartado a) del artículo 217.1 de la LGT, es decir, tratarse de actos que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, pues las sentencias del Tribunal Constitucional que servirían de base a esa pretensión no han declarado la nulidad de los apartados correspondientes de la disposición adicional trigesimocuarta porque lesionaran alguno de esos derechos y libertades, sino, lo que es distinto, por vulneración del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución.

5.2) La solicitud de devolución de ingresos indebidos, al amparo de la LGT.

Lo primero que hay que señalar es que para que pueda acordarse la devolución de un ingreso indebido tributario (salvo que se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 221.1 de la LGT y que permitiría incoar directamente un procedimiento para el reconocimiento

del derecho a la devolución –artículo 17 del Real Decreto 520/2005–, lo que no es del caso) es preciso que se acuerde previamente la revisión del acto administrativo de que se trate por alguno de los medios de revisión previstos legalmente (revisión de oficio, recurso potestativo de reposición, reclamación económico-administrativa o resolución judicial), siendo, por tanto, la devolución de ingresos la consecuencia final de una revisión previamente acordada (en este sentido, artículo 15, apartados lb) y e), del citado Real Decreto). En consecuencia, habría que denegar cualquier pretensión autónoma de devolución de ingresos indebidos.

Por otro lado, en el peor de los casos, el plazo de prescripción de cuatro años para solicitar la devolución del ingreso indebido del actual artículo 66.c) de la LGT/2003 empezarla a contarse, no desde la fecha de la publicación de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de los diversos apartados de esa disposición adicional trigesimocuarta, sino desde la fecha del ingreso, como se ha encargado de señalar el Tribunal Supremo (sentencia de 18 de enero de 2005, resolviendo un recurso de casación en interés de ley, y sentencias de 27 de marzo y 8 de octubre de 2007).

El acuerdo denegatorio de esa devolución de ingresos indebidos corresponde adoptarlo a la respectiva Autoridad Portuaria y contra su decisión cabría recurso de reposición y reclamación económico-administrativa (artículo 221.6 de la LGT).

- 6) La vía del incidente de ejecución de sentencia en los recursos formulados en su momento contra las liquidaciones originarias, en los que se dictó fallo estimatorio, anulando la liquidación con devolución del principal e intereses de demora, una vez practicada la refacturación

Las sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de mayo, 15 y 29 de junio de 2009, que declararon inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 de la disposición adicional trigesimocuarta, en su redacción originaria y en la que le dio la Ley 14/2000, podrían hacer pensar también a los usuarios que obtuvieron, en su momento, una sentencia firme anulatoria de las liquidaciones originarias con la subsiguiente condena de la Autoridad Portuaria a la devolución del principal ingresado más los intereses legales, en otra vía para conseguir la devolución definitiva de las cantidades ingresadas en concepto de tarifas portuarias.

En efecto, como se ha dicho, las Autoridades Portuarias, en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional de continua referencia, volvieron a practicar nuevas liquidaciones, previa audiencia de los interesados, acordando la compensación que procediese por la cuantía del crédito reconocido a favor del deudor en el expediente de devolución de ingresos indebidos incoado a raíz de la recepción de la sentencia firme anulatoria de las liquidaciones. En bastantes ocasiones, de acuerdo con el parecer de este Centro Directivo (Informe de 7 de febrero de 2006, ref. Entes Públicos 4/06), a pesar de que la sentencia ordenaba también la devolución de los intereses legales, no se acordaba la devolución de estos últimos.

Pues bien, esa refacturación por parte de las Autoridades Portuarias ha podido determinar que los usuarios reaccionaran de dos formas distintas:

- 1) La mayor parte de ellos, según la información de que este dispone este Centro Directivo, mostraron su desacuerdo con el acto de refacturación practicado, formulando contra el mismo la oportuna reclamación económico-administrativa ante el respectivo Tribunal Económico-Administrativo Regional (con una segunda instancia, en su caso, ante el Tribunal Económico-Administrativo Central) y luego recurso contencioso-administrativo, recurso en el que discutían especialmente la constitucionalidad de la disposición adicional de continua referencia. Los resultados de esas impugnaciones han sido variados. Así, existen sentencias, como la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de octubre de 2007, que confirma las liquidaciones giradas en aplicación de la disposición adicional trigesimocuarta, en la redacción dada por la Ley 14/2000, Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, ha dictado, a lo largo de 2008, numerosas sentencias en las que anula las liquidaciones giradas en sustitución de las anuladas y luego compensadas y

decretando la devolución de los importes controvertidos más los intereses legales correspondientes (por todas, sentencia de 25 de enero de 2008).

Pues bien, con independencia de las consecuencias derivadas de esas sentencias, sobre todo en el caso de que el fallo haya sido estimatoria, con la consiguiente devolución del principal más los intereses, parece obvio, por lo que aquí importa, que el camino para oponerse a esa refacturación practicada en aplicación de la disposición adicional trigesimocuarta no era otro que la impugnación autónoma de la misma y esperar a la decisión definitiva del Tribunal Contencioso-Administrativo. En consecuencia, puede sostenerse con fundamento que, aunque la refacturación practicada vía compensación se efectuó en ejecución de la sentencia anulatoria de la liquidación originaria, se está planteando un problema de más calado que la simple ejecución de un fallo y que no es otro que el de la sustitución de esa liquidación anulada por otra nueva por el mismo importe y la compensación con el crédito a favor del recurrente derivado de la sentencia. Se trata de una cuestión nueva que va más allá de lo que estrictamente es la ejecución del fallo y de ahí que se hayan formulado con total normalidad recursos autónomos contra esa refacturación.

2) Aunque no se tiene constancia oficial de ello, algunos interesados han podido acudir, contra la refacturación en la que no se han reconocido intereses legales derivados de la devolución, al planteamiento del oportuno incidente de ejecución de sentencia ante el Tribunal Contencioso-Administrativo.

Si se ha admitido a trámite el incidente y el Tribunal ha resuelto sobre el particular con carácter firme, habrá que estar a su decisión.

En algunos casos, los interesados, conscientes de que han recibido un servicio sin pagar nada a cambio, aceptando la refacturación, han planteado únicamente ante el Tribunal Contencioso-Administrativo, vía incidente de ejecución y dentro del plazo de caducidad procesal de cinco años que establece el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cuestión relativa al abono de los intereses. Por tanto, el Tribunal ha resuelto o resolverá, por propia decisión del recurrente, sobre este exclusivo extremo, en el sentido que sea, cuyo pronunciamiento habrá que aceptar cuando sea firme.

Por tanto, y a los efectos prevenidos en el artículo 109 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, puede decirse que la sentencia, en el aspecto esencial de la refacturación, ha sido ejecutada en su totalidad. Esta parte del acuerdo impugnado es firme y no sería procedente, al socaire de las sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de mayo, 15 y 29 de junio de 2009, pretender, a través de un incidente de ejecución, la devolución material del ingreso (el días a quo del plazo de prescripción, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo antes citada, sería, en todo caso, el de la fecha del ingreso), pues el interesado se aquietó ante la refacturación, no formulando una impugnación autónoma ni promoviendo el oportuno incidente del artículo 109 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Su situación, en este sentido, es idéntica a la de aquellos usuarios que consintieron las refacturaciones practicadas desde el primer momento, sin formular recurso alguno y a los que les resulta aplicable lo dispuesto en el apartado 5) de esta Circular.

Para la aplicación de las previsiones del artículo 109 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que permite a las partes afectadas por el fallo promover un incidente de ejecución “mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia”, dejando abierta esta posibilidad hasta que se produzca la total ejecución, hay que partir siempre de la existencia de un fallo firme que la Administración debe cumplir en su integridad. En el presente caso, la forma en que las Autoridades Portuarias cumplen el fallo en su integridad, le guste o no al interesado, ha sido con la aplicación de la disposición adicional trigesimocuarta y la práctica de una nueva liquidación, con o sin intereses.

Lo correcto, como se ha dicho, era formular, una impugnación autónoma y estar a la decisión final del Tribunal. Si, por el contrario, no se acude a esta vía y se pretende que el Tribunal Contencioso-Administrativo resuelva, vía incidente de ejecución, habrá que estarse

de nuevo a lo que decida por auto el Tribunal, pero si no se hace nada o sólo se discute en ese incidente el abono de los intereses, al margen de la decisión que pueda tomarse respecto a este último tema, puede decirse que la refacturación practicada se ha consentido y es firme, no pudiendo abrirse un incidente de ejecución para conseguir la devolución del ingreso, aunque se haya declarado inconstitucional la disposición adicional trigesimocuarta que servía de base a las refacturaciones, debiendo seguirse, en su caso, las vías a las que se refiere el punto 5) de la presente Circular. Los Abogados del Estado deberán oponerse en consecuencia a cualquier intento de conseguir la devolución de ingresos por esta vía,

7) Posible ejercicio futuro de una acción civil de enriquecimiento injusto

Aunque no se trate en sentido propio de una situación derivada de los fallos del Tribunal Constitucional, y a pesar de lo indicado en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico 4 de la primera de las sentencias (sentencia de 18 de mayo de 2009) en el que se analiza si el enriquecimiento injusto de los usuarios podría considerarse un interés general relevante que permita dotar de eficacia retroactiva a la norma, a lo que el Alto Tribunal responde negativamente, y de que la disposición adicional trigesimocuarta, al posibilitar la refacturación, ha tratado de impedir precisamente ese enriquecimiento injusto, podría pensarse, en los casos en lo que ya se haya acordado la devolución, en el ejercicio de una acción civil de enriquecimiento.

En efecto, las sentencias del Tribunal Constitucional no afectan al Código Civil ni a los principios generales del derecho. No se puede desconocer, al margen del vehículo normativo ideado para evitar ese enriquecimiento y de su retroactividad, censurada por el Alto Tribunal en su fallo, que el servicio se ha prestado y éste, al acordarse la devolución de la tarifa, no se ha retribuido, por lo que no sería descabellado intentar el ejercicio autónomo de una acción civil de enriquecimiento, de la que existe algún precedente en estos casos, apoyándose incluso en la doctrina del Tribunal Supremo en los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado legislador y en la doctrina del Consejo de Estado plasmada en su dictamen de 18 de febrero de 1999.

Sobre esa base y para el caso de que este Centro Directivo considerase oportuno la formulación de esa demanda civil, autorizando singularmente al Abogado del Estado para su interposición, se deberá ser extremadamente cuidadoso en los posibles allanamientos o desistimientos en los recursos en trámite, autorizados o que se autoricen por la Subdirección de los Servicios Contenciosos, evitando que ello pueda entenderse como una renuncia a los derechos que ostentan las Autoridades Portuarias frente a los sujetos pasivos de las tarifas, que obtienen la anulación de una liquidación por insuficiencia de rango de la norma que las establece, pero que han recibido un servicio prestado por las autoridades portuarias. Por consiguiente, hay que evitar que los posibles allanamientos o desistimientos de recursos puedan ser interpretados o utilizados como un desconocimiento de la relación claramente sinalagmática y que fundamenta la existencia de las tarifas portuarias.

Aunque se ha tratado de dar respuesta a las situaciones que con más frecuencia pueden darse, si surgiera alguna no tratada en esta Circular, lo más razonable sería que las Autoridades Portuarias formularan la oportuna consulta al Abogado del Estado Coordinador respectivo y éste, en todo caso, a esta Abogacía General del Estado a fin, de mantener la unidad de doctrina sobre el particular.

Por último se recomienda que las Autoridades Portuarias lleven un registro específico de todas las reclamaciones, recursos e incidencias derivadas de la invocación de las sentencias del Tribunal Constitucional a las que se ha hecho mención, que permita un seguimiento preciso de las mismas por parte de Puertos del Estado, las Abogacías del Estado respectivas y este Centro Directivo.

ADDENDA A LA CIRCULAR 9/2009 DE LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO SOBRE ACTUACIONES A SEGUIR ANTE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARAN INCONSTITUCIONAL Y NULA LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGESIMACUARTA DE LA LEY 55/1999, DE 29 DE DICIEMBRE



La disposición final segunda de la Ley 2512006, de 17 de julio, modificó el apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social que, en su primer párrafo, por lo que en este momento importa, queda redactado en el siguiente sentido:

“En los supuestos en que, por sentencias judiciales firmes, se declare la nulidad de liquidaciones de tarifas practicadas por las Autoridades Portuarias tras la entrada en vigor de la Ley 27/1992 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003, como consecuencia de la nulidad de las disposiciones que les servían de cobertura, éstas serán exigidas nuevamente por la Autoridad Portuaria a partir de la entrada en vigor de esta disposición, debiendo procederse a la práctica de una nueva liquidación, previa audiencia del interesado, de conformidad con lo determinado en esta disposición y sin perjuicio del cumplimiento y ejecución de las respectivas sentencias “

Acto seguido, se establece expresamente la consideración de las tarifas devengadas conforme a lo previsto en el párrafo anterior como tasas, así como la compensación de oficio que proceda por la cuantía del crédito correspondiente al deudor, pudiendo disminuir en la nueva liquidación la cantidad previamente ingresada. Igualmente, como en normas precedentes, se regulan los elementos esenciales y otros aspectos relacionados con la tasa en cuestión.

Pues bien, el apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción dada por la Ley 25/2006, en la actualidad sigue vigente y debería, por ende, a partir de su entrada en vigor – lo que tuvo lugar el 19 de julio de 2006– ser aplicado por todas las Autoridades Portuarias que, desde esa fecha recibiesen el testimonio de una sentencia judicial firme que declare la nulidad de una liquidación de tarifas practicada desde la entrada en vigor de la Ley 27/1992 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003. Dichas Autoridades están obligadas a aplicar las normas legales vigentes, mientras no se decreta su inconstitucionalidad y nulidad, con la consiguiente expulsión de las mismas del ordenamiento jurídico. Por otro lado, teniendo la norma mencionada un evidente componente tributario, el principio general de indisponibilidad del crédito tributario hace de todo punto inviable su inaplicación por lo que ello pudiera suponer de mena de los derechos económicos de los entes públicos.

Ahora bien, las anteriores aseveraciones, a juicio de esta Abogacía General del Estado, no pueden mantenerse, teniendo en cuenta una circunstancia de especial trascendencia producida muy recientemente.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en tres importantes sentencias (una de ellas, la última, referida expresamente al apartado 2 de la disposición adicional trigésimocuarta, en la penúltima redacción dada al mismo por la Ley 14/2000) ha declarado inconstitucionales y nulos diversos apartados de esa disposición, más en concreto, el diseño del sistema de refacturación consagrado en los mismos. Las sentencias 116/2009, de 18 de mayo, 146/2006, de 15 de junio y 161/2009, de 29 de junio, han declarado la inconstitucionalidad de diversos apartados de esa disposición, tanto del apartado primero, en su redacción originaria, de ese mismo apartado en la redacción que le dio al mismo la Ley 14/2000, y, por último, del apartado segundo, en la redacción dada al mismo también por la Ley 14/2000.

Las citadas sentencias son consecuencia del planteamiento de sendas cuestiones de inconstitucionalidad por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En pocas palabras, el Tribunal Constitucional anula los diversos apartados de dicha disposición adicional por vulneración del artículo 9.3 CE, toda vez que, en su opinión, la norma cuestionada establece la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, dotándola de una retroactividad auténtica, sin que concurren exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes”

para añadir:

“En efecto, en cuanto a la naturaleza jurídica de las tarifas portuarias, y específicamente las reguladas en la norma ahora cuestionada, es doctrina reiterada de este Tribunal que deben conceptuarse como prestaciones patrimoniales de carácter público, en el sentido del art. 31.3 CE. Así lo ha confirmado este Tribunal en la STC 6312003, de 27 de marzo, al declarar inconstitucional el ya citado art. 9 de la Ley 1/1966 (F. 5), y lo ha reiterado posteriormente en las SSTC 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo, al declarar inconstitucionales, el también citado art. 70, apartados 1 y 2 de la Ley 27/1992, en su redacción originaria (FF. 5 y 6) y en la modificada por la Ley 62/1997 (F. 7), respectivamente. Por tanto, es indubitado que a la norma cuestionada le resulta de aplicación la doctrina ya señalada sobre la incidencia en el art. 9.3 CE de los supuestos de eficacia retroactiva de normas legales sobre prestaciones patrimoniales de carácter público.

Asimismo, cabe concluir que la norma cuya constitucionalidad se cuestiona configura un supuesto de lo que se denomina retroactividad auténtica, toda vez que, tomando como presupuesto y excusa la anulación judicial de las liquidaciones practicadas por haberse declarado nulas las disposiciones que establecieron sus cuantías, habilita la práctica de nuevas liquidaciones, estableciendo la cuantificación de las tarifas a aplicar en relación con supuestos de hecho que no sólo habían sido ya realizados en su integridad y estaban plenamente agotados al amparo de una legislación anterior, sino que incluso habían sido ya objeto de liquidación conforme a esa legislación y sometida dicha liquidación a control de legalidad por los órganos judiciales competentes, lo que implica una actuación legislativa que no era razonablemente previsible para los agentes destinatarios de la norma, dañando la confianza con la que desarrolló su actividad económica. Por tanto, habida cuenta del alcance retroactivo que contiene la norma cuestionada, su legitimidad constitucional sólo podría ser apreciada si existen exigencias cualificadas del bien común que puedan resultar prevalentes.

En el presente caso, sin embargo, tampoco cabe apreciar que concurren especiales circunstancias de interés general que resulten prevalentes a las exigencias derivadas de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad. El Abogado del Estado hace especial incidencia en que la finalidad de la norma era asegurar que se pague el servicio portuario por quien lo recibió y se lucró con él, impidiendo así su enriquecimiento injustificado. Ello no se puede considerar que sea un argumento relevante para apreciar la concurrencia de un interés general en dotar de eficacia retroactiva a la norma cuestionada. Al tener estas tarifas el carácter de prestaciones patrimoniales de carácter público, sólo cabría hablar propiamente de una obligación de pago y, por tanto, de la existencia de un eventual enriquecimiento injusto que quepa remediar, en el caso de que hubiera existido una regulación normativa en el momento de verificarse el servicio que así lo dispusiera, lo que, precisamente, no sucede en este caso, en que la declaración de nulidad radical de esta normativa, por contravenir el principio de reserva de Ley del art. 31.3 CE, era la que había propiciado la nulidad de las diversas liquidaciones practicadas a su amparo. Por tanto, no puede fundamentarse un hipotético interés general en una obligación de pago que era la que había sido negada por resoluciones judiciales firmes. En cualquier caso, además, en el marco de la norma cuestionada tampoco este hipotético interés podría considerarse prevalente a la eficacia la función constitucional de control de la legalidad administrativa que tienen atribuidos los órganos judiciales.

Todo lo expuesto supone que, sin necesidad de entrar a analizar la eventual infracción del resto de preceptos constitucionales invocados en el Auto de planteamiento, debemos concluir que la norma cuestionada es contraria a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), lo que conduce a que se declare su inconstitucionalidad y nulidad. (Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia 116/2009).”

De una forma más concreta todavía, y respecto al apartado 2 de esa disposición adicional, en la redacción dada por la Ley 14/2000, anterior, como se ha dicho, a la vigente, el fundamento jurídico 3 de la sentencia 161/2009, dice textualmente:

“En cuanto al fondo de la cuestión planteada, una vez examinada, debe reputarse resuelta por la doctrina que este Tribunal ha establecido en la STC 116/2009, de 18 de mayo,

en la cual hemos declarado inconstitucional y nula la inicial redacción del apartado primero de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999. En la citada Sentencia este Tribunal ha considerado vulnerado el art. 9.3 CE, toda vez que la norma establecía la regulación de unas tarifas que tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público, dotándola de una retroactividad auténtica, ya que habilitaba la práctica de nuevas liquidaciones, estableciendo la cuantificación de las tarifas a aplicar en relación con supuestos de hecho que, no sólo habían sido ya realizados en su integridad y estaban plenamente agotados al amparo de una legislación anterior, sino que incluso habían sido ya objeto de liquidación conforme a esa legislación y sometida dicha liquidación a control de legalidad por los órganos judiciales competentes, sin que concurrieran exigencias cualificadas de interés común que hubieran podido imponerse a la prohibición de la retroactividad.

Expuestas las razones que determinaron la inconstitucionalidad y nulidad de la redacción inicial del apartado primero de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, es claro que las mismas son igualmente predicables del apartado segundo de esa misma disposición adicional trigésimo cuarta, una vez modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre puesto que, al igual que la norma declarada inconstitucional y nula en la STC 116/2009, de 18 de mayo, se trata de un precepto con indudable carácter retroactivo, en cuanto que permite la práctica de nuevas liquidaciones que sustituyan a las anteriores anuladas, sin que concurren exigencias cualificadas de interés común que puedan resultar prevalentes y justifiquen su legitimidad constitucional.

En consecuencia, hemos de declarar la inconstitucionalidad y nulidad del apartado segundo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional séptima de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre: “

Pues bien, con estos antecedentes y teniendo en cuenta que no sólo la ratio legis, sino que incluso la redacción del párrafo primero del apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta, en la redacción dada por la Ley 14/2000, es prácticamente la misma que la que tiene actualmente, puede decirse con fundamento que, a pesar de que esta última sigue vigente y no ha sido objeto todavía de una cuestión de inconstitucionalidad, seguir manteniendo, en aplicación de esa disposición adicional, el sistema de refacturaciones tras esos tres claros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, anulatorios de los textos anteriores por vulneración del artículo 9.3 de la Constitución (vicio que puede predicarse igualmente del texto vigente), resulta de todo punto inadecuado, pudiendo ocasionarse, de mantenerse el sistema de refacturación, una serie ingente de reclamaciones y recursos, con planteamiento, en su caso, de una cuestión de inconstitucionalidad respecto al texto último de la disposición adicional de continua referencia, con muchísimas posibilidades de estimarse por el Tribunal Constitucional, lo cual no haría más que prolongar artificialmente un conflicto que este Centro Directivo considera ya zanjado, por el máximo intérprete de la Constitución y el único que puede enjuiciar la constitucionalidad de las leyes. La previsible estimación, más tarde o más temprano, de los recursos formulados llevaría aparejada, además, la obligación de abonar una importante cantidad en concepto de intereses derivados de la devolución, siendo incluso muy probable que su acogimiento en vía contencioso-administrativa lleve aparejada una condena en costas.

En definitiva, aparte de otras medidas que puedan adoptarse a nivel legislativo, como una hipotética derogación expresa de esa disposición adicional, esta Abogacía General del Estado es de la opinión que, después de los pronunciamientos citados del Tribunal Constitucional sobre la disposición adicional trigésimo cuarta, como ya se indicó en la Circular 9/09 (apartado 3, página 7), resulta manifiestamente contrario a la doctrina del Tribunal Constitucional la práctica de refacturación alguna al amparo de la disposición adicional trigésimo cuarta apartado 2, en la redacción dada a la misma por la disposición final segunda de la Ley 25/2006.

## **159.- Informe sobre declaración de lesividad de un título concesional por el que se determina el régimen al que ha de someterse la liquidación en concepto de tasa por ocupación privativa del dominio público portuario y las liquidaciones de las que trae causa.**

### **Resumen**

Lesividad de una disposición general de un título concesional por el que se determina el régimen al que ha de someterse la liquidación en concepto de tasa por ocupación privativa del dominio público portuario así como de las liquidaciones que traen causa de la misma. Indebido cálculo de uno de los conceptos a tener en cuenta para determinar la base imponible de la tasa. Necesidad de que el valor de las infraestructuras, superestructuras e instalaciones permanezca constante durante todo el periodo concesional. Se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad de la cláusula correspondiente y de las liquidaciones.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 122/09

**Fecha:** 23 de noviembre de 2009

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Observaciones:**

En materia de lesividad, en la actualidad hay que tener presente el artículo 35.2 del TRLPEMM, interpretado en el informe A.G. ENTES PÚBLICOS 67/12 y recogido en el nº 13 de estos dictámenes.

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la concesión demanial otorgada a la sociedad "X, S.A." en el extremo de la misma consignado en la cláusula 6ª.1.b).b-2), así como de las liquidaciones giradas el 28 de mayo de 2007, 23 de noviembre de 2007, 18 de junio de 2008, 25 de noviembre de 2008, 28 de enero de 2009 y 24 de julio de 2009. En relación con dicha consulta, y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

- 1º) Con fecha 8 de febrero de 2006 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas acordó "otorgar a la sociedad X, S.A, concesión de dominio público de explotación para ocupar una parcela de 714,92 m2 con destino a almacenamiento de redes, pertrechos, efectos navales industriales y oficina"
- 2º) En la disposición general 6ª del título concesional se determina el régimen al que ha de someterse la liquidación en concepto de tasa por ocupación privativa del dominio público portuario, tanto por ocupación de terrenos como por ocupación de obras e instalaciones, en los términos a que más adelante se hará referencia.
- 3º) Con fundamento en las previsiones de la disposición general 6ª.1º.b).b-2), la Autoridad Portuaria de Las Palmas giró a la sociedad X, S.A liquidaciones por tasa de ocupación del dominio público portuario en concepto de ocupación de obras e instalaciones con fechas

28 de mayo de 2007, 23 de noviembre de 2007, 18 de junio de 2008, 25 de noviembre de 2008, 28 de enero de 2009 y 24 de julio de 2009.

4º) Mediante escrito de 27 de junio de 2008, la Autoridad Portuaria de Las Palmas, ante la diversidad de criterios interpretativos respecto del artículo 19.3.c) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general, formuló consulta al ente público Puertos del Estado que, con fecha 3 de septiembre de 2008, emitió informe en el que, en relación con la cuestión planteada, se formulan las siguientes conclusiones:

**“Primera.-** Los acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas fijando la cuantía de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario correspondiente a la ocupación de infraestructuras, superestructuras e instalaciones están incursos en el supuesto de declaración de lesividad por anulabilidad del artículo 218 de la Ley General Tributaria al infringir lo dispuesto por el artículo 19.3.c) de la Ley 48/2003.

**Segunda.-** El artículo 19.3.c) de la Ley 48/2003 ordena que el cálculo del valor de las infraestructuras, superestructuras e instalaciones, a los efectos de fijar la base imponible de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario, se efectúe en el momento de otorgamiento de la concesión, calculando su valor sobre la base de criterios de mercado así como el valor de su depreciación anual, debiendo permanecer constantes estos valores durante todo el periodo concesional.

**Tercera.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 218 de la Ley General Tributaria, el órgano competente para iniciar y tramitar el procedimiento de declaración de lesividad es el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, debiendo tramitarse de conformidad con lo estipulado en los apartados 2 y siguientes del mencionado artículo 218 de la Ley General Tributaria.

**Cuanta.-** La competencia para resolver el procedimiento corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, debiendo sustanciarse el mismo en un plazo máximo de tres meses desde su incoación”.

5º) Con fundamento en el informe de Puertos del Estado, el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, en virtud de delegación del Consejo de Administración de esta entidad pública, acordó, el 17 de septiembre de 2009, iniciar procedimiento de declaración de lesividad de la cláusula 6ª.1.b).b-2) de la concesión otorgada el 8 de febrero de 2006 a la mencionada sociedad, así como de las liquidaciones giradas por la Autoridad Portuaria de Las Palmas reseñadas en el antecedente 3º.

6º) Mediante escrito del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 30 de octubre de 2009, registrado de entrada en La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado el día 6 de noviembre siguiente, se recaba el parecer de este Centro Directivo sobre la declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de las repetidas cláusula concesional y liquidaciones.

Se dio traslado a la sociedad interesada del expediente para formulación de alegaciones, sin que en el plazo concedido al efecto se presentara escrito alguno.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que “cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”.

Por su parte, el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) dispone, en su redacción vigente (dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que “las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.”

De los preceptos legales citados resulta que la declaración de lesividad se configura en nuestro Derecho como un acto administrativo que es requisito o presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración del Estado, en los casos en que la misma se proponga actuar como parte demandante en recursos contencioso-administrativos dirigidos contra sus propios actos declarativos de derechos (sentencias de 20 de enero de 1936, 27 de marzo de 1957 y 21 de marzo de 1961, entre otras). Sus efectos se centran, por tanto, en legitimar activamente a la Administración que demanda la anulación de sus propios actos, y, consiguientemente, en autorizar la interposición, admisión y tramitación del recurso contencioso-administrativo por ella promovido, sin perjuicio, como es natural, de las facultades del Tribunal competente para declarar si el acto impugnado es o no conforme a Derecho, y si realmente produce los efectos perjudiciales alegados por la Administración recurrente.

- II -

Para determinar, con carácter general, si procede o no la declaración de lesividad es preciso detenerse en el examen de los requisitos que a tales efectos deben concurrir en un acto administrativo.

El artículo 43 de la LJCA exige, en primer lugar, y como ya quedó señalado, que el acto lesione los intereses públicos. A esta primera exigencia ha de unirse un segundo requisito, imprescindible para que sea procedente la declaración de lesividad. Este segundo requisito consiste en la ilegalidad del acto, esto es, en que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea nula de pleno derecho o anulable, conforme a lo establecido por los artículos 62 y 63, respectivamente, de la LRJ-PAC, si bien debe advertirse que cuando el acto sea nulo de pleno derecho, según dictamen en tal sentido del Consejo de Estado, la Administración podrá por sí misma anularlo de oficio, sin necesidad de la previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 102 de la LRJ-PAC).

Aunque el artículo 43 de la antes mencionada LJCA destaque singularmente el requisito de la lesión, la exigencia del segundo presupuesto –la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico– se desprende con toda claridad de los principios básicos que informan nuestro sistema de justicia administrativa, así como de diversos preceptos concretos del articulado de la propia LJCA (cfr., entre otros, los artículos 31, 70 y 71). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido de manera reiterada, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 23 de marzo de 1993, en la que claramente afirma que el sólo hecho de resultar gravoso para la Administración la eficacia de un acto administrativo (en el caso se trataba de una expropiación) no concurriendo ningún tipo de irregularidad invalidante, no puede ser causa suficiente para declarar la lesividad del acto.

- III -

Pasando al examen del caso sobre el que se informa, debe indicarse que ya bajo la vigencia de la LJCA de 1956 parte de la doctrina científica consideraba superado el requisito clásico de la doble lesión, jurídica y económica, bastando, a juicio de dicha doctrina, que el acto incurriese en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pudiera ser decla-

rado lesivo y anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Este mismo criterio venía sosteniéndose por un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Alto Tribunal de 22 de enero de 1988 (Ar. 326) declara que “todo lo cual supone la infracción de un bloque normativo que a tenor de la jurisprudencia caracteriza la lesividad regulada en el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque de la propia literalidad del precepto se deduce que la lesión a los intereses públicos no ha de ser necesariamente económica, sino que puede serlo también de otra naturaleza, en cuya consideración ha evolucionado la Jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de acoger criterios más amplios que le llevan a declarar que la pretensión anulatoria de lesividad puede estar motivada por el mero propósito de regularizar jurídicamente el acto causado con manifiesta vulneración de normas de derecho necesario”. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 3 de diciembre de 1987 al señalar que “la más progresiva doctrina jurisprudencial no exige que la lesión tenga que traducirse necesariamente en una estimación económica, bastando la vulneración del Derecho” y las de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1465) y 6 de junio de 1995 (Ar. 4944) al declarar que “en la actualidad ha desaparecido la exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal como este Tribunal ha declarado en sus sentencias de 14 de marzo de 1980 y 22 de enero de 1988”. Este criterio doctrinal y jurisprudencial ha venido a encontrar refrendo legal en la vigente LJCA, habida cuenta de que su artículo 43 ha suprimido la alusión que el artículo 56 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 hacía al carácter de la lesión de los intereses públicos (“de carácter económico o de otra naturaleza”).

Es por todo ello por lo que tiene la máxima importancia determinar si la cláusula 6ª.1.b),b-2) de la concesión otorgada el 8 de febrero de 2006 y las liquidaciones giradas por la Autoridad Portuaria de Las Palmas reseñadas en el antecedente 3º incurren en infracción del ordenamiento jurídico.

#### - IV -

La cláusula 6ª del pliego concesional, bajo la rúbrica de “Tasas y gastos”, establece lo siguiente:

“1º Tasa por ocupación privativa del dominio público portuario:

a) Por ocupación de terrenos, cuya base imponible y tipo de gravamen son los siguientes:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la citada Ley 48/2003, al aplicarle el referido tipo de gravamen - 6% - a la mencionada valoración de los terrenos –150,756032 euros/m<sup>2</sup> - se obtiene el importe correspondiente a la Tasa por ocupación privativa del dominio público portuario, por ocupación de terrenos, que será a razón de 9,045362 euros/m<sup>2</sup>/año.

La cuantía de esta tasa será actualizada anualmente, en una proporción equivalente al 85 por ciento de la variación interanual experimentada por el índice general de precios al consumo para el conjunto nacional total (I.P.C.) en el mes de octubre, siendo la actualización efectiva a partir del día 1 de enero. Esta actualización será incompatible y prevalecerá frente a cualquier otra que pueda establecerse, con carácter general, en la Ley de Presupuestos Generales para todas las tasas estatales.

La cuantía de la tasa será además revisada de acuerdo con las nuevas valoraciones que sean aprobadas por el Ministro de Fomento.

b) Ocupación de obras e instalaciones:

Conforme a una valoración actualizada de las obras de 255.163 € para las instalaciones objeto de ésta concesión de dominio público, la tasa por utilización del edificio e instalaciones está constituido por la suma de los siguientes conceptos :

XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

- b-1) La amortización anual correspondiente de las edificaciones e instalaciones puestas a disposición del concesionario para un plazo de 35 años es de 7.290,37 € al año.
- b-2) El 6% del valor contable anual de las mismas, que será para las instalaciones objeto de esta concesión de explotación:

INSTALACIONES:

- 1º año 15.309,780000 euros.
- 2º año 14.872,357800 euros.
- 3º año 14.434,935600 euros.
- 4º año 13.997,513400 euros.
- 5º año 13.560,091200 euros.
- 6º año 13.122.669000 euros.
- 7º año 12.685,246800 euros.
- 8º año 12.247,824600 euros.
- 9º año 11.810,402400 euros.
- 10º año 11.372,980200 euros.
- 11º año 10.935,558000 euros.
- 12º año 10.498,135800 euros.”

Siendo el régimen de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario el expuesto en la referida cláusula concesional y prescindiendo, por no suscitarse cuestión alguna, de lo relativo a la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario en concepto de ocupación de los terrenos, entiende este Centro Directivo, confirmando el criterio mantenido en el informe de Puertos del Estado de 3 de septiembre de 2008, que las previsiones de la cláusula concesional de referencia en punto a la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario en concepto de ocupación de obras e instalaciones no se ajusta a lo dispuesto en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, por lo que se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad de dicha cláusula concesional, así como de las liquidaciones giradas por el indicado concepto tributario, tal y como seguidamente se expone.

De la lectura de la cláusula concesional que se ha transcrito se deduce claramente que el importe de la tasa en el concepto de ocupación de obras e instalaciones se obtiene mediante la adición de dos sumandos:

- a) Un primer sumando, cual es la depreciación anual de las edificaciones e instalaciones puestas a disposición del concesionario y que se cifra en la cantidad de 7.290,37 euros al año, cantidad que permanece invariable.
- b) Un segundo sumando, cual es el resultado de aplicar el 6%, o el incrementado que se deriva de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre lo que el subapartado b-2) de la cláusula 6ª.1.b) denomina “valor contable anual” de los edificios e instalaciones.

Ahora bien, así como el primer sumando (depreciación anual de las obras e instalaciones puestas a disposición del concesionario) permanece constante, no ocurre lo propio con el segundo sumando, pues, como resulta del propio subapartado b-2) de la cláusula 6ª.1.b), el porcentaje del 6%, o el incrementado que se deriva de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, se aplica a un valor que va progresivamente disminuyendo de año en año, puesto que, en definitiva, dicho porcentaje se aplica al “valor contable anual” de las instalaciones, esto es, al valor de las instalaciones minorado cada año por la depreciación.

Pues bien, la aplicación de este segundo sumando, que va disminuyendo progresivamente de año en año, resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 19.3.c) de la Ley 48/2003. En efecto, regulando el artículo 19.3 la base imponible de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario, base imponible que está constituida por el valor del bien, y tras establecer en su apartado a) el valor de los terrenos y en el apartado b) el valor de los espacios de agua incluidos en cada una de las áreas funcionales en que se divida la zona



de servicio del puerto, el apartado c), bajo la rúbrica de “Ocupación de obras e instalaciones;” dispone lo siguiente:

“Estará constituida por los siguientes conceptos:

1º El valor de los terrenos y de las aguas ocupadas.

2º El valor de las infraestructuras, superestructuras e instalaciones, incluidas la urbanización interna y la pavimentación de la parcela en concesión, en el momento de otorgamiento de las mismas, calculado sobre la base de criterios de mercado, y el valor de su depreciación anual. Estos valores, que serán aprobados por la Autoridad Portuaria, permanecerán constantes durante el período concesional, y no será de aplicación la actualización anual prevista en el apartado 6.

(...)”

Es, pues, claro, a la vista del precepto que acaba de transcribirse en lo pertinente, que el valor de las infraestructuras, superestructuras e instalaciones ha de permanecer constante durante todo el período concesional, razón por la cual no puede entenderse ajustada a Derecho, como se ha dicho antes, la previsión contenida en el subapartado b-2) de la cláusula 6ª.1.b) del pliego concesional en la medida en que el valor de las instalaciones va disminuyendo progresivamente. De haberse aplicado correctamente la previsión legal, el importe de la tasa durante el período concesional hubiese sido el resultado de aplicar el tipo del 6%, o el incrementado que se deriva de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, al valor de 255.163,00 euros que en el pliego concesional se fija para las instalaciones, y no los valores que se recogen en la repetida cláusula concesional y que van disminuyendo de año en año.

En suma, y por las consideraciones precedentes, debe entenderse que la cláusula 6ª.1.b).b-2) incurre en infracción del ordenamiento jurídico, por lo que se aprecia fundamento suficiente para la declaración de lesividad de la repetida cláusula concesional.

Incurriendo en infracción del ordenamiento jurídico la cláusula concesional de continua referencia, de este vicio de legalidad adolecen también, sin que sea necesario abundar en razones, las liquidaciones giradas por tasa de ocupación privativa del dominio público portuario en concepto de ocupación de obras e instalaciones, y ello en razón de que las liquidaciones giradas por este concepto traen causa precisamente de la repetida cláusula concesional que, como se ha dicho antes, determina el régimen al que han de ajustarse las liquidaciones, fijando los valores que han de tenerse en cuenta para girar tales liquidaciones.

En definitiva, y a modo de recapitulación de todo lo dicho, debe concluirse que se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad de la cláusula 6ª.1.b).b-2), así como de las liquidaciones giradas el 28 de mayo de 2007, 23 de noviembre de 2007, 18 de junio de 2008, 25 de noviembre de 2008, 28 de enero de 2009 y 24 de julio de 2009.

## - V -

Alcanzada la conclusión anterior, este Centro Directivo estima necesario hacer las siguientes consideraciones sobre el procedimiento de declaración de lesividad.

### 1.- Plazo

El plazo para la declaración de lesividad de un acto administrativo es el de cuatro años contados desde la fecha en que se dictó (artículo 103.2 de la LRJ-PAC); en materia tributaria, el plazo para la declaración de lesividad es también de cuatro años, conforme establece el artículo 218.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), si bien dicho plazo se cuenta desde la notificación del acto administrativo.

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el caso a que se refiere el presente informe resulta necesaria la declaración de lesividad de la cláusula 6ª.1.b).b-2) del título

concesional, dado que, como se ha indicado, las liquidaciones giradas por tasa por ocupación privativa del dominio público portuario en concepto de ocupación de obras e instalaciones traen causa de dicha cláusula, que constituye el precedente lógico-jurídico de aquellas liquidaciones.

Así las cosas, debe señalarse que la totalidad de los actos que deben declararse lesivos –pliego concesional en el extremo del mismo consignado en la cláusula 6ª.1.b).b-2) y liquidaciones giradas– han de considerarse de naturaleza tributaria. En efecto, si las liquidaciones giradas por la tasa de ocupación privativa del dominio público portuario en concepto de ocupación de obras e instalaciones son indudablemente actos administrativos en materia de gestión tributaria, también cabe reconocer carácter o naturaleza tributaria a la cláusula concesional cuya declaración de lesividad se pretende, dado el contenido y funcionalidad de la misma, ya que, como se ha indicado más arriba, dicha cláusula establece el régimen a que han de ajustarse las liquidaciones que se giren; a ello cabe añadir, como argumento definitivo que corrobora la naturaleza tributaria de la repetida cláusula, la previsión legal, contenida en el artículo 19.6 de la Ley 48/2003, esto es, en la norma legal reguladora de la tasa, de que la Autoridad Portuaria refleje en las condiciones de la concesión (o de la autorización) la cuantía de dicha tasa.

Pues bien, siendo necesaria la declaración de lesividad de la cláusula de continua referencia y puesto que, según lo dicho, se trata de un acto de naturaleza tributaria, debe entenderse que la declaración de lesividad de la misma ha de efectuarse antes de que transcurra el plazo de cuatro años contado desde que se notificó el pliego concesional a la sociedad concesionaria. No obstante, y por razones de seguridad, este Centro Directivo considera preferible, al no constar en el expediente la fecha de notificación del pliego, que la declaración de lesividad se haga antes del transcurso del plazo de cuatro años contados desde la fecha en que se otorgó la concesión, esto es, antes del día 8 de febrero de 2010. Resulta fundamental destacar que pasada esta fecha sin que se hubiese efectuado la declaración de lesividad de la cláusula de continua referencia, no sería ya posible la incoación de un nuevo procedimiento de declaración de lesividad (y ello por haber transcurrido el plazo de cuatro años que establece el artículo 218 de la LGT), entendiéndose este Centro Directivo que tampoco sería posible la declaración de lesividad de las liquidaciones giradas, ya que éstas tienen por base y causa las previsiones de la cláusula 6ª.1.b).b-2) del título concesional.

Por lo demás, debe señalarse que aunque las liquidaciones se giraron en fechas muy posteriores al otorgamiento de la concesión, se estima conveniente que la declaración de lesividad de todas las liquidaciones se efectúe también antes del día 8 de febrero de 2010. Se considera oportuno indicar que, de no efectuarse la declaración de lesividad de las liquidaciones antes de que transcurra el plazo de tres meses contados desde el día en que se incoó el procedimiento de lesividad, el procedimiento caducaría, debiendo incoarse un nuevo procedimiento para la declaración de lesividad de las repetidas liquidaciones, procedimiento en el que no tendrían que repetirse todos y cada uno de los trámites o actuaciones ya realizados en el procedimiento caducado, y ello en aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 66 de la LRJ-PAC, si bien, y por excepción, debería reiterarse el trámite de audiencia a la entidad interesada.

## 2.- Competencia

Una vez razonado que la totalidad de los actos que deben declararse lesivos son actos de naturaleza tributaria, la competencia para la revisión de oficio de dichos actos por vía de declaración de lesividad corresponde a la Ministra de Economía y Hacienda. Así, el artículo 218.4 de la LGT y el artículo 9.2 del Reglamento General de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, atribuyen la competencia, en el ámbito de la Administración General del Estado, al Ministro de Economía y Hacienda (o autoridad en la que haya delegado).

### 3.- Remisión del expediente a la Abogacía General del Estado

Una vez declarada la lesividad, deben remitirse todas las actuaciones a este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos) con el fin de dictar las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad.

En virtud de todo lo expuesto, La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la cláusula 6ª.1.b).b-2) del pliego de la concesión otorgada a "X, S.A.," así como de las liquidaciones giradas a esta entidad por ocupación privativa del dominio público portuario en concepto de ocupación de obras e instalaciones con fechas 28 de mayo de 2007, 23 de noviembre de 2007, 18 de junio de 2008, 25 de noviembre de 2008, 28 de enero de 2009 y 24 de julio de 2009.

**Segunda.-** En relación con el procedimiento de declaración de lesividad, deberían tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico V del presente informe en punto a plazo, competencia y remisión del expediente, una vez efectuada la declaración de lesividad, a este Centro Directivo.

## **160.- Informe sobre nulidad de pleno derecho de liquidaciones por tarifas portuarias giradas al amparo del artículo 70 de la Ley 27/1992, declarado inconstitucional por Sentencias del TC 102/05 y 121/05.**

### **Resumen**

Solicitud de nulidad de pleno derecho de liquidaciones por tarifas portuarias giradas al amparo del artículo 70 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado, en su redacción originaria y la derivada de la Ley 62/1997, declarado inconstitucional por las sentencias del TC 102/2005 y 121/2005. La firmeza de las mismas impide su revisión, no concurriendo en ellas, por otro lado, motivo alguna de nulidad de pleno derecho. En cualquier caso, por aplicación del artículo 106 de la Ley 30/1992, habría prescrito el derecho a la devolución. El enriquecimiento injusto sería otro obstáculo para declarar la nulidad. Competencia en todo caso del Ministerio de Economía y Hacienda para tomar la decisión oportuna ante el indudable carácter tributario de esas tarifas.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 23/10

**Fecha:** 14 de abril de 2010

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Observaciones**

En materia de revisión de actos nulos de pleno derecho, en la actualidad hay que tener presente el artículo 35.2 del TRLPEMM, interpretado en el informe A.G. ENTES PÚBLICOS 67/12 y recogido en el nº 13 de estos dictámenes.

## **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado–Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre las solicitudes de declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones por tarifas portuarias giradas al amparo del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su redacción originaria y en la derivada de la Ley 62/1997, declarado inconstitucional por las sentencias del Tribunal Constitucional nOS 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo.

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente dictamen:

**- I -**

Si bien la petición de dictamen formulada no ha venido acompañada oficialmente de solicitud alguna instando la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones de tarifas portuarias, en dicha petición se hace constar que la declaración de nulidad pretendida se refiere a liquidaciones giradas hace varios años, basándose en que en estos casos no existe un plazo para la declaración de nulidad radical. En las referidas solicitudes -añade el escrito de consulta- se insta la devolución de las cantidades abonadas, así como de los intereses legales correspondientes.

Con estos breves antecedentes, se está en condiciones de afirmar que la declaración de nulidad de pleno derecho instada toma por base los artículos 102 y 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), encontrando apoyo en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) efectuada por las sentencias citadas en el encabezamiento del presente informe

En pocas palabras, ya que se trata de un asunto conocido, el Tribunal Constitucional, en la línea ya iniciada por la Audiencia Nacional, basó esa declaración de inconstitucionalidad en el hecho de que la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público o de los criterios para fijarlo es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley. Esta determinación no aparecía en el precepto cuestionado que, al señalar que sería el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transportes el que establecería los límites mínimos y máximos de las tarifas, trazaba un ámbito de cuantificación que dejaba un amplísimo margen de libertad al mencionado órgano, lo que implicaba una habilitación tan indeterminada que desbordaba los límites que para la colaboración reglamentaria se derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los artículos 31.3 y 133.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional estimó que las citadas tarifas portuarias participan de la naturaleza de las prestaciones patrimoniales de carácter público, debiendo ser regulados sus elementos esenciales por norma con rango de ley. En consecuencia, se declaró contrario a la Constitución el artículo 70 de la LPEMM, que atribuía a las tarifas portuarias el carácter de precios privados, remitiendo su regulación a una Orden Ministerial.

- II -

Comenzando ya con el análisis genérico de la pretensión formulada, es preciso significar que, con fundamento en el principio de seguridad jurídica que sanciona al artículo 9.3 de la Constitución y, en el plano de la legalidad ordinaria, el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, actualmente derogada, y el artículo 102.4 de la LRJPAC, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo como criterio tradicional el de incomunicación del grado de invalidez (nulidad de pleno derecho) de la disposición general declarada nula a los actos firmes de aplicación de la misma. Más particularmente, y en el ámbito de los actos administrativos en materia tributaria, éste es el criterio recogido en las sentencias, entre otras muchas, de 23 de octubre y 3 de diciembre de 1999; 29 de enero y 6 de marzo de 2000; y de 21 de abril, 4 de mayo, 10 de junio y 15 de julio de 2004 (estas últimas, posteriores a la nueva línea jurisprudencial de la que luego se hará referencia). Así, en las sentencias de 23 de octubre de 1999 y 24 de enero de 2000, se hacen, a modo de resumen de la doctrina expuesta en dichas resoluciones, las siguientes afirmaciones:

- a) La nulidad de las disposiciones generales, declaradas en recurso directo o estimada en recursos indirectos, no produce la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados a su amparo.
- b) La nulidad de pleno derecho sólo se produce cuando los actos administrativos tributarios han incurrido en alguna de las causas establecidas en el artículo 153 de la LGT.
- c) Las liquidaciones practicadas conforme a las normas vigentes en dicho momento no inciden en nulidad de pleno derecho, aunque tales normas sean posteriormente declaradas ilegales."

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo ha seguido un criterio distinto en las sentencias de 29 de febrero, 13 de marzo, 13 de junio, 15 de julio, 30 de septiembre, 19 y 27 de diciembre de 2000 y 23 de enero, 5 de febrero y 12 de junio de 2001, entre otras.

En estas últimas sentencias, en las que se enjuician las reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivada de un acto legislativo formuladas por diversas sociedades que abonaron el gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego establecido por el artículo 38.2.1. de la Ley 5/90, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, y declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional nºs 173/1996, de 31 de octubre, el Tribunal Supremo, frente a la alegación del Abogado del Estado de que las sentencias declarativas de la inconstitucionalidad de una ley sólo tiene eficacia ex nunc, salvo cuando la propia sentencia se pronunciase sobre sus efectos retroactivos, declara lo siguiente:

“La interpretación del artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, conduce, a nuestro parecer, a una conclusión distinta, al excepcionarse en él expresa y exclusivamente la eficacia retroactiva de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de actos o normas con rango de ley respecto de los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada salvo los casos de penas o sanciones, de manera que la consecuencia lógica es que en los demás supuestos cabe la revisión.

En nuestra opinión, cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad, han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia «ex tunc» o «ex nunc» de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.

En apoyo de esta tesis debemos recordar que la propia Ley 30/1992, de 26 de diciembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece un procedimiento para la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho (artículo 102), y, entre las primeras, el artículo 62.2 de la propia Ley incluye las que vulneren la Constitución, y aunque este precepto no predica tal nulidad de los segundos, salvo que lesionen derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (apartado 1.a), es evidente que si la disposición a cuyo amparo se dicta o ejecuta el acto es nula de pleno derecho, éstos quedan afectados por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, son también radicalmente nulos de pleno derecho, con independencia de qué razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), correcta y debidamente apreciadas, aconsejen mantener los efectos del acto compensándolos con una adecuada reparación, según prevén los artículos 139.2 y 141.1 de la misma Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo establece expresamente el artículo 102.4 de esta Ley, con lo que, en definitiva, se viene a sustituir la lógica e inherente consecuencia de la declaración de nulidad radical de un acto o de una disposición por una indemnización siempre que no exista el deber jurídico de soportar el daño o perjuicio causado por ese acto o disposición nulos de pleno derecho.

**CUARTO:** En nuestro sistema legal, quienes han tenido que satisfacer el gravamen complementario, impuesto por el precepto declarado inconstitucional, después de haber impugnado en vía administrativa y sede jurisdiccional dicho gravamen obteniendo sentencia firme que lo declara conforme a derecho, no tienen otra alternativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, que ejercitar, como en este caso ha procedido la entidad demandante, una acción por responsabilidad patrimonial, derivada del acto del legislador, dentro del plazo fijado por la ley.

Si no hubieran impugnado jurisdiccionalmente las liquidaciones de dicho gravamen complementario, los interesados tienen a su alcance la vía de pedir, en cualquier momento, la revisión de tal acto nulo de pleno derecho, como prevé el mencionado artículo 102 de la Ley de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, y, simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, están legitimados para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador, pero también pueden utilizar directamente esta acción, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno derecho, a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial, cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución y a las leyes.

En síntesis, a la entidad demandante, al estar basada en fuerza de cosa juzgada la declaración de no ser procedente la devolución de lo ingresado por el concepto de gravamen complementario en las arcas de la Comunidad Autónoma de Asturias, no le quedaba otra opción que la ejercitada acción de responsabilidad patrimonial por acto del legislador.

Sin embargo, en los supuestos en que no exista el valladar de la cosa juzgada, cabe instar en cualquier momento la revisión del acto nulo de pleno derecho, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento establecido en la referida Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de que, como en el proceso terminado con nuestra Sentencia de 13 de junio de 2000 (recurso 567/1998), el interesado promueva directamente la acción de responsabilidad patrimonial, derivada de actos del legislador, dentro del plazo legalmente establecido.”

El criterio jurisprudencial que establecen las sentencias últimamente citadas puede, pues, resumirse en los siguientes términos: 1) Si la disposición general a cuyo amparo se dictó el acto administrativo es posteriormente declarada nula, el acto queda afectado por idéntico vicio invalidante y, por consiguiente, es también radicalmente nulo; 2) De haberse impugnado en vía administrativa y en vía judicial el acto dictado en aplicación de una disposición general declarada posteriormente nula obteniéndose sentencia firme que declara dicho acto conforme a derecho, no queda otra vía al interesado que la exigencia de responsabilidad patrimonial derivada de acto legislativo; 3) De no haberse impugnado el repetido acto, el interesado puede: a) pedir en cualquier momento la revisión del acto con fundamento en que éste es nulo de pleno derecho por haberse declarado la nulidad de la disposición general y, simultánea o sucesivamente, exigir responsabilidad patrimonial por perjuicio derivado de acto legislativo; b) exigir directa y únicamente dicha responsabilidad patrimonial.

- III -

Como fácilmente se advierte, el criterio al que acaba de hacerse referencia (la nulidad de una disposición general se traslada o comunica al acto administrativo dictado en aplicación de la misma) es contrario al que venía manteniendo anteriormente el propio Tribunal Supremo (la nulidad de una disposición general no produce la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados a su amparo y que, como se expone seguidamente, es plenamente aplicable también a los casos de declaración de inconstitucionalidad de una ley).

Es más, las numerosas sentencias dictadas por Tribunal Supremo desde el 15 de febrero de 2000 son conscientes de la imposibilidad de trasladar la nulidad de la norma declarada inconstitucional a los actos firmes dictados en aplicación de la misma al afirmar que “cuando la propia sentencia del Tribunal Constitucional no contenga (como ocurre en el supuesto a que se refiere el presente informe) pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y tribunales, ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad en aplicación de las leyes y los principios generales del derecho interpretados a la luz de la jurisprudencia, de manera que, a falta de norma legal expresa que lo determine y sin un pronunciamiento concreto en la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad han de ser los jueces y tribunales quienes, en el ejercicio pleno de su jurisdicción, resolverán sobre la eficacia ‘ex tunc’ o ‘ex nunc’ de tales sentencias declaratorias de inconstitucionalidad”

Pues bien, esa norma legal existe y aparece recogida en el artículo 161 de la Constitución, cuando, al definir la competencia del Tribunal Constitucional en relación con la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de Ley, dispone que “la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada,” lo que tiene su claro reflejo en lo dispuesto en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 octubre del Tribunal Constitucional (LOTC), conforme al cual “las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad

de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”

Por otro lado, los efectos de la declaración de nulidad de las disposiciones generales están recogidos, además, en el artículo 73 de la Ley 29/ 1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) que dispone que “las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias u actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”

Este principio tenía su reflejo en lo dispuesto en el artículo 158 de la antigua Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, conforme al cual “no serán en ningún caso revisables los actos administrativos confirmados por sentencia judicial firme”, regla que constituye una reiteración de lo que es y ha sido siempre un principio general del Derecho Administrativo español, sancionado actualmente en el artículo 102.4 de la LRJ-PAC, que previene la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la norma anulada.

Este principio, que recogen los preceptos citados, ha sido, como se ha dicho, reiteradamente aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Comenzando por la primera, se pueden citar las sentencias nos 22/1996, de 18 de marzo y 215/1989, de 11 de enero.

Por su parte, la sentencia del mismo Tribunal Constitucional nº 45/1989 de 20 de febrero, declaró que “la Ley deja a este Tribunal la tarea de precisar el alcance de los efectos de la nulidad en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento”, –al hilo de cuya declaración se insiste más adelante en los efectos de la nulidad de las disposiciones generales en el orden contencioso-administrativo–, declarando la citada sentencia que “entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría –como con razón observa el representante del Gobierno– un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales”. Esta afirmación es corroborada por la sentencia de 27 de febrero de 2002 en cuyo fundamento jurídico noveno, en que se apela al principio de seguridad jurídica, se hace constar que lo dispuesto sobre retroactividad en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es un “mínimo impuesto por el precepto” y se declara, con ánimo de generalidad, que “el principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9.3 también reclama que, en el asunto que nos ocupa, dicha declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con los nuevos supuestos y con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme”.

“En efecto –prosigue el Tribunal Constitucional– al igual que dijimos en las SSTC 45/89 , F.11, 180/2000 de 29 de junio, F.7 sobre la Ley riojana 2/1993, de Presupuestos, y 289/2000 de 30 de noviembre, F.7 sobre Ley balear reguladora del Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el medio ambiente, entre otras, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes;” declaración que se reitera en la sentencia de 1 de julio de 1997 - fundamento jurídico quinto -.



Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997 resolvió el recurso de amparo interpuesto contra sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que confirmó la actuación administrativa cuando ya se había declarado la inconstitucionalidad del precepto; invocada ésta, y ante la pretensión de extender dicha inconstitucionalidad a la sentencia impugnada en amparo, tal pretensión fue denegada por el Tribunal Constitucional, afirmando que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la sentencia 173/96 no permite revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una Ley luego declarada inconstitucional, declarando seguidamente que “la garantía de la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución excluye una general remoción del pasado por obra de los pronunciamientos de inconstitucionalidad que pueda llevar a cabo este Tribunal”. Adviértase que tan rotundas expresiones se formulan por el Tribunal Constitucional en sentencia que se dicta, precisamente, en relación con la norma reguladora de la tasa de juego cuya inconstitucionalidad ha dado lugar a la jurisprudencia de este Tribunal a que venimos refiriéndonos.

En resumen, sí existen normas jurídicas (artículo 40.1 de la LOTC, artículo 102.4 de la LRJ-PAC y artículo 73 de la LJCA) que regulan los efectos de la nulidad de pleno derecho de todas las disposiciones generales, incluida la Ley, lo que en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa cobra una especial relevancia por virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de su Ley rectora que no hace sino trasladar al ámbito jurisdiccional el principio, siempre recogido en las normas de procedimiento administrativo, acerca de los efectos de la nulidad de las disposiciones generales que, por virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, no permiten la revisión ni de procesos fenecidos con eficacia de cosa juzgada ni tampoco la de actos administrativos firmes y consentidos.

De todo ello se deduce la primacía del principio de seguridad jurídica sobre el de legalidad, por lo que, pese a la declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada en las sentencias o actos administrativos (lo que exigiría, por aplicación del principio de legalidad, la revisión de las sentencias y actos), queda excluida la revisión de unas y otros.

#### - IV -

La doctrina del Tribunal Constitucional indicada respecto a la ley resulta igualmente aplicable en el ámbito propiamente contencioso-administrativo para las disposiciones generales, pudiendo citarse en tal sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1996; 7 de febrero de 1998; 2 de octubre de 1999; 26 de junio y 15 de noviembre de 2000. Con posterioridad a las sentencias del año 2000 que introducen esa nueva línea jurisprudencial a que antes se ha hecho referencia, se pueden traer a colación las sentencias de 1 y 17 de julio, y 18 de septiembre de 2003, en las que se concluye que la nulidad por vía de inconstitucionalidad de una ley o de una disposición general no se traslada al acto administrativo y que éste, si es firme o está confirmado por sentencia judicial firme, ni puede ser objeto de revisión ni puede servir de base para la exigencia de responsabilidad. Con estos pronunciamientos, que tienen anclaje en la doctrina del Tribunal Constitucional, no se hace más que reiterar lo que, con base en el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, viene siendo reafirmado para el orden administrativo con vocación de generalidad: que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1 de la LOTC quedan excluidas de revisión las situaciones y actos confirmados por sentencias y actos firmes en vía administrativa, con la única excepción de los actos sancionadores.

Por si esto fuera poco, no se puede perder de vista la importante sentencia del Tribunal Constitucional nº 105/2009, de 4 de mayo, dictada en un recurso de amparo en relación con el gravamen complementario de la tasa fiscal sobre el juego.

El supuesto planteado en dicha sentencia es idéntico al que se examina en el presente informe, pues, como reza el fundamento jurídico 3, párrafo segundo, de la sentencia, para el recurrente, las autoliquidaciones que realizó “...devinieron, a raíz de que la STC 173/1996, de 31 de octubre, declarase la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que establecía el gravamen a que obedecían, actos de gestión tributaria incursos en motivo de nulidad de pleno derecho por carecer absolutamente de norma de cobertura, lo que determina, a su juicio, la imprescriptibilidad de la acción para pedir la revisión y, en consecuencia, obtener la devolución de lo ingresado indebidamente o, al menos, que el plazo de prescripción de cinco años se cuente, de acuerdo a la teoría de la actio nata, desde la publicación de la citada entencia, todo lo cual supone que la entencia impugnada, en la medida que se funda en un criterio distinto, interpreta de modo manifiestamente erróneo la normativa aplicable”.

Pues bien, el Tribunal Constitucional, en el mismo fundamento jurídico 3, declara lo siguiente:

“No puede prosperar la alegación de la recurrente, pues, como sostienen en sus alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal, con pequeñas diferencias entre ellos que han quedado recogidas en los antecedentes, la doctrina de este Tribunal, establecida precisamente con ocasión de fijar el alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, es la de que la revisabilidad de los actos administrativos nulos debe ser modulada por las exigencias del principio de seguridad jurídica, siendo pertinente, por tanto, excluir de esa posibilidad las situaciones consolidadas, tanto aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 LOTC) como, en su caso, las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes, criterio que desautoriza la afirmación del recurrente de que es imprescriptible el derecho a la devolución de los ingresos indebidos cuando se amparan en una norma posteriormente declarada inconstitucional y aquella otra de que en estos casos el plazo de prescripción de dicho derecho debe iniciarse en el momento de publicación de la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad. En efecto, el Tribunal Constitucional sentó tempranamente en la STC 45/1989, de 20 de febrero, que «[l]a segunda de las mencionadas precisiones es la de que entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes» (F. 11), razón que ha reiterado, con estas mismas palabras u otras similares, en ocasiones posteriores (por todas en la STC 146/1994, de 12 de mayo, F. 8 y muy recientemente en la STC 84/2008, de 21 de julio, F. 4). Precizando esa doctrina, hay que destacar que en este caso la actuación de gestión tributaria, que perdió sobrevenidamente toda cobertura legal a raíz de que la STC 173/1996, de 31 de octubre, declarase la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que establecía el gravamen a que obedecía, constituye una situación consolidada no sólo por haber sido consentida por el recurrente sino también, y principalmente, por el importante lapso de tiempo que duró este aquietamiento, que determinó, conforme a los artículos 64 d) y 65 LGT/1963, que prescribiera el derecho a la devolución de los ingresos indebidos, todo lo cual justifica de un modo reforzado que el juzgador, en aras del principio de seguridad jurídica, limite su revisabilidad.

Pues bien, en casos como el presente, es procedente afirmar que la interpretación de la normativa aplicable que hizo la Sentencia impugnada, considerando prescrito el derecho a la devolución de los ingresos indebidos porque, a pesar de que los actos de gestión tributaria de que traían causa devinieron nulos por la declaración de inconstitucionalidad de la norma que les daba cobertura, se trataba de una situación jurídica consolidada, lejos de adolecer de una manifiesta irrazonabilidad patente para cualquier observador lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE), es una interpretación razonable, máxime cuando, formando parte esencial de la normativa aplicable el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 CE y los efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes previstos en el artículo 40 LOTC, dicha interpretación se ha ajustado a la doctrina consolidada de este Tribunal”.

- V -

A la vista de todo ese bagaje jurisprudencial y con todos los respetos al Tribunal Supremo, parece bastante evidente que, en el reconocimiento que hacen esas sentencias de la vía revisoria del artículo 102 de la LRJ-PAC 30/1992 para resolver la cuestión relativa a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia sobre el gravamen complementario de la tasa sobre el juego, el Alto Tribunal se ha guiado por criterios de justicia material, obviando, por tanto, la doctrina tradicional, reiteradamente aplicada por él mismo en los fallos a los que se ha hecho mención, anteriores y posteriores al año 2000, según la cual, se insiste una vez más, la nulidad de una disposición administrativa general no produce la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos firmes dictados a su amparo a no ser que concurra en los mismos alguna de las causas de nulidad de pleno derecho tasadas en la ley, lo que no ocurre aquí, ya que ninguno de los actos de liquidación dictados está incurrido en alguna de las causas de nulidad del artículo 62.1 de la LRJ-PAC.

Esa subsistencia, en todo caso, de los actos firmes dictados en aplicación de una ley o disposición general declarada nula está presente en el importante voto particular formulado a las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 30 de noviembre de 2004 y 5 de mayo de 2005, dictadas en reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de la inconstitucionalidad de la ley reguladora del gravamen complementario de la tasa del juego.

Lo expuesto es suficiente para rechazar la pretensión de los solicitantes.

- VI -

No obstante, para apurar definitivamente la argumentación, se va a analizar también la cuestión de que se trata, partiendo de la hipótesis, que sólo se considera a efectos meramente dialécticos, de que fuese procedente la vía de revisión del acto nulo del artículo 102 de la LRJ-PAC 30/1992 en conexión con el artículo 62.1 de la misma Ley y que debería desembocar en la nulidad de las liquidaciones giradas y la consiguiente devolución de los ingresos efectuados con sus intereses legales.

Partiendo de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero, 13 de junio, 15 de julio, de 2001 —que admite la comunicación de la nulidad de la disposición general al acto administrativo dictado en aplicación de la misma— a la que antes se ha hecho mención, los obligados tributarios que hicieron efectivo el importe de las tarifas portuarias (al margen, en su caso, de una postrera repercusión) podrían, según dicha doctrina, pedir en cualquier momento la revisión del acto con fundamento en que éste es nulo de pleno derecho, al haberse declarado la inconstitucionalidad de la norma en que se basaba, por el procedimiento previsto en el artículo 102 de la LRJ-PAC y, simultánea o sucesivamente, exigir responsabilidad patrimonial por perjuicios derivados del acto legislativo dentro del plazo legalmente establecido.

El hecho de que el Tribunal Supremo posibilite el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción de nulidad y de la acción de responsabilidad patrimonial por perjuicios derivados del acto legislativo, acciones distintas y con plazos de ejercicio muy distintos también, no significa otra cosa que el ejercicio de una no interrumpe el plazo de prescripción de la otra, y así ha tenido oportunidad de ponerlo de manifiesto recientemente el Alto Tribunal en su sentencia de 11 de diciembre de 2009.

Pues bien, comenzando con los aspectos formales, la declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones dictadas mediante el procedimiento de revisión que establece el artículo 102 de la LRJ-PAC no correspondería acordarla a la Autoridad Portuaria correspondiente, sino a la Ministra de Economía y Hacienda, ya que, si bien la disposición adicional decimosexta apartado 1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento

de la Administración General del Estado determina, en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos adscritos a la misma, cuáles son los órganos competentes para la revisión de oficio de los actos nulos o anulables, distinguiendo, en el caso de actos dictados por Organismos Públicos, según que el acto hubiese sido dictado por los máximos órganos rectores de dichas entidades o por órganos dependientes de esos órganos rectores, debe tenerse en cuenta que el apartado 2 de la citada disposición adicional establece que “la revisión de oficio de los actos administrativos en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma”, y que, a su vez, el artículo 217.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria tribuye al Ministro de Hacienda la competencia para declarar la nulidad de pleno derecho. Por lo demás, el carácter de acto administrativo en materia tributaria de los actos de determinación de las tarifas portuarias se deduce, con bastante claridad, del fundamento jurídico 6ª de la sentencia 102/2005 de 20 de abril, del Tribunal Constitucional, cuando califica a las llamadas tarifas por servicios portuarios como prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria.

Esa circunstancia obligaría a remitir las solicitudes formuladas al Ministerio de Economía y Hacienda para que se pudiese encauzar la declaración de nulidad por el artículo 217 de la Ley 58/2003 que no contempla, como causa de nulidad de pleno derecho, la declaración de nulidad de la norma legal que sirve de base al acto administrativo de liquidación, lo que determinaría su inadmisión, de acuerdo con el apartado 3 de ese mismo artículo.

Si no se entendiera así, habría, en cualquier caso, razones suficientes para rechazar también la pretensión de nulidad formulada, tal y como seguidamente se expone.

Esa revisión del acto, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley que le sirve de sustento, podría, no obstante, encontrar como límite el transcurso del tiempo o, más concretamente, la prescripción de la acción para exigir la devolución. No se puede olvidar que el artículo 106 de la LRJ-PAC –que resulta aplicable en el campo tributario según tienen declarado las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1994 y 23 de octubre de 2000– establece unos límites para el ejercicio de las acciones de revisión, siendo uno de ellos “la prescripción de acciones o el tiempo transcurrido”. Frente al carácter imprescriptible de la acción de nulidad, no se puede olvidar los efectos de la declaración de nulidad de un acto cuando de éste se deriva, como aquí, la existencia de un ingreso indebido, cuyo derecho a la devolución hubiese prescrito por aplicación de lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes de la Ley 58/2003.

Pues bien, como se indicó anteriormente, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 4 de mayo de 2009, aprecia esta importante circunstancia cuando, después de señalar que por exigencias del principio de seguridad jurídica no es posible revisar las situaciones consolidadas por sentencia con fuerza de cosa juzgada ni las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes, declara:

“Precisando esa doctrina, hay que destacar que en este caso la actuación de gestión tributaria, que perdió sobrevenidamente toda cobertura legal a raíz de que la STC 173/1996, de 31 de octubre, declarase la inconstitucionalidad y nulidad del precepto que establecía el gravamen a que obedecía, constituye una situación consolidada no sólo por haber sido consentida por el recurrente sino también, y principalmente, por el importante lapso de tiempo que duró este aquietamiento, que determinó, conforme a los artículos 64 d) y 65 LGT/1963, que prescribiera el derecho a la devolución de los ingresos indebidos, todo lo cual justifica de un modo reforzado que el juzgador, en aras del principio de seguridad jurídica, limitase su revisabilidad “

En esa misma línea, la Audiencia Nacional, competente para conocer la pretensión que en vía contencioso-administrativa se dedujese contra el acto por el que se denegase la declaración de nulidad, al proceder este acto del Ministro (artículo 11.1.a) LJCA, en su sentencia de 30 de diciembre de 2005, en un supuesto en que se denegaba la nulidad de pleno derecho de

unas autoliquidaciones por el gravamen complementario de la tasa del juego tras la sentencia del Tribunal Constitucional 173/1996, tiene presente que, cuando se presentaron las solicitudes de nulidad de las mismas, el derecho a la devolución se encontraba prescrito, sin que a esos efectos la sentencia del Tribunal Constitucional supusiera un acto interruptivo de la prescripción, aunque, si se tomara como fecha inicial de cómputo esa sentencia, también estaría prescrito el derecho a la devolución, y concluye (fundamento jurídico 3):

“Afirma el actor que nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho. Pues bien, es dudoso que el régimen de nulidad de los actos administrativos pueda aplicarse a las autoliquidaciones, pero en todo caso, la devolución que solicita, como hemos visto, no puede ser acogida pues ha prescrito el citado derecho a la devolución y ello con independencia de que la autoliquidación pudiera ser nula en cuanto se opone a la Constitución en los términos declarados por el Tribunal Constitucional, por basarse en una Ley inconstitucional”

Si se traslada esa doctrina a los supuestos a que se refiere el precepto informe resultaría que, reclamándose la nulidad y consiguiente devolución de los ingresos indebidos realizados desde 1994 a 2003, a la fecha de emisión del presente dictamen habría prescrito con creces el derecho a la devolución de los ingresos indebidos, al haber transcurrido el plazo de cuatro años que establece el artículo 66 de la Ley 58/2003, plazo que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2005, que resuelve un recurso de casación en interés de ley, estimándolo y sentando doctrina legal, empieza a contarse desde el momento en que se realizó el ingreso, aunque, con posterioridad –añade la propia sentencia– se hubiera declarado inconstitucional la norma en virtud de la cual se realizó el ingreso tributario, sin que quepa considerar otro plazo y cómputo distinto de los aplicables al procedimiento de devolución. Ese plazo se ha superado ampliamente.

Es más, aunque se tome como punto de partida la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado de las sentencias del Tribunal Constitucional n os102 y 121/05 (lo que tuvo lugar el 20 de mayo y el 8 de junio 2005, respectivamente), que declararon la inconstitucionalidad del artículo 70 de la LPEMM, también se habría superado ese plazo y habría prescrito el derecho a la devolución, sin que, al tratarse de dos vías totalmente independientes, que se podían haber iniciado, como dice el Tribunal Supremo, simultáneamente, pueda considerarse que un hipotético procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado legislador iniciado antes, hubiera interrumpido ese plazo de prescripción.

## - VII -

Por último, no se puede olvidar la condición de las personas que como interesados insten la nulidad de pleno derecho de esas liquidaciones.

En efecto, si los que solicitan la declaración de nulidad son, por ejemplo, los consignatarios de los buques, obligados tributarios según el artículo 73 de la LPEMM o las Cofradías de Pescadores, representantes del armador en la primera venta, en el caso de la tarifa T- 4 de la pesca fresca, no hay que perder de vista que ambos actúan en representación del naviero, propietario del buque o armador, y que ambos habrán repercutido en el precio que cobren al propio naviero o propietario del buque o a los mayoristas o minoristas el importe de la tarifa, por lo que, aunque se pueda reconocer a esos obligados tributarios legitimación para instar la nulidad y por extensión solicitar la devolución de los ingresos indebidos realizados, el artículo 14.4 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, de revisión de actos en vía administrativa, dictado en desarrollo de la Ley 58/2003, obliga a realizar la devolución directamente a la persona o entidad que hubiese soportado indebidamente la repercusión y cuya identificación es por tanto necesaria.

Si los que solicitan la devolución son las personas o entidades a las que se ha repercutido finalmente el importe de la tasa, por ejemplo, los minoristas en la tarifa de la pesca fresca, es obvio que los mismos habrán repercutido también en el precio final de ese producto exigido a

los consumidores finales el importe de la tarifa en cuestión. Si ahora se devolviera a los minoristas el importe de la tarifa, a salvo de una ilusoria e imposible, en muchos casos, devolución de la cuota final a esos consumidores finales, se estaría produciendo un claro enriquecimiento injusto a favor de dichos minoristas.

Ese enriquecimiento injusto, cualquiera que fuera el acreedor de esa devolución, se produciría en todo caso, pues, al margen de los problemas que determinaron la inconstitucionalidad del artículo 70 de la LPEMM, es indudable que, si se analiza la naturaleza jurídica de las tarifas portuarias reguladas en la LPEMM, se llega fácilmente a la conclusión de que se trata de una prestación patrimonial de carácter público satisfecha por los obligados a las Autoridades Portuarias como consecuencia, a su vez, de la prestación por parte de las mismas de determinados servicios portuarios, o por la utilización de las aguas del puerto y de las instalaciones portuarias, estando su importe vinculado al coste del servicio, tipo de operación o intensidad del uso de esas instalaciones.

Esta peculiar naturaleza de las tarifas exigidas por la prestación de los servicios portuarios o por la utilización de las aguas e instalaciones, al margen totalmente de las razones de índole exclusivamente formal que han determinado la declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de esa Ley, hace improcedente en todo caso, como se ha dicho, la devolución de ingresos pretendida.

Como tuvo oportunidad de señalar el Consejo de Estado, en su dictamen de 18 de febrero de 1999 sobre el régimen de los contratos de transacción a celebrar por las Autoridades Portuarias para evitar la provocación de litigios sobre los derechos resultantes de las liquidaciones por tarifas portuarias, lo injusto del enriquecimiento no se refiere a la mala fe del sujeto que se ha enriquecido ni a un comportamiento por parte de éste que haya de considerarse negligente o doloso.

En el presente caso, las personas que han satisfecho esa tarifa como obligados tributarios se han beneficiado de la utilización de las aguas del puerto y de las instalaciones portuarias, siendo ésta la causa de la exigencia de las mismas por las Autoridades Portuarias. Por ello, al no pagar la tarifa o al devolverles el importe pagado, por más que ello sea consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, experimentarían un incremento patrimonial injusto o sin causa.

En el propio dictamen del Consejo de Estado se indica que pudiera argumentarse que el hecho de que la liquidación haya sido anulada es suficiente para apreciar que el enriquecimiento ha sido injusto, a lo que responde, con acierto, que ello no resultaría aceptable, pues si la liquidación ha sido anulada, ello no se debe a que se estime que la tarifa, en sí misma considerada y al margen de su configuración en las Ordenes Ministeriales, sea contraria a Derecho. En efecto, el razonamiento de las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Audiencia Nacional parte de la afirmación contraria, es decir, la tarifa es exigible, lo que no es conforme a la Constitución es que se haya remitido al Ministerio la determinación de la cuantía de la prestación, siendo, como es, una prestación patrimonial de carácter público, en la que debe respetarse el principio de reserva de ley.

En suma, si se devolviese el importe de la tarifa satisfecha, existiría un enriquecimiento sin causa a favor del obligado, porque, habiendo prestado la Administración un servicio o permitido el uso de las aguas del puerto y de las instalaciones y siendo legalmente exigible por ello el pago de una tarifa, ésta, por mor de una declaración de inconstitucionalidad de la norma que delimita la forma de fijar la cuantía de la misma, no su exigencia ni su preceptividad, se vería privada de un ingreso consecuencia de la prestación de un servicio o del uso de sus instalaciones, que tiene un coste determinado.

En este sentido, la diferencia con el impuesto e incluso con el gravamen complementario de la tasa sobre el juego, que tiene un claro carácter impositivo, o con los recargos por ingreso extemporáneo, supuestos todos ellos en los que no está presente esa idea de contraprestación de un servicio, propio de las tasas y de las tarifas portuarias, es evidente.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La solicitud de declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones giradas en concepto de tarifas portuarias, formulada al amparo de los artículos 62.1 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y fundada en la declaración de inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, (tanto en su redacción originaria como en la redacción dada a dicho precepto, por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre) efectuada por las sentencias del Tribunal Constitucional nos 102/2005, de 20 de abril, y 121/2005, de 10 de mayo entra en colisión con la doctrina del Tribunal Constitucional y con la doctrina tradicionalmente mantenida por el Tribunal Supremo que, tomando por base el principio de seguridad jurídica, impide la revisión de situaciones y actos confirmados por sentencia firme, así como la revisión de actos firmes en vía administrativa, como son las liquidaciones de las tarifas portuarias giradas a lo largo del periodo de vigencia de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, que concluyó el 27 de febrero de 2004, siempre que dichas liquidaciones no hayan sido impugnadas.

**Segunda.-** De admitirse la procedencia de la vía indicada, la competencia para declarar la nulidad de las liquidaciones de referencia, dado el indudable carácter tributario de las tarifas portuarias, correspondería a la Ministra de Economía y Hacienda, de acuerdo con la disposición adicional decimosexta apartado.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y Cconel artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

**Tercera.-** La acción de revisión del acto nulo, aunque en principio puede formularse en cualquier momento, encuentra como límite el transcurso del tiempo, más concretamente, la prescripción de la acción para exigir la devolución del ingreso indebido producido (artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículos 64 d) y 65 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre General Tributaria, y artículos 66 d) y 67 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), criterio que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional y por la Audiencia Nacional, y que hace inviable cualquier pretensión anulatoria y la consiguiente devolución de ingresos indebidos con sus intereses, planteada por los interesados.

**Cuarta.-** La devolución de ingresos indebidos derivada de la declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones giradas en concepto de tarifas portuarias podría determinar, dado que dichas tarifas son exigidas en contraprestación de un servicio o por la utilización de instalaciones portuarias, un enriquecimiento injusto en favor de los solicitantes de la devolución, tal y como se razona en el apartado VII de este dictamen, constituyendo ello otro obstáculo para apreciar la nulidad de las liquidaciones y la devolución de ingresos pretendida.

## **161.- Informe sobre recursos “per saltum” formulados ante el Ministerio de Fomento solicitando la nulidad de ciertas liquidaciones por tarifas portuarias giradas al amparo de diversas Órdenes Ministeriales**

### **Resumen**

Consulta sobre recursos “per saltum” formulados ante el Ministro de Fomento solicitando la nulidad de ciertas liquidaciones por tarifas portuarias giradas al amparo de diversas Ordenes Ministeriales declaradas nulas.

Extemporaneidad de los citados recursos al haber pasado más de cuatro años desde el ingreso de las tarifas portuarias, de acuerdo con Sentencias de la Audiencia Nacional, que toman, en todo caso, como referencia el plazo indicado de devolución de ingresos indebidos, y por aplicación de las reglas en materia de notificación de actos administrativos de la Ley 30/1992 y de la LGT/1963.

En cuanto al fondo, la nulidad de una disposición general (Ordenes aprobando las tarifas), no determina la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos firmes dictados a su amparo, salvo que concurra en ellos alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, lo que no ocurre aquí.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 38/10

**Fecha:** 25 de mayo de 2010

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su solicitud de dictamen sobre los recursos per saltum formulados por determinada empresa ante el Ministro de Fomento en los que se solicita la nulidad de ciertas liquidaciones por tarifas portuarias giradas al amparo de diversas Órdenes del Ministerio de Fomento declaradas nulas y que encuentran fundamento en el artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, declarado inconstitucional.

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente dictamen:

**- I -**

Tal y como se recoge en el escrito de consulta y viene a ratificarlo uno de los recursos formulados que se adjunta con el mismo, la nulidad de las liquidaciones giradas en concepto de tarifas portuarias durante los años 1998 a 2003 por la Autoridad Portuaria de Barcelona se articula mediante recursos per saltum del artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) basados en la nulidad de pleno derecho de tres Órdenes Ministeriales aprobadas por el entonces Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente y que sirvieron de base para la emisión de las correspondientes liquidaciones (se trata ,concretamente, de la Orden de 19 de abril de 1995, modificada por Orden de 30 de enero de 1996; de la Orden de 30 de julio de 1998, por la que se estableció el régimen de las tarifas por servicios portuarios prestados por las Autoridades Portuarias; y, finalmente, de la Orden de 30 de julio de 1998, por la que se establecieron los límites máximos y mínimos de dichas tarifas. Estas Órdenes fueron modificadas, a su vez, por la Orden de 22 de diciembre de 2000).

La nulidad de pleno derecho de las citadas normas reglamentarias ha sido declarada judicialmente, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2005 (que confirmó en vía de recurso de casación la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de enero de 2001) y deriva de la vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria,



de efecto del que también adolecía el artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) y del que las citadas disposiciones generales traían causa, lo que propició la declaración de inconstitucionalidad del mismo, en la redacción originaria y en la derivada de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre (sentencias del Tribunal Constitucional nºs\*\* 102/2005, de 20 de abril y 121/2005, de 10 de mayo).

Con fundamento en lo anterior, el 31 de marzo de 2010 tuvo entrada en la Autoridad Portuaria de Barcelona una serie de recursos de alzada per saltum dirigidos al Ministro de Fomento contra las liquidaciones giradas por dicha entidad pública en concepto de tarifas por servicios portuarios prestados a una empresa (la entidad mercantil X, S.A.) durante los años 1998 a 2003 y que, según se indica (apartado I del escrito de recurso y alegación única. I), fueron pagadas en su momento por dicha empresa a la Autoridad Portuaria de Barcelona.

Las liquidaciones, –según la entidad recurrente– fueron notificadas omitiendo los requisitos previstos en los artículos 58.2 de LRJ-PAC y 124 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria resultando, por consiguiente, de aplicación a las mismas el régimen que para las notificaciones defectuosas prevee el artículo 58.3 de la Ley 30/1992 de la LRJ-PAC, así como el que disponía el artículo 125 de la citada Ley 230/1963.

En cuanto al fondo, la entidad recurrente entiende que, habiéndose girado por la Autoridad Portuaria de Barcelona las mencionadas liquidaciones al amparo de tres Órdenes Ministeriales que han sido declaradas nulas de pleno derecho, procede hacer extensiva esa nulidad a las referidas liquidaciones y acordar la devolución de la suma total ingresada por dicho concepto, con el correspondiente interés devengado desde la fecha del ingreso hasta el momento de la ordenación del pago.

- II -

Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, es necesario examinar la admisibilidad de los recursos formulados.

Como se ha dicho, se trata de varios recursos per saltum del artículo 107.3 de la LRJ-PAC interpuestos ante el Ministro de Fomento. El citado precepto, después de indicar que “contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa,” añade que “los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general, podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición”

En definitiva, según dicho precepto, cuando un recurso contra un acto administrativo se funde únicamente, lo que es el caso, en la nulidad de una disposición administrativa de carácter general, puede interponerse directamente ese recurso de alzada impropio o per saltum ante el órgano que dictó esa disposición, en este caso, el Ministro de Fomento, como sucesor del antiguo Ministro de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente. Se entiende, por lo demás, que el plazo para la interposición del recurso de alzada ordinario (artículo 115.1 de la LRJ-PAC), contado desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado, es aplicable al recurso per saltum.

Pues bien, en el presente caso, los recursos per saltum, interpuestos el 31 de marzo de 2010, tienen por objeto unas liquidaciones giradas por tarifas portuarias e ingresadas por la entidad recurrente a la Autoridad Portuaria de Barcelona entre los años 1998 a 2003, liquidaciones que, según la empresa en cuestión y para salvar cualquier problema de extemporaneidad de su recurso, fueron notificadas omitiendo los requisitos previstos en los artículos 58.2 de la LRJ-PAC y 124 de la Ley 230/1963, resultando aplicable, a su entender, el régimen que para las notificaciones defectuosas establece el artículo 58.3 de la LRJ-PAC, así como el que disponía el artículo 125 de la citada Ley 230/1963

Pues bien, para razonar la clara extemporaneidad de los recursos per saltum formulados y, por consiguiente, la inadmisibilidad de los mismos, hay que comenzar diciendo que, en la fecha en que se giraron todas las liquidaciones, las tarifas tenían la consideración de precios privados, de acuerdo con el artículo 70.1 de la LPEMM, en su redacción originaria y en la que le dio la Ley 62/1997. Las diversas Órdenes ministeriales estableciendo el régimen de las tarifas que se fueron aprobando, como las Órdenes de 19 de abril de 1995, modificada por la Orden de 30 de enero de 1996, y las de 30 de julio de 1998, modificadas por la Orden de 22 de diciembre de 2000, y que fueron tenidas en cuenta por las Autoridades Portuarias al aprobar sus propias tarifas (artículo 70.2 de la LPEMM, punto segundo de la Orden de 19 de abril de 1995 y artículo 7 de la Orden de 30 de julio de 1998) partieron siempre, como es obvio, de esa consideración, procediendo las Autoridades Portuarias a aplicar las tarifas por los servicios prestados de conformidad con el régimen y límites fijados en las mismas y en las cuantías aprobadas por sus respectivos Consejos de Administración.

La consideración de las tarifas en cuestión como precios privados determinó que el artículo 9 de la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998 señalara ya que contra las liquidaciones de tarifas por servicios prestados directamente por las Autoridades Portuarias procedería la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles, reclamación que había que formular en el plazo de un mes desde la notificación de la liquidación, disponiendo el Consejo de Administración de un plazo de tres meses para resolverla, transcurrido el cual sin haber dictado resolución podría entenderse desestimada.

Pues bien, resulta evidente que, cuando la Autoridad Portuaria notificó a la recurrente la liquidación de esas tarifas portuarias no lo hizo como si la misma fuera un acto administrativo de naturaleza tributaria, sino que se limitó a trasladársela como una factura de naturaleza privada (basta, en este sentido, ver alguna de las facturas aportadas por la recurrente), sin ofrecerle, por tanto, el recurso administrativo correspondiente y sin darle la debida conceptualización jurídica de la misma como tasa, como resultó definitivamente de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005, de 20 de abril, que, en su fundamento jurídico sexto, calificó a las llamadas tarifas por servicios portuarios como prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria.

Siendo ello así, y, aunque ahora se pueda ya admitir que las tarifas en cuestión tienen la consideración de tasas y, por tanto, que las liquidaciones de las mismas son actos administrativos de naturaleza tributaria, no cabe desconocer, como ha tenido oportunidad de señalar la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en sentencia de 14 de septiembre de 2005 en un caso idéntico a éste (recursos per saltum presentados el 22 de marzo y el 9 de abril de 2001 contra unas liquidaciones giradas durante varias anualidades, desde 1995 a 2001, en el que se planteó también la extemporaneidad de esos recursos), que “el transcurso del tiempo influye sobre el ejercicio del derecho a la devolución de lo ya ingresado, de modo que no puede quedar abierta indefinidamente la posibilidad de reclamar lo indebidamente abonado. Ello nos remite a la aplicación al caso del instituto de la prescripción, habida cuenta de que la pretensión de la actora abarca no sólo la anulación de las liquidaciones sino además la devolución de lo ingresado.”

De los datos a que se refiere ese recurso – añade la sentencia -, “resulta claro, en primer lugar, que existen liquidaciones que fueron practicadas y abonadas durante los años 1995, 1996 y 1997 y también resulta patente que el recurso en vía administrativa fue presentado el 22 de marzo de 2001, transcurrido el plazo de cuatro años, desde que fueron practicadas las liquidaciones.” Sobre esta base, en el fallo se declara prescrito el derecho a la devolución de ingresos procedentes de las liquidaciones practicadas a la entidad recurrente y correspondientes a los años 1995, 1996 y las practicadas hasta el 27 de marzo de 1997.

En el presente caso, aplicando el criterio de esa misma Sala y Sección, competente para conocer del hipotético recurso contencioso-administrativo que se interpusiera por la empresa contra la resolución del Ministro de Fomento que inadmita el recurso presentado por ella, resulta mucho más clara la prescripción del derecho a la devolución de las cantidades ingre-

sadas correspondientes a los años 1998 a 2003, cuando el recurso en vía administrativa se formula el 31 de marzo de 2010, transcurrido con notable exceso el plazo de prescripción de cuatro años (introducido por la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes que modificó el artículo 64 de la Ley 230/2968 General Tributaria con efectos de 1 de enero de 1999) que es el que en todo caso, incluso para el ejercicio 1998, debe ser tenido en cuenta de acuerdo con la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2001, de la que se hace eco, extrapolándolo a un caso como el suscitado, la sentencia de la Audiencia Nacional antes citada, plazo que empezaría a contarse desde el día en que se realizó el ingreso indebido y que aquí ha sido ampliamente superado.

No obstante, y para apurar la argumentación, es preciso hacer referencia a la alegación de la empresa recurrente que, consciente de la extemporaneidad de su recurso, trata de salvar este obstáculo, señalando que las tarifas fueron notificadas omitiendo los requisitos previstos en los artículos 58.2 de la LRJ-PAC y 124 de la Ley 230/1968, de 28 de diciembre, General Tributaria, resultando, por tanto, de aplicación el régimen de las notificaciones defectuosas de los artículos 58.3 de la LRJ-PAC y 125 Ley 230/1968 General Tributaria de la.

La invocación de esos preceptos presupone de entrada que las tarifas por servicios portuarios giradas tienen la consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público (tasas) y que la resolución oportuna que contiene las mismas tiene, por tanto, la consideración de un acto administrativo de naturaleza tributaria. Aunque algunos Tribunales del orden contencioso-administrativo consideraron que la naturaleza jurídica de esas tarifas era la de tasas y no la de precios privados, lo cierto es que no fue hasta la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 70 de la LPEMM por vulneración del principio de reserva de ley en materia tributaria, cuando pudo decirse que tenían esa consideración de prestaciones patrimoniales de carácter público. (hasta la entrada en vigor de la Ley 48/2003, las Autoridades Portuarias siguieron practicando liquidaciones por tarifas portuarias como precios privados a través de las facturas correspondientes).

Siendo ello así, aunque se admitiese que eran realmente tasas y que, sobre esta base, debían cumplir con las exigencias de notificación de los actos administrativos en general y tributarios en particular establecidas en los artículos 58.2 de la LRJ-PAC y 124 de la Ley 230/1998, de 28 de diciembre, General Tributaria, no se puede, por menos, que afirmar que, en la terminología de esos preceptos, las facturas en cuestión contenían el texto íntegro del acto o los elementos esenciales de la liquidación (basta, de nuevo, examinar el texto de las facturas, donde, aparte de los datos personales del usuario y del buque, aparecen los datos identificativos del servicio y la relación concreta de los facturados), habiendo omitido, como es obvio, los recursos que en el ámbito administrativo procedían contra la misma y los plazos para su interposición. Pues bien, aplicando, como dice la recurrente, el régimen que para las notificaciones defectuosas de los actos administrativos prevén los artículos 58.3 LRJ-PAC y 125 de la Ley 230/1998, de 28 de diciembre, General Tributaria, la extemporaneidad de los recursos sería evidente también.

En efecto, los preceptos citados consideran que las notificaciones defectuosas que contengan el texto íntegro del acto surtirán efecto a partir del momento en que el interesado realice actuaciones que demuestren que conoce el contenido y alcance de la resolución o, en el campo tributario, desde que efectúe el ingreso de la deuda tributaria. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1996 y 16 de mayo de 2001 dejan claro que, en los casos de notificaciones defectuosas, el ingreso de la liquidación pertinente presupone, como es obvio, un conocimiento del contenido de la liquidación, comenzando a correr desde ese día el plazo para interponer un posible recurso administrativo contra la misma. Teniendo en cuenta que todas las facturas a las que se refieren ese recurso se hicieron efectivas, como reconoce la recurrente, entre los años 1998 a 2003, resulta clara la extemporaneidad del recurso.

La otra forma de subsanación, de acuerdo con esos mismos preceptos, sería la interposición, eso sí en tiempo y forma, del recurso pertinente (en este sentido, las sentencias del

Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1994 y 23 de octubre de 1995, en el campo tributario, y en el administrativo general, las de 20 de octubre de 1983, 25 de abril de 1994, 11 de julio de 1997, 20 de julio de 2000, 4 de junio de 2001, etc).

Así, en la sentencia de 23 de octubre de 1995 se afirma que “con fecha 26 de julio de ese mismo año (la notificación defectuosa tuvo lugar el 1 de julio), según consta acreditado interpuso el actor recurso de reposición contra la misma, por lo que, a mayor abundamiento, quedaron salvados los posibles defectos de aquélla, por la vía del artículo 125 de la Ley 230/1998, de 28 de diciembre, General Tributaria...”

En la sentencia de 20 de julio de 2000 se dice que “ aun sin notificación, la señora C.P. interpuso en tiempo y forma este recurso contencioso administrativo, surtiendo desde entonces plenos efectos la resolución impugnada...”

En el presente caso, la empresa recurrente no ha interpuesto en tiempo y forma recurso y han pasado más de siete años desde el último ingreso de la deuda derivada de las tarifas, por lo que aquélla no puede acogerse tampoco, en este extremo, a dichos preceptos legales para entender formulados en plazo los recursos.

Por último, el artículo 125 de la Ley 230/1998, de 28 de diciembre, General Tributaria, invocado también por la recurrente, considera que surtirán efecto por el transcurso de seis meses las notificaciones practicadas personalmente a los sujetos pasivos que, conteniendo, el texto íntegro del acto, hubieran omitido algún otro requisito, salvo que se haya hecho protesta formal dentro de ese plazo en solicitud de que la Administración rectifique la deficiencia.

Pues bien, partiendo de nuevo de la base de que la factura remitida contiene los elementos esenciales de la tarifa exigida y, por tanto, el texto íntegro del acto, omitiendo los demás requisitos, en especial la indicación de los recursos pertinentes y plazo para formularlos, el transcurso del plazo de seis meses desde su emisión e ingreso, sin que en ese plazo se haya hecho protesta formal por la empresa en solicitud de que la Autoridad Portuaria rectifique la deficiencia, ha subsanado los vicios de que adoleciera haciendo que surta desde esa fecha plenos efectos (en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1976), situación que se ha prolongado en un periodo de tiempo que va de 12 a 7 años, nada menos.

Todo ello pone de manifiesto, la extemporaneidad de los recursos formulados, lo que ha de llevar sin más a la declaración de inadmisibilidad de los mismos.

- III -

En cuanto al fondo, la recurrente, como se ha dicho, entiende, que, habiéndose girado por la Autoridad Portuaria de Barcelona las mencionadas tarifas al amparo de tres Órdenes Ministeriales que son nulas de pleno derecho, procede hacer extensiva esa nulidad a las referidas liquidaciones y acordar la devolución de la suma total ingresada, con el correspondiente interés devengado desde la fecha del ingreso hasta el momento de la ordenación del pago.

Para rebatir la pretensión formulada, hay que comenzar diciendo que, con fundamento en el principio de seguridad jurídica que sanciona al artículo 9.3 de la Constitución y, en el plano de la legalidad ordinaria, el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, actualmente derogada, y el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, vigente (LRJ-PAC), la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo como criterio tradicional el de incommunicación del grado de invalidez (nulidad de pleno derecho) de la disposición general declarada nula a los actos firmes de aplicación de la misma. Más particularmente, y en el ámbito de los actos administrativos en materia tributaria, éste es el criterio recogido en las sentencias, entre otras muchas, de 23 de octubre y 3 de diciembre de 1999; 29 de enero y 6 de marzo de 2000; y de 21 de abril, 4 de mayo, 10 de junio y 15 de julio de 2004 (estas últimas, posteriores a la nueva línea jurisprudencial de la que luego se hará referencia). Así, en las

sentencias de 23 de octubre de 1999 y 24 de enero de 2000, se hacen, a modo de resumen de la doctrina expuesta en dichas resoluciones, las siguientes afirmaciones:

- “a) La nulidad de las disposiciones generales, declaradas en recurso directo o estimada en recursos indirectos, no produce la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos dictados a su amparo.
- b) La nulidad de pleno derecho sólo se produce cuando los actos administrativos tributarios han incurrido en alguna de las causas establecidas en el artículo 153 de la Ley 230/1998, de 28 de diciembre, General Tributaria.
- c) Las liquidaciones practicadas conforme a las normas vigentes en dicho momento no inciden en nulidad de pleno derecho, aunque tales normas sean posteriormente declaradas ilegales”.

Por otro lado, los efectos de la declaración de nulidad de las disposiciones generales están recogidos, además, en el artículo 73 de la Ley 29/ 1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) que dispone que “las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias u actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente”.

Este principio tenía su reflejo en lo dispuesto en el artículo 158 de la antigua Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 (hoy 213.3 de la nueva Ley General Tributaria de 17 de diciembre de 2003) , conforme al cual “no serán en ningún caso revisables los actos administrativos confirmados por sentencia judicial firme,” regla que constituye una reiteración de lo que es y ha sido siempre un principio general del Derecho Administrativo español, sancionado actualmente en el artículo 102.4 de la LRJ-PAC, que previene la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la norma anulada.

Este principio, que recogen los preceptos citados, ha sido, como se ha dicho, reiteradamente aplicado, con relación a las leyes y a sus actos de aplicación, pero extensible plenamente a las disposiciones generales y a los actos dictados en aplicación de las mismas, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Comenzando por la primera, se pueden citar las sentencias nos 22/1996, de 18 de marzo y 215/1989, de 11 de enero.

Por su parte, la sentencia del mismo Tribunal Constitucional nº 45/1989 de 20 de febrero, declaró que “la Ley deja a este Tribunal la tarea de precisar el alcance de los efectos de la nulidad en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento,” –al hilo de cuya declaración se insiste más adelante en los efectos de la nulidad de las disposiciones generales en el orden contencioso- administrativo–, declarando la citada sentencia que “entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no sólo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 de la LOTC), sino también por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría –como con razón observa el representante del Gobierno– un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales.” Esta afirmación es corroborada por la sentencia de 27 de febrero de 2002 en cuyo fundamento jurídico noveno, en que se apela al principio de seguridad jurídica, se hace constar que lo dispuesto sobre retroactividad en el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es un “mínimo impuesto por el precepto” y se declara, con ánimo de generalidad, que “el principio constitucional de seguridad jurídica del artículo 9.3 también reclama que, en el asunto que nos ocupa, dicha declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con los

nuevos supuestos y con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme.”

“En efecto –prosigue el Tribunal Constitucional– al igual que dijimos en las SSTC 45/89 , F.11, 180/2000 de 29 de junio, F.7 sobre la Ley riojana 2/1993, de Presupuestos, y 289/2000 de 30 de noviembre, F.7 sobre Ley balear reguladora del Impuesto sobre Instalaciones que incidan en el medio ambiente, entre otras, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes;” declaración que se reitera en la sentencia de 1 de julio de 1997 - fundamento jurídico quinto -.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997 resolvió el recurso de amparo interpuesto contra sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que confirmó la actuación administrativa cuando ya se había declarado la inconstitucionalidad del precepto; invocada ésta, y ante la pretensión de extender dicha inconstitucionalidad a la sentencia impugnada en amparo, tal pretensión fue denegada por el Tribunal Constitucional, afirmando que la declaración de inconstitucionalidad que se contiene en la sentencia 173/96 no permite revisar un proceso fenecido mediante sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada en el que, como sucede en el presente caso, antes de dictarse aquella decisión se ha aplicado una Ley luego declarada inconstitucional, declarando seguidamente que “la garantía de la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución excluye una general remoción del pasado por obra de los pronunciamientos de inconstitucionalidad que pueda llevar a cabo este Tribunal”.

En resumen, existen normas jurídicas (artículo 40.1 de la LOTC, artículo 102.4 de la LRJ-PAC y artículo 73 de la LJCA) que regulan los efectos de la nulidad de pleno derecho de todas las disposiciones generales, incluida la Ley, lo que en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa cobra una especial relevancia por virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de su Ley rectora que no hace sino trasladar al ámbito jurisdiccional el principio, siempre recogido en las normas de procedimiento administrativo, acerca de los efectos de la nulidad de las disposiciones generales que, por virtud del principio constitucional de seguridad jurídica, no permiten la revisión ni de procesos fenecidos con eficacia de cosa juzgada ni tampoco la de actos administrativos firmes y consentidos.

De todo ello se deduce la primacía del principio de seguridad jurídica sobre el de legalidad, por lo que, pese a la declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada en las sentencias o actos administrativos (lo que exigiría, por aplicación del principio de legalidad, la revisión de las sentencias y actos), queda excluida la revisión de unas y otros.

#### - IV -

La doctrina del Tribunal Constitucional indicada respecto a la ley resulta igualmente aplicable, como es obvio, en el ámbito propiamente contencioso-administrativo para las disposiciones generales, como las que han dado lugar a este recurso, pudiendo citarse en tal sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1996; 7 de febrero de 1998; 2 de octubre de 1999; 26 de junio y 15 de noviembre de 2000, 1 y 17 de julio, y 18 de septiembre de 2003, en las que se concluye que la nulidad por vía de inconstitucionalidad de una ley o de una disposición general no se traslada al acto administrativo y que éste, si es firme o está confirmado por sentencia judicial firme, ni puede ser objeto de revisión ni puede servir de base para la exigencia de responsabilidad. Con estos pronunciamientos, que tienen anclaje en la doctrina del Tribunal Constitucional, no se hace más que reiterar lo que, con base en el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución, viene siendo reafirmado para el orden administrativo con vocación de generalidad: que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1 de la LOTC quedan excluidas de revisión las situaciones y actos confirmados

por resentencias y actos firmes en vía administrativa, con la única excepción de los actos sancionadores.

En definitiva, resulta obvio que la nulidad de una disposición administrativa, en este caso la de las Ordenes Ministeriales aprobatorias de las tarifas portuarias no produce la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos firmes dictados a su amparo a no ser que concurra en los mismos alguna de las causas de nulidad de pleno derecho tasadas en la ley, lo que no ocurre aquí, ya que ninguno de los actos de liquidación dictados está incurso en alguna de las causas de nulidad del artículo 62.1 de la LRJ-PAC.

Deben, en consecuencia y en el peor de los casos, desestimarse por esta razón los recursos interpuestos.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Los recursos per saltum interpuestos el 31 de marzo de 2010 por la entidad X, S.A., al amparo del artículo 107.3 de la Ley 30/1992, contra liquidaciones por tarifas portuarias giradas a la misma por la Autoridad Portuaria de Barcelona durante los años 1998 a 2003 e ingresadas por dicha entidad en esas fechas, son inadmisibles por su clara extemporaneidad, tal y como se razona en el apartado II de este informe.

**Segunda.-** Subsidiariamente, en cuanto fondo, la nulidad de una disposición administrativa, en este caso la de las Ordenes Ministeriales aprobatorias de las tarifas portuarias no produce la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos firmes dictados a su amparo (artículos 40.1 de la LOTC, 102.4 de la LRJ-PAC y 73 de la LJCA) a no ser que concurra en los mismos alguna de las causas de nulidad de pleno derecho tasadas en la ley, lo que no ocurre aquí, ya que ninguno de los actos de liquidación dictados está incurso en alguna de las causas de nulidad del artículo 62.1 de la LRJ-PAC, todo ello de acuerdo con los razonamientos, basados en una consolidada doctrina jurisprudencial, contenidos en los apartados III y IV de este informe.

## **162.- Informe sobre la aplicación de las previsiones relativas al procedimiento de liquidación de las tasas portuarias contenidas en la Ley 33/2010, que introduce un nuevo sistema de gestión de las tasas portuarias basado en la autoliquidación.**

### **Resumen**

Consulta sobre la aplicación de las previsiones relativas al procedimiento de liquidación de las tasas portuarias contenidas en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, que modifica el Título I de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general, introduciendo en el artículo 9 un nuevo sistema de gestión de las tasas portuarias, basado en la autoliquidación.

La eficacia plena de esa nueva previsión legal depende, como claramente resulta del artículo 9.1 del citado texto legal, de que por parte del Ministerio de Fomento se aprueben los criterios, forma y plazos para practicar las operaciones de calificación y cuantificación, a través de una Orden Ministerial y se determinen, en virtud de una resolución de dicho Ministerio, la forma y plazos para presentar la autoliquidación, todo ello aunque la reforma introducida en ese precepto entre en vigor el 1 de enero de 2011.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 87/10

**Fecha:** 23 de diciembre de 2010

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

Ha tenido entrada en esta Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado solicitud de dictamen en relación con la aplicación de las previsiones, relativas al procedimiento de liquidación de las tasas portuarias, contenidas en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, que, entre otras modificaciones, dio nueva redacción al Título I de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, introduciendo en el artículo 9 un nuevo sistema de gestión de las tasas portuarias.

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente dictamen:

**- I -**

Para comprender el auténtico alcance de la cuestión sometida al parecer de esta Abogacía General del Estado hay que comenzar diciendo que el artículo primero de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003 dio nueva redacción a la casi totalidad de los artículos integrantes del Título I de este texto legal relativo al “Régimen Económico del sistema portuario de titularidad estatal”. Entre los preceptos que se vieron afectados por esta reforma se encuentra el artículo 18 de ese Título, relativo a la “Gestión, revisión y garantías de cobro de las tasas” y que ha pasado a ser el artículo 9.

El artículo 18 de la Ley 48/2003, en su primitiva redacción y en lo que se refiere a la gestión de las tasas, disponía únicamente en su apartado 1 que “la gestión y recaudación de las tasas se efectuará por las Autoridades Portuarias pudiendo utilizar para la efectividad del cobro de las mismas las garantías constituidas al efecto y, en su caso, la vía de apremio. La gestión recaudatoria en periodo ejecutivo se podrá realizar, previa celebración del oportuno convenio, por los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en cuyo caso el convenio será conjunto para las Autoridades Portuarias”.

El actual artículo 9 de la Ley 48/2003, tras la reforma efectuada por la Ley 33/2010 mantiene, en lo esencial, la redacción del apartado 1 del antiguo artículo 18, reproducido



anteriormente, añadiendo, no obstante, dos nuevos párrafos a ese apartado, que suponen una verdadera novedad en la gestión de las tasas respecto al sistema anterior de la Ley.

En efecto, aunque el artículo 18.1 de la Ley 48/2003, en su redacción originaria, podía haber sido más explícito en lo relativo a la gestión de las tasas, si se compara el texto de ese artículo y apartado con el nuevo artículo 9.1 se llega a la conclusión de que el sistema de gestión de las tasas o, si se prefiere, el procedimiento de liquidación de las mismas que establecía el artículo 18.1 era el llamado sistema de liquidación, consistente bien en la declaración por el sujeto pasivo de la tasa correspondiente de que se había producido el hecho imponible, bien en la constancia fehaciente por parte de las Autoridades Portuarias de que se había producido también el mismo (piénsese, por ejemplo, en la tasa de ocupación del dominio público portuario en virtud de una concesión o autorización para ocupar ese dominio), seguida de la práctica de la oportuna liquidación por parte de la Autoridad Portuaria respectiva, previa realización de las correspondientes tareas de calificación y cuantificación sobre la base de las previsiones contenidas en los preceptos legales correspondientes reguladores de la tasa de que en cada caso se tratase o en los acuerdos que hubiese adoptado, en su caso, especialmente en materia de bonificaciones, el Consejo de Administración de la respectiva Autoridad Portuaria.

A esta conclusión se llega, como se ha indicado, si se compara la redacción de del artículo 18.1 de la Ley 48/2003 con la que tiene el actual artículo 9.1, sobre todo los dos últimos párrafos de este precepto, tras la reforma del Título I de la misma efectuada por la Ley 33/2010.

En efecto, los párrafos citados, introducidos novedosamente en el artículo 9.1 –constituyendo ello un argumento de peso para entender que, hasta ese momento, el sistema de gestión era el de liquidación administrativa o de contraído previo, seguida de la notificación oportuna de la liquidación al sujeto pasivo–, disponen textualmente:

“Los sujetos pasivos estarán obligados a practicar las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda. Los criterios, forma y plazos para ello se aprobarán por Orden del Ministerio de Fomento.

Las tasas serán objeto de autoliquidación por sus respectivos sujetos pasivos en la forma y plazos que se determinen por Resolución del Ministerio de Fomento.”

- II -

Pues bien, de la nueva redacción dada al artículo 9 queda claro el cambio de sistema de gestión o del procedimiento de liquidación de las tasas portuarias, pasándose de un sistema de liquidación administrativa de oficio, tras la constatación por la propia Autoridad Portuaria de que se ha realizado el hecho imponible de la tasa y de la cuantificación oportuna, a otro sistema en el que los sujetos pasivos están obligados a practicar las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda y que desemboca en la autoliquidación realizada también por los respectivos sujetos pasivos.

Ahora bien, el establecimiento de este nuevo sistema de gestión de las tasas portuarias está supeditado en la propia Ley a que, por parte del Ministerio de Fomento, se aprueben, por un lado, los criterios, forma y plazos para la práctica de las operaciones de calificación y cuantificación de las tasas, a través de una Orden Ministerial, y, por otro lado, a que se determine por resolución del mismo Departamento ministerial la forma y plazos de autoliquidación de esas mismas tasas.

Tal y como se indica en la solicitud de informe, el próximo 1 de enero de 2011 (disposición final sexta de la Ley 33/2010), y coincidiendo con la entrada en vigor de la primera Ley de Presupuestos Generales del Estado posterior a la Ley 33/2010, entrará en vigor, con pequeñas excepciones, el artículo primero de este último texto legal, relativo a la modificación

del Título I de la Ley 48/2003 y, entre los preceptos de dicho Título, el artículo 9, referente a la gestión de las tasas.

Sobre esta base, y dado que se ha establecido, como se ha expuesto, un nuevo sistema de gestión de las tasas supeditado a la aprobación, por Orden del Ministerio de Fomento, de los criterios, forma y plazos para practicar las operaciones de calificación y cuantificación y a que se determine, por resolución de ese mismo Ministerio, la forma y plazos para practicar la autoliquidación de las tasas, lo lógico y razonable consiste en pensar que antes del 1 de enero de 2011, estén aprobadas y publicadas las citadas Orden y resolución, sin las cuales no es posible dotar de eficacia plena al artículo 9.1 de la Ley.

Ahora bien, si esto no ocurre y aunque la Ley 33/2010 no contiene, en el extremo relativo al nuevo sistema de gestión de las tasas, disposición transitoria alguna que permita normativamente dar una solución legal al problema planteado, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado es del parecer de que la falta de aprobación de esa Orden y resolución impide, por un lado, que la reforma operada en este punto pueda entrar en vigor el 1 de enero de 2011 (si no hay criterios de calificación o cuantificación, ni modelos de autoliquidación, ni se sabe el plazo que existe para presentar la misma, difícilmente puede pensarse que la reforma legal en es efectiva en este extremo) y, por otro, determina, sin necesidad de que se promulgue una nueva norma que prorrogue el antiguo sistema, que hasta que llegue ese momento pueda y deba seguir aplicándose por las Autoridades Portuarias el sistema de liquidación de oficio de las tasas.

Es más, a partir del 1 de enero de 2011, producido el hecho imponible de la tasa portuaria respectiva, la Autoridad portuaria está obligada a exigir la cuota tributaria correspondiente, sin que pueda eludir esa obligación legal amparándose en el hecho de no haberse dictado las normas correspondientes para la calificación, cuantificación y autoliquidación de las tasas por los sujetos pasivos, de necesaria aprobación para la puesta en marcha del nuevo sistema de gestión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 48/2003, reformado por la Ley 33/2010.

La falta de liquidación por parte de las Autoridades Portuarias de las tasas devengadas a partir del 1 de enero de 2011 por falta de aprobación, antes de esta fecha, de la correspondiente Orden y resolución del Ministerio de Fomento a que se refiere el artículo 9.1 citado, regulando los criterios, forma y plazos para calificar, cuantificar y autoliquidar las tasas, supondría, además, una merma considerable de sus ingresos y una quiebra del principio de autosuficiencia del sistema portuario, amén de un claro enriquecimiento para los sujetos pasivos de las tasas.

Lo expuesto no es obstáculo para que la futura Orden del Ministerio de Fomento que desarrolle, en este punto, las previsiones del artículo 9.1, contenga una disposición transitoria que reconozca la validez de las liquidaciones giradas por el antiguo sistema hasta el momento de entrada en vigor de aquella.

La argumentación contenida en este dictamen, favorable al mantenimiento del antiguo sistema de liquidación hasta que se aprueben la correspondiente Orden y resolución a que se refiere el artículo 9.1, aunque ello tenga lugar después del 1 de enero de 2011 (fecha de entrada en vigor en su conjunto de las modificaciones introducidas en el Título I de la Ley 48/2003 por la Ley 33/2010) si bien no puede impedir la impugnación por los sujetos pasivos de las liquidaciones que se giren por las Autoridades Portuarias a partir de esa fecha, haría que las posibilidades de éxito de las eventuales impugnaciones (fundadas en la aplicación del anterior sistema de liquidación) que se hubieran formulado fueran realmente mínimas.

En virtud de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El artículo 9.1, párrafos segundo y tercero, de la Ley 48/2003, en la redacción dada al mismo por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley primeramente citada, introduce un sistema de gestión de las tasas portuarias basado en la realización de las operaciones de calificación, cuantificación y presentación de la oportuna autoliquidación por los sujetos pasivos de las tasas.

**Segunda.-** La eficacia plena de esa nueva previsión legal depende, como claramente resulta del artículo 9.1 del citado texto legal, de que por parte del Ministerio de Fomento se aprueben los criterios, forma y plazos para practicar las operaciones de calificación y cuantificación, a través de una Orden Ministerial, y se determinen, en virtud de una resolución de dicho Ministerio, la forma y plazos para presentar la autoliquidación.

**Tercera.-** Aunque la reforma introducida en el artículo 9 entrará en vigor el próximo día 1 de enero de 2011, coincidiendo con la primera Ley de Presupuestos Generales del Estado posterior a la Ley 33/2010, ha de seguirse manteniendo el antiguo sistema de liquidación administrativa de oficio de las tasas portuarias hasta que se aprueben la correspondiente Orden y resolución referidas en la conclusión anterior, aunque ello tenga lugar con posterioridad a 1 de enero de 2011.

**Cuarta.-** Lo expuesto no es obstáculo para que la futura Orden del Ministerio de Fomento que desarrolle las previsiones del artículo 9.1 contenga una disposición transitoria que reconozca la validez de las liquidaciones giradas por el antiguo sistema hasta el momento de entrada en vigor de la misma.

## **163.- Informe sobre la aplicación del nuevo régimen establecido en la Ley 33/2010 para las tasas de ocupación y actividad en relación con las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor.**

### **Resumen**

Consulta sobre la aplicación del nuevo régimen establecido en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, para las tasas de ocupación y de actividad en relación con las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor. El nuevo régimen resulta aplicable en base a las consideraciones que se realizan en el informe a las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad al 1 de enero de 2011.

Si de ello deriva únicamente la modificación del tipo de gravamen o del porcentaje correspondiente de actualización, no será necesaria la tramitación de un procedimiento de modificación de la concesión o autorización en sentido propio, bastando una simple diligencia en el título. Cuando la modificación afecte a las bonificaciones otorgadas al sujeto pasivo será necesario modificar el título, bastando una propuesta del Director fijando la nueva bonificación, que se trasladará al interesado para su aceptación.

La nueva Ley 33/2010 se aplicará también a la tasa de ocupación relacionada con las concesiones para actividades relativas a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, aunque ello suponga un incremento del tipo de gravamen aplicable.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 2/11

**Fecha:** 15 de marzo de 2011

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

Ha tenido entrada en esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado solicitud de dictamen acerca de la aplicación del régimen establecido en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, para las tasas de ocupación y actividad, en relación con las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor.

Tal y como se indica en la solicitud de dictamen, la Ley 48/2003, en la nueva redacción dada a la misma por la Ley 33/2010, da en general un tratamiento más beneficioso para el sujeto pasivo de las tasas de ocupación (artículo 10) y de actividad (artículo 11), reduciendo los tipos impositivos en muchos casos y estableciendo un régimen de actualización más favorable a quien ocupa privativamente el dominio público portuario o lo utiliza para desarrollar una actividad comercial o industrial.

A la vista del tenor de la consulta formulada, este Centro Directivo emite el siguiente dictamen:

**- I -**

Antes de analizar jurídicamente la cuestión suscitada, se estima oportuno hacer una breve introducción acerca del alcance de la reforma introducida por la Ley 33/2010 en la Ley 48/2003 respecto a las tasas portuarias de ocupación y de actividad sobre las que se pide el parecer de esta Abogacía General del Estado.

El artículo primero de la Ley 33/2010 ha modificado íntegramente el Título I de la Ley 48/2003, que lleva por rúbrica "Régimen económico del sistema portuario de titularidad estatal", viéndose afectadas por el mismo la antigua "tasa de ocupación privativa del dominio público portuario",

regulada hasta entonces en el artículo 19 de la Ley 48/2003, que ahora se denomina “tasa de ocupación” y cuya regulación se contiene en el artículo 10 de la nueva Ley reformada, y la antigua “tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios”, regulada hasta ese momento en el artículo 28 de la Ley 48/2003 y que ahora ha pasado a ser la “tasa de actividad”. El régimen jurídico de esta última se contiene en el artículo 11 de la nueva Ley reformada. En este sentido, la disposición adicional primera de la Ley 33/2010 señala que las menciones que en la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre se hacen, entre otras, a la “tasa de ocupación privativa del dominio público portuario” y a la “tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades industriales, comerciales y de servicios” se entenderán hechas a la “tasa de ocupación” y a la “tasa de actividad”. En ambos tributos se han introducido algunas modificaciones en la configuración del hecho imponible, si bien y por lo que ahora importa, la novedad más importante afecta a la cuantía de la tasa.

La entrada en vigor de esa reforma que afecta globalmente al Título I de la Ley 48/2003, así como de las disposiciones adicionales y transitorias aplicables a este Título (con la excepción del artículo 10.9 letra f), del artículo 19.3 y del artículo 19.4) ha tenido lugar el 1 de enero de 2011, coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. (disposición final sexta de la Ley 33/2010).

Como se ha indicado, el aspecto más relevante de la reforma introducida por la Ley 33/2010 en las dos tasas indicadas queda referida a la cuantía de la misma.

En efecto, respecto de la tasa de ocupación, el nuevo artículo 10.4 de la Ley 48/2003 (antiguo artículo 19.4 de la Ley 48/2003, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional sexta de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los llamados sectores excluidos, con los límites contenidos en la disposición final séptima de la misma Ley) relativo al tipo de gravamen, ha rebajado alguno de los tipos fijados, así como los porcentajes de actualización del valor de los terrenos en el anterior precepto regulador de la tasa. Así, por ejemplo, en el caso de ocupación de terrenos y aguas del puerto con actividades auxiliares o complementarias de las actividades portuarias, incluidas las logísticas, de almacenaje y las que correspondan a empresas industriales o comerciales, se ha pasado de un tipo de gravamen del 7,2% (artículo 19.4.a.2º de la Ley 48/2003, en la redacción dada al mismo por la Ley 31/2007) al 7% (artículo 10.4.a.2º de la nueva Ley); en el caso de ocupación de obras e instalaciones para lonjas pesqueras y otras obras e instalaciones asociadas a la actividad pesquera, se ha pasado de un tipo del 4,2 % (artículo 19.4.c.1º de la Ley 48/2003, en la redacción dada al mismo por la Ley 31/2007), al 0,5% (artículo 10.4.c.1º de la nueva Ley). En cuanto a la valoración de los terrenos, aspecto esencial en la determinación de la base imponible de la tasa, y a su actualización anual, se ha pasado de una actualización el uno de enero de cada año en una proporción equivalente al 85 por ciento de la variación interanual experimentada por el índice general de precios al consumo para el conjunto nacional total (IPC), a una proporción equivalente al 75 por ciento de esa variación (artículo 10.5 de la Ley 48/2003 en su nueva redacción).

En el caso de la tasa de actividad, la reforma afecta, entre otros aspectos y fundamentalmente, a los valores máximos a tener en cuenta cuando llega el momento de fijar el tipo de gravamen con arreglo a los criterios contenidos en la Ley. En este sentido, el nuevo artículo 11.4.b) de la Ley 48/2003 fija una serie de límites. Así en los casos previstos en la letra a), apartados 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, la cuota íntegra anual de la tasa no podrá exceder del mayor de los dos valores que se recogen en ese apartado. El primero de ellos es el 100 por cien de la cuota líquida anual de la tasa por ocupación del dominio público cuando antes era el 120 por cien (artículo 28.5. B) de la Ley 48/2003, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional sexta de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los llamados sectores excluidos). En cuanto a la actualización, con anterioridad, la tasa se actualizaba anualmente en la misma proporción que la variación anual experimentada por el IPC (artículo 28.6 antiguo), y ahora, en el nuevo texto, se actualiza en la proporción equivalente al 75 por ciento de variación anual experimentada por el IPC (artículo 11.5 nuevo).

- II -

Hecha esta breve introducción acerca del alcance de la reforma introducida en la Ley 48/2003 por la Ley 33/2010 que, como se ha visto, afecta esencialmente, en lo que se refiere a las tasas de ocupación y actividad, a la cuantía de las cuotas a satisfacer por los sujetos pasivos de las mismas, es necesario comenzar con el análisis de la cuestión sometida al parecer de este Centro Directivo y que no es otra que el mantenimiento de las condiciones de los títulos concesionales y de las autorizaciones de ocupación otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 33/2010, en especial, en lo relativo a la cuantía de las tasas en ellos reflejada y establecida de acuerdo con la normativa anterior o, por el contrario, la aplicación del nuevo régimen de tasas portuarias, en lo relativo, de nuevo, a la cuantía de la cuota a pagar, modificando, por ende, la reflejada en dichos títulos administrativos.

Para dar respuesta a la cuestión suscitada es necesario acudir al texto de la Ley 33/2010, más en concretamente, a su Exposición de Motivos y a sus disposiciones transitorias.

Pues bien, comenzando con la primera, y a pesar de la importancia de la rebaja introducida en la cuantía de las cuotas a satisfacer por los sujetos pasivos de las tasas de ocupación y de actividad, la Exposición de Motivos de la Ley 33/2010 guarda silencio sobre este particular extremo. En la misma se hace referencia únicamente a la profundización de la nueva Ley en la condición de tasas de las tarifas portuarias, a la reformulación de alguna de las bonificaciones contenidas en la Ley 48/2003 y a la incorporación de otras "...para fomentar la competitividad de los puertos españoles y su adaptación a la evolución y las condiciones existentes en cada momento en los mercados internacionales, incentivando en mayor medida el rendimiento, la productividad y la calidad, así como el menor coste de todos los servicios portuarios y la sostenibilidad ambiental de la actividad portuaria."

Por otro lado, se hace mención también a la posibilidad de establecer coeficientes correctores diferentes en las tasas de utilización (buque, pasaje y mercancía) que deja en manos de cada Autoridad Portuaria, de acuerdo con su propia realidad física, económica y de situación competitiva a nivel nacional e internacional.

Nada se dice, como se ha indicado, sobre la rebaja en la cuantía de las tasas de ocupación y de actividad derivada de la aplicación de tipos de gravamen o de límites inferiores, que es lo que se deriva directamente de la aplicación de los artículos 10 y 11 de la Ley 48/2003 en su nueva redacción.

En las disposiciones transitorias de la Ley 33/2010, tampoco se encuentra una respuesta a la cuestión derivada de la aplicación del régimen tributario más beneficioso de la nueva Ley a las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor. La única disposición que se refiere a las tasas portuarias es la primera, que lleva por rúbrica "Aplicación de las tasas de utilización a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley." Estas tasas de utilización son las tasas del buque, pasaje, mercancía, pesca fresca, embarcaciones deportivas y de recreo y por utilización especial de la zona de tránsito (artículo 12, reformado, de la Ley 48/2003) y que, con alguna pequeña excepción, venían ya recogidas en el artículo 20 de la Ley 48/2003, en su primitiva redacción.

Respecto de dichas tasas, la disposición transitoria citada en su apartado 1 indica que "a partir de la entrada en vigor de la ley, el tráfico portuario que utilice instalaciones en régimen de concesión administrativa, estará sujeto al pago a la Autoridad Portuaria de las tasas reguladas en esta ley," añadiendo el apartado 2 que "se respetará la opción realizada por los concesionarios de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 48/2003 (...) sin perjuicio de la aplicación de las nuevas cuotas previstas en esta ley ..," dando, claramente a entender que, en el caso de que, de conformidad con dicha disposición transitoria tercera, los concesionarios hubieran optado por la aplicación de las cuotas tributarias previstas en ese texto legal para instalaciones no concesionadas con las bonificaciones previstas en su título concesional, las cuotas tributarias exigibles han de ser las de nueva Ley, con lo que ello supone, por tanto, de aplicación

inmediata de la Ley 33/2010, en lo relativo a las cuotas a satisfacer por las tasas de utilización exigidas ya anteriormente de acuerdo con las previsiones de la Ley 48/2003.

A la vista de ello, podría pensarse que, si el legislador ha querido establecer un específico régimen transitorio para las tasas de utilización que permite, desde el 1 de enero 2011 (fecha de entrada en vigor, con pequeñas excepciones del artículo primero de la Ley 33/2010), una aplicación inmediata de las nuevas cuotas previstas en la propia Ley 33/2010 a los concesionarios anteriores que, en su momento, ejercieron la opción prevista en la disposición transitoria tercera de la Ley 48/2003, para el resto de las tasas reguladas en la misma regiría el criterio contrario, es decir que el nuevo régimen diseñado en la Ley 33/2010 y, especialmente, los tipos de gravamen y la actualización para las tasas de ocupación y actividad en los nuevos artículos 10 y 11 de la Ley 48/2003 sólo resultaría aplicable a las concesiones de ocupación del dominio público y al ejercicio de actividades otorgadas a partir de la entrada en vigor de la reforma, esto es, a partir del 1 de enero de 2011.

Pues bien, la opinión de este Centro Directivo es contraria a esta conclusión. Si bien es cierto que las disposiciones transitorias de la Ley 33/2010 guardan silencio acerca del régimen intertemporal aplicable a la cuantía de las tasas de ocupación y de actividad que se vienen exigiendo en las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, de ello no puede colegirse válidamente que la cuantía de las tasas en cuestión, en cuanto tributos vinculados a una concesión o autorización otorgada anteriormente, deban necesariamente seguir rigiéndose íntegramente por la normativa anterior hasta la extinción de las mismas y que, por tanto, no puedan beneficiarse también, como las concesiones y autorizaciones que se otorguen con posterioridad al 1 de enero de 2011, de la indudable rebaja introducida por la Ley 33/2010 en las condiciones económicas y más en concreto tributarias de las tasas indicadas.

Para razonar esta conclusión hay que comenzar diciendo que el régimen de aplicación en el tiempo de dos tasas de la entidad de la tasa de ocupación y de la tasa de actividad, presentes en todas las concesiones y autorizaciones de dominio público portuario y de una gran importancia económica, cuyo pago se realiza y reitera anualmente con base en unos parámetros muy definidos en la Ley, debería haber merecido una mención expresa en las disposiciones transitorias de la nueva Ley 33/2010. En efecto, si lo que el legislador pretendía era perpetuar en todo caso para las concesiones y autorizaciones otorgadas antes del 1 de enero de 2011 el régimen jurídico-tributario previsto en la normativa anterior y, por el contrario, aplicar la nueva Ley únicamente a las concesiones y autorizaciones otorgadas a partir de su entrada en vigor, lo coherente hubiera sido haberlo dicho así expresamente dada la gran importancia de tal determinación.

El silencio sobre este particular puede interpretarse, con mayor fundamento que la conclusión a favor de la aplicación de la nueva Ley sólo a las concesiones y autorizaciones otorgadas después del 1 de enero de 2011, en el sentido de que se ha querido establecer un efecto de aplicación inmediata de las nuevas previsiones legales en lo relativo a la cuantía de ambas tasas y que, dadas las peculiaridades de las mismas, especialmente su carácter periódico que las hace exigibles cada año, los nuevos tipos de gravamen, límites y reglas de actualización contenidos en la Ley 33/2010 sean aplicables también desde esa fecha a las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la misma y regidas por la normativa anterior.

Si las consideraciones precedentes constituyen un primer argumento para concluir en la aplicación del régimen dispuesto para la tasa de ocupación y la tasa de actividad en la Ley 33/2010 a las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad al 1 de enero de 2011, debe examinarse la cuestión de que se trata desde otra perspectiva, cual es la que se refiere a la incidencia de las modificaciones normativas en las denominadas, siguiendo una distinción ya clásica y tradicional, situaciones jurídicas objetivas y situaciones jurídicas subjetivas.

Las primeras, en cuanto fijadas directamente por la ley que configura así un determinado status jurídico, siguen, salvo previsión expresa en norma de derecho transitorio o intertemporal, las vicisitudes de la propia ley que las determinó, de forma que si dicha ley es modificada (o derogada) por otra posterior, las referidas situaciones objetivas se rigen por esta última norma, sin

que pueda esgrimirse derecho alguno frente a una modificación normativa (principio de eficacia inmediata de la ley). Las segundas –situaciones jurídicas subjetivas–, determinadas en su contenido y extensión por un acto o negocio jurídico y no directamente por la ley, que se limita a hacer posible la realización de dicho acto o negocio, se rigen, salvo previsión legal en contrario, por la norma a cuyo amparo se celebró el acto o negocio en cuestión, que no puede ser afectado por la norma posterior (principio de permanencia normativa o regla ne varietur)

Pues bien, con los debidos matices, en el otorgamiento de concesiones y autorizaciones sobre el demanio portuario concurren de facto esas dos situaciones. Por un lado, están las condiciones jurídico-administrativas de otorgamiento de la concesión, que son las recogidas en los artículos 105 (excepto la consignada en su apartado h) relativo a las tasas de ocupación y de actividad) y 112 (excepto la consignada en su apartado g) relativo igualmente a esas tasas) de la Ley 48/2003, relativos a las condiciones de otorgamiento de las autorizaciones y concesiones, respectivamente, condiciones que por su contenido negocial propio de toda concesión no pueden quedar afectadas por una posterior norma jurídica. Se genera así una situación jurídica subjetiva e individual, de marcado carácter negocial, cuyo contenido y extensión está determinado por un acto o negocio jurídico singular, distinto de la norma jurídica aunque ajustado a ella, por lo que, como se ha dicho, la norma jurídica que posteriormente se promulgue no puede incidir, modificándolas en esas situaciones, salvo que expresamente así lo dispusiera.

Ahora bien, junto a ese componente subjetivo y negocial de la concesión demanial, existe un componente objetivo y no negocial, sino normativo, constituido por las condiciones concernientes al régimen jurídico-tributario de la concesión (y de la autorización), cual es la exigencia de las tasas de ocupación y actividad (artículos 105 h) y 112 g) de la Ley 48/2003 y Regla 18ª del Pliego de Condiciones Generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal, aprobado por Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo), que genera una situación jurídica general, impersonal y objetiva en cuanto determinada directamente por la norma jurídica (norma jurídica tributaria) y no por un acto o negocio jurídico. Lo esencial es que la situación creada deriva directamente de la norma tributaria, a diferencia de las situaciones jurídicas subjetivas que derivan de un acto singular. No se puede perder de vista que las tasas en cuestión se rigen no sólo por la Ley 48/2003, sino también, y en lo no previsto en la misma, por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas (artículo 6 de la Ley 48/2003 en su nueva redacción), siendo un principio esencial el de la indisponibilidad del crédito tributario o, lo que es igual, de la relación jurídica tributaria (artículo 18 de la LGT). Cuestión distinta es la posibilidad que tiene reconocida la Autoridad Portuaria de aplicar bonificaciones a la cuota de la tasa de ocupación en los términos recogidos en el artículo 10.9 y 10 de la Ley 48/2003, en su nueva redacción.

Pues bien, como tal situación jurídica objetiva e impersonal, la misma queda sometida, según lo indicado antes, a las vicisitudes que experimente la norma jurídica que la regula, de forma que si esta norma jurídica es posteriormente modificada, esa modificación normativa afectará a esa situación jurídica objetiva e impersonal que de esta forma pasará a regirse por la nueva norma jurídica.

Sobre esta base, la situación jurídica objetiva que cabe apreciar en la concesión demanial y en la autorización demanial y que está constituida, según lo dicho, por el régimen jurídico tributario de uno y otro título administrativo sigue las vicisitudes de la norma que la rige, lo que tiene por consecuencia que, modificado el régimen jurídico tributario dispuesto en la Ley 48/2003 por la Ley 33/2010, esa situación jurídica objetiva, esto es, el régimen jurídico-tributario de las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público portuario, quede sometido al régimen dispuesto por la Ley 33/2010, siendo por tanto aplicable el régimen establecido por este texto legal

Es posible encontrar más argumentos a favor de la aplicación de las nuevas cuantías derivadas de la Ley 33/2010 a las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma tal y como seguidamente se expone.



A diferencia de otros tributos, las tasas responden a un principio sinalagmático, por cuanto que son la contraprestación a satisfacer a un ente público por razón de la puesta a disposición de un particular de un bien de dominio público o por la prestación por parte del ente público de un servicio o por la realización de una actividad en régimen de derecho público (artículo 2.2.a) de la LGT). A ese principio de sinalagmaticidad no son ajenas las tasas portuarias; en este sentido, el artículo 7.a) de la Ley 48/2003, en su nueva redacción, establece con carácter general que los ingresos por las tasas portuarias de cada Autoridad Portuaria responderán al principio de equivalencia con los costes de puesta a disposición de suelo e infraestructuras.

Sobre esta base y aunque el importe de la tasa de ocupación privativa se fije tomando como referencia el valor de mercado correspondiente al bien de dominio público portuario –artículo 7 b-) y el de la tasa de actividad en función de la utilidad derivada del aprovechamiento del dominio público para el usuario – artículo 7.c)–, la evidente e importante rebaja en la cuantía de ambas tasas no puede desvincularse del hecho cierto de una minoración para las Autoridades Portuarias de los costes de puesta a disposición del suelo e infraestructuras, a lo que hay que añadir, sin duda alguna, la finalidad de potenciar o estimular un importante sector de la economía como es sector portuario y la actividad que en él tiene lugar, rebajando un coste fijo anual de las empresas instaladas en el puerto.

Así las cosas, no resultaría coherente, atendido el principio de sinalagmaticidad y la finalidad de potenciar o estimular el sector portuario que de ese menor coste se beneficien únicamente aquéllos que obtengan una concesión (o autorización) con posterioridad al 1 de enero de 2011 y no todas aquellas personas que tenían otorgadas autorizaciones y concesiones con anterioridad a esa fecha.

Por otro lado, e íntimamente vinculado a lo expuesto, no puede dejar de reconocerse la existencia del indudable agravio comparativo que se produciría entre dos concesionarios de una porción de terreno de iguales características en el dominio público portuario y que, por una razón exclusivamente temporal (haber obtenido la concesión antes o después del 1 de enero de 2011) vendrían a satisfacer cuotas tributarias diferentes en función de que la concesión o autorización se haya otorgado antes o después del 1 de enero de 2011, situación que, por los plazos de duración de las concesiones, se puede prolongar durante muchos años (recuérdese que el plazo máximo de otorgamiento de las concesiones, es de 35 años –artículo 107 de la Ley 48/2003–).

Por último, y acudiendo como criterio interpretativo – ex artículo 3.1 del Código Civil – a los antecedentes legislativos de la norma a interpretar, cual es la Ley 33/2010, se puede encontrar un argumento más en defensa de la aplicación del régimen de las tasas de ocupación y actividad contenido en dicho texto legal a las concesiones y autorizadas otorgadas antes de su entrada en vigor.

En efecto, como bien se dice en la solicitud de dictamen, la Ley 33/2010 mantiene en vigor la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante que, en su apartado Uno, no modificado por la disposición final segunda de la Ley 48/2003, establece que las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a dicha Ley 27/1992 seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables que se adaptarán a lo prevenido en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

Pues bien, si, de acuerdo con dicha disposición transitoria, a día de hoy es posible todavía hablar de concesiones otorgadas con anterioridad a la Ley 27/1992 y sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que se agote el plazo concesional, salvo en lo relativo a los cánones aplicables, extremo este último en que hubieron de adaptarse a lo previsto en la Ley 27/1992, no se ve razón alguna para que, en un caso como el planteado y teniendo en cuenta este importante antecedente legislativo, se pueda considerar, ante el silencio de la Ley 33/2010, que, si bien las condiciones jurídico-administrativas de los títulos concesionales y de las autorizaciones deben mantenerse inalterables hasta que se agote el plazo de la concesión o de la autorización, las tasas de ocupación y de actividad exigibles a las mismas han de adaptarse a lo prevenido en

la Ley 33/2010, con la rebaja oportuna, en los pagos anuales de las mismas exigibles a partir del 1 de enero de 2011.

- III -

Con posterioridad a la solicitud de dictamen sobre la aplicación del régimen establecido en la Ley 33/2010 a las tasas de ocupación y actividad de las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de ese texto legal, cuestión a la que se ha dado respuesta, se ha considerado oportuno por ese ente público Puertos del Estado pedir una ampliación de la solicitud de dictamen a fin de precisar algunos aspectos que deben ser también tenidos en cuenta en la elaboración del informe final y sobre los que se recaba el parecer de este Centro Directivo.

En este sentido – se indica en la nueva solicitud–, resultaría oportuno aclarar, en el caso de que se concluya que procede aplicar el nuevo régimen de tasas portuarias establecido en la Ley 33/2010 a las tasas de ocupación y de actividad de las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de dicho texto legal –como así ha sido–, si dicha aplicación exige tramitar una modificación del título habilitante para la ocupación del dominio público portuario por el procedimiento legalmente establecido o si, por el contrario, la aplicación de la nueva normativa opera de forma automática sin necesidad de tramitar la modificación de la concesión o autorización.

Pues bien, en opinión de esta Abogacía General del Estado, si la aplicación de la nueva normativa determina únicamente la modificación del tipo de gravamen o del porcentaje correspondiente a efectos de actualización, rebajando los aplicables hasta la fecha, no sería necesaria la tramitación de un procedimiento de modificación de la concesión o autorización en sentido propio, bastando en tal sentido una simple diligencia en el título correspondiente para reflejar el cambio producido. En este sentido, es de reseñar que el procedimiento de modificación de la concesión (sea o no sustancial) regulado en la Ley 48/2003 sólo se puede iniciar a solicitud del interesado (artículo 113), no de oficio, como aquí sería lo procedente, y aunque esa modificación afecte a una de las condiciones reflejadas en ese título, cual es la cuantía de la tasa (artículo 112.1.g), parece que las modificaciones a las que se refiere el primero de dichos preceptos van más allá de lo que se podría denominar una adaptación de los tipos de gravamen y porcentajes fijados en el mismo a las previsiones de la Ley 33/2010.

En efecto, la modificación a la baja de los tipos de gravamen de las tasas realizada por la Ley 33/2010 está en línea con la adaptación del canon de ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario en concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003, a la que se refería la disposición transitoria primera de la misma, y en la línea de la modificación derivada de la aplicación de la disposición final sexta de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre modificación de las cuantías de las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público portuario, que no exigieron modificación alguna del título concesional, sino una simple corrección, a partir de la fecha de entrada en vigor de esas normas, de los tipos y porcentajes aplicables hasta ese momento.

También se solicita el parecer de este Centro Directivo sobre si la conclusión favorable a la aplicación automática de las previsiones del nuevo régimen de tasas portuarias establecido en la Ley 33/2010 a las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a su entrada en vigor, sin necesidad, por tanto, de que las Autoridades Portuarias modifiquen de oficio el título correspondiente, puede mantenerse en los casos en que la norma legal obliga a que determinadas bonificaciones (las previstas en el artículo 10.9 de la Ley 48/2003) figuren expresamente entre las condiciones de la concesión o autorización

En este segundo supuesto, la respuesta ha de ser negativa. En efecto, cuando la aplicación de las previsiones de la nueva Ley a las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad determine la modificación de las bonificaciones otorgadas al sujeto pasivo con anterioridad, bonificaciones que, como señala expresamente el artículo 10.9, relativo a la tasa de ocupación, deben

reflejarse en las condiciones de la concesión o autorización, será preciso una modificación de oficio de dicho título, ya que ello exige una especial ponderación del objeto de la concesión y de las circunstancias del concesionario o del titular de la autorización que es por completo ajena a cualquier idea de automatismo o de simple adaptación de tipos como en el caso anterior.

Ahora bien, esa modificación del título no es tampoco la modificación a la que se refiere el artículo 113 de la Ley 48/2003 ni, menos aún, tiene carácter sustancial, por lo que bastaría una propuesta del Director fijando la nueva bonificación aplicable, que se trasladará al concesionario o autorizado para su aceptación antes de la adopción del oportuno acuerdo por parte del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, en términos parecidos al procedimiento a seguir en los casos de modificación no sustancial de la concesión del artículo 113.1.

En los casos, muy frecuentes, en los que la aplicación de la Ley 33/2010 determine al mismo tiempo la aplicación de un nuevo tipo de gravamen o porcentaje de actualización y una nueva bonificación en la cuota de la tasa, debe seguirse igualmente el procedimiento indicado en el párrafo anterior con el fin de dar un tratamiento unitario a ambas modificaciones.

Por último, se pregunta acerca de la incidencia de la Ley 33/2010 en relación con las concesiones para actividades relativas a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad (con anterioridad denominados usos no portuarios), dado que el tipo de gravamen aplicable a las mismas es, a día de hoy, el 8% y que, al amparo de la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 48/2003 y de la disposición final séptima de la Ley 31/2007, el tipo de gravamen de estas concesiones ha sido desde el año 2007 y siempre que no se hubiese producido una modificación sustancial de las mismas, el 7,2%. De este modo –se concluye en la nueva solicitud de informe–, la aplicación del nuevo régimen de tasas portuarias a este supuesto implicaría incrementar el tipo de gravamen de un 7,2% a un 8%, esto es, no supondría un tratamiento más beneficioso para el sujeto pasivo de la tasa de ocupación.

En efecto, la disposición transitoria primera, apartado 1, de la Ley 48/2003, relativa a la adaptación del canon de ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario en concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, estableció que:

“.. En cualquier caso, la cuantía de la tasa no será inferior al 0,8 del canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario que se estuviese abonando en el año 2003, cuando se trata de usos portuarios y relacionados con el intercambio entre los modos de transporte, a los relativos al desarrollo de los servicios portuarios y otras actividades portuarias comerciales, pesqueras y náutico- deportivas; en el resto de las áreas, la tasa no será inferior al canon por ocupación y aprovechamiento del dominio público portuario correspondiente al año 2003. El límite de aplicación del tipo del seis por ciento a que se refiere este apartado, tendrá validez en tanto no se produzca una modificación sustancial de las condiciones de concesión.”

Esta prescripción se vio afectada por lo prevenido en la disposición final séptima.1 de la Ley 31/2007, que fijó el límite del tipo de gravamen de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario para todas las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley en el 7,2 por ciento aunque luego matizó que este límite del 7,2 por ciento a que se refiere esa disposición no sería de aplicación a las concesiones y autorizaciones otorgadas entre el 1 de enero y la entrada en vigor de esa Ley 31/2007, lo que tuvo lugar el 1 de mayo de 2008 (disposición final décima)

Sobre esta base y siendo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 31/2007, el tipo de gravamen de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario el 8,4 por ciento, resultado de aplicar un incremento del 20 por ciento, al tipo del 7 por ciento previsto en el artículo 19.4.a.3º de la Ley 48/2003, queda claro que sólo las concesiones y autorizaciones otorgadas antes del 1 de enero de 2004, cuyo tipo tiene el límite es el 7,2 por ciento, van a ver incrementado el tipo de gravamen tras la aprobación y entrada en vigor el 1 de enero de 2011 de la Ley 33/2010, que ha fijado el tipo de gravamen para las actividades relativas a la interacción puerto-ciudad (antes usos no portuarios) en el 8 por ciento (artículo 10.4.a.3º de la Ley 48/2003, reformada). Las concesiones y autorizaciones otorgadas entre el 1 de enero de 2004 y el 1 de mayo de 2008 tendrán

un tipo del 8,4 por ciento (7 por ciento más el incremento del 20 por ciento de la disposición final sexta.1 en conexión con la disposición final séptima.1, in fine, de la Ley 31/2007)

Pues bien, el tipo de gravamen del 8% previsto para las actividades relativas a la interacción puerto- ciudad en la Ley 33/2010, de conformidad con lo expuesto en el apartado II de este informe y siendo consecuentes con el mismo, será aplicable a todas las concesiones que, otorgadas con anterioridad al 1 de enero de 2004, estén vigentes el 1 de enero de 2011, debiendo girarse las liquidaciones oportunas a partir de esta fecha de acuerdo con el nuevo tipo, aunque ello suponga un tratamiento menos beneficioso para el sujeto pasivo de la tasa de ocupación, ya que la Ley 33/2010 no contiene disposición transitoria alguna que permita mantener la vigencia de la disposición final séptima de la Ley 31/2007 y, por ende, el límite máximo del 7,2 por ciento para las concesiones y autorizaciones de ocupación privativa del dominio público portuario que, otorgadas antes del 1 de enero de 2004, se mantengan vigentes a 1 de enero de 2011.

En virtud de lo expuesto, esta Abogacía del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El nuevo régimen legal de las tasas de ocupación y de actividad contenido en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general resulta aplicable, con base en las consideraciones jurídicas que se contienen en el apartado II del presente dictamen, no sólo a las concesiones y autorizaciones otorgadas a partir del 1 de enero de 2011, sino también a las otorgadas con anterioridad, debiendo modificarse la cuantía de las tasas en cuestión en los pagos anuales de las mismas exigibles a partir de dicha fecha.

**Segunda.-** Si la aplicación de la nueva normativa derivada de la Ley 33/2010 determina únicamente la modificación del tipo de gravamen o del porcentaje correspondiente a efectos de actualización, rebajando los aplicables hasta la fecha, no sería necesaria la tramitación de un procedimiento de modificación de la concesión o autorización en sentido propio, bastando en tal sentido una simple diligencia en el título correspondiente para reflejar el cambio producido.

**Tercera.-** Cuando la aplicación de las previsiones de la nueva Ley 33/2010 a las concesiones y autorizaciones otorgadas con anterioridad determine la modificación de las bonificaciones otorgadas al sujeto pasivo con anterioridad, bonificaciones que, como señala expresamente el artículo 10.9, relativo a la tasa de ocupación, deben reflejarse en las condiciones de la concesión o autorización, será preciso una modificación de oficio de dicho título.

**Cuarto.-** En los casos, muy frecuentes, en los que la aplicación de la Ley 33/2010 determine al mismo tiempo la aplicación de un nuevo tipo de gravamen o porcentaje de actualización y una nueva bonificación en la cuota de la tasa, debe seguirse igualmente el procedimiento indicado en el párrafo anterior con el fin de dar un tratamiento unitario a ambas modificaciones.

**Quinta.-** El tipo de gravamen del 8% previsto para las actividades relativas a la interacción puerto- ciudad en el artículo 10.4.a.3º de la Ley 48/2003, reformada por la Ley 33/2010, de conformidad con lo expuesto en el apartado II de este informe y por coherencia con ello, será aplicable a todas las concesiones que, otorgadas con anterioridad al 1 de enero de 2004, estén vigentes el 1 de enero de 2011,

## **164.- Informe acerca del sujeto pasivo sustituto de la tasa de la mercancía regulada en el artículo 15 de la Ley 48/2003, en la redacción de la Ley 33/2010**

### **Resumen**

En la tasa de la mercancía regulada en el artículo 15 de la Ley 48/2003, en la redacción dada al mismo por la Ley 33/2010, son sujetos pasivos sustitutos del contribuyente, el consignatario del buque o el consignatario, transitario u operador logístico representante de la mercancía si el buque o la mercancía se encuentran consignados y el concesionario o titular de la autorización en las terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías otorgadas en concesión o autorización.

La nueva Ley 33/2010 al suprimir la expresión “conjuntamente con el atraque” ha supuesto una ampliación del círculo de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente, alcanzando a todos los concesionarios, tengan o no puntos de atraque.

De acuerdo con el artículo 15.2 de la Ley 48/2003, reformada, la Autoridad Portuaria debe dirigirse en primer lugar al concesionario para exigirle el pago de la tasa, lo que no es óbice para que, voluntaria y espontáneamente, el consignatario pueda presentar la correspondiente declaración tributaria y abonar el importe de la tasa.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 5/11

**Fecha:** 28 de febrero de 2011

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posibilidad de elección, por parte de las Autoridades Portuarias, del sujeto pasivo de la tasa de la mercancía de entre los designados como sustitutos en el artículo 15.2.a) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, en la redacción dada al mismo por la Ley 33/2010, de 5 de agosto.

Dado el tenor de la consulta formulada, este Centro Directivo evacua el siguiente dictamen:

**- I -**

A fin de centrar convenientemente la cuestión sometida al parecer de esta Abogacía General del Estado, hay que partir, en primer término, de la redacción del precepto que sirve de antecedente al actual artículo 15.2.a) de la Ley 48/2003, reformado, junto con todo su Título I, por el artículo primero de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general que, como es sabido, entró en vigor el pasado 1 de enero, coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 por de lo prevenido en la disposición final sexta de la misma.

Ese precepto no es otro que el artículo 24 de la Ley 48/2003, en su redacción original, relativo a la tasa de la mercancía, más concretamente, su apartado 2.a), según el cual “cuando el buque y la mercancía se encuentren consignados serán sujetos pasivos sustitutos el consignatario del buque y el consignatario, transitario u operador logístico representante de la mercancía. En terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancía otorgadas en concesión o autorización conjuntamente con el atraque, el concesionario o autorizado será el sujeto pasivo sustituto”.

### XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

La Ley 33/2010, de 5 de agosto, que, entre otras modificaciones, dio nueva redacción al Título I de la Ley 48/2003, relativo al régimen económico del sistema portuario de titularidad estatal, y, en concreto, al Capítulo II dedicado a las tasas portuarias, modificó la previsión legal contenida en el artículo 24, dedicado a la tasa de la mercancía, que pasa a ser el artículo 15 del nuevo texto, eliminando la condición, exigida en el apartado 2.a) del mismo para considerar sujeto pasivo al concesionario, de que la concesión o autorización esté otorgada “conjuntamente con el atraque”.

En efecto, según el nuevo y actualmente vigente artículo 15.2.a), párrafos segundo y tercero, de la Ley 48/2003, en la redacción dicha por la Ley 33/2010, “cuando el buque o la mercancía y sus elementos de transporte se encuentren consignados serán sujetos pasivos sustitutos el consignatario del buque o el consignatario, transitario u operador logístico representante de la mercancía. En terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías otorgadas en concesión o autorización, el concesionario o autorizado será el sujeto pasivo sustituto”.

Tal y como se indica en la solicitud de dictamen, parece bastante obvio, después de la eliminación de la expresión “conjuntamente con el atraque” en el nuevo artículo 15.2.a) de la Ley 48/2003, que, en los casos en los que una mercancía se desembarque con destino a una instalación de manipulación de mercancías otorgadas en concesión o autorización o se embarque procedente de la misma, el titular de la concesión o autorización de aquella instalación será el sujeto pasivo sustituto de la tasa de la mercancía independientemente de que el atraque esté o no incluido en la concesión o autorización.

Por el contrario, el antiguo artículo 24.2.b), tercer párrafo, de la Ley 48/2003, y que ahora ha pasado a ser el artículo 15.2., último párrafo, de la Ley 48/2003 no ha experimentado variación alguna, pues sigue diciendo que:

“Los sustitutos designados en este precepto quedarán solidariamente obligados al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria, sin perjuicio de que la Autoridad Portuaria se dirija en primer lugar al concesionario o autorizado. (...)”

La única modificación ha consistido, por tanto, en designar con carácter general, como sujetos pasivos sustitutos, a los titulares de concesiones y autorizaciones de instalaciones de manipulación de mercancías, incluyan o no el atraque, convirtiendo, de iure, en sujetos pasivos sustitutos de la tasa de la mercancía a los concesionarios que no disfrutaban de una concesión o autorización portuarias conjuntamente con el atraque, cuando anteriormente esa condición de sujetos pasivos sustitutos la ostentaban únicamente los consignatarios del buque o los consignatarios, transitarios u operadores logísticos representantes de la mercancía.

Pues bien, como se indica en la solicitud de informe, la necesidad de determinar previamente el sujeto pasivo sustituto encargado de cumplir con las obligaciones formales de la relación tributaria, entre las que destaca la presentación de la oportuna declaración tributaria ante la correspondiente Autoridad Portuaria en unos plazos perentorios, en los casos en que exista más de uno, como aquí ocurre, ha hecho que determinadas Autoridades Portuarias hayan planteado la cuestión relativa a la posibilidad de que, en los casos en los que haya más de un sujeto pasivo sustituto, la Autoridad Portuaria pueda dirigirse a cualquiera de ellos, como procedería por tratarse de una responsabilidad solidaria, a pesar de que el precepto citado haya previsto que se dirija en primer lugar al concesionario o titular de la autorización

Así las cosas, se pregunta directamente a este Centro Directivo sobre la conformidad o no a Derecho de la posibilidad de que la Autoridad Portuaria, se dirija, en primer lugar, al consignatario o al representante de la mercancía para exigirle el cumplimiento de las obligaciones materiales y formales que correspondan en aquellos casos en los que comparta la condición de sujeto pasivo sustituto de la tasa de la mercancía con el concesionario o titular de la autorización de una instalación de manipulación de mercancías.

- II -

Aunque pueda resultar obvio, lo primero que se debe manifestar es que la reforma introducida por la Ley 33/2010 en la regulación de la tasa de la mercancía en el particular extremo a que se refiere este informe no ha supuesto alteración alguna en la compatibilidad de la presencia de los dos sujetos pasivos a los que se refiere actualmente el artículo 15.2.a) de la Ley 48/2003, reformada, en la relación jurídica tributaria derivada de la realización del hecho imponible de la tasa.

En efecto, tal y como ocurría con el antiguo artículo 24.2.a) de la Ley 48/2003, el legislador, al referirse en el artículo 15.2.a) al sujeto pasivo de la tasa de la mercancía en el supuesto de mercancía y sus elementos de transporte de entrada o salida marítima, o que se transborden o se encuentren en régimen de tránsito marítimo, y después de considerar sujetos pasivos contribuyentes con carácter solidario al naviero, al propietario de la mercancía y al capitán del buque, ha establecido en sus párrafos segundo y tercero dos claros supuestos de sustitución, perfectamente compatibles, cuando se den, claro está, los presupuestos exigidos para ello.

En primer lugar, cuando el buque o la mercancía y sus elementos de transporte se encuentren consignados (algo muy frecuente en la práctica), serán sujetos pasivos sustitutos el consignatario del buque o el consignatario, transitario u operador logístico representante de la mercancía.

En segundo lugar, en terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías otorgadas en concesión o autorización, el titular de la concesión o de la autorización será el sujeto pasivo sustituto.

La plena compatibilidad de los presupuestos de hecho que determinan la aparición de los sujetos pasivos sustitutos se deduce muy claramente del hecho cierto de que una mercancía con destino a una terminal o instalación de manipulación de mercancías otorgadas en concesión puede estar al mismo tiempo consignada, por lo que surgirán dos sujetos pasivos sustitutos, el concesionario o titular de la autorización de la terminal o instalación de manipulación de mercancías y el consignatario del buque, el consignatario, transitario u operador logístico representante de la mercancía.

La concurrencia y, al mismo tiempo, solidaridad de los dos sujetos pasivos sustitutos se deduce, por otro lado, muy claramente del último párrafo del artículo 15.2, fiel reproducción, como antes se ha dicho, del artículo 24.2, último párrafo, de la Ley 48/2003, en su redacción originaria, según el cual:

“Los sustitutos designados en este precepto quedarán solidariamente obligados al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria, sin perjuicio de que la Autoridad Portuaria se dirija en primer lugar al concesionario o autorizado. En caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los sustitutos, en especial, en caso de impago de la tasa, la Autoridad Portuaria podrá exigir a los contribuyentes su cumplimiento. Todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades en que hayan incurrido los sustitutos.”

Por tanto, no hay duda alguna que, con total normalidad, en el supuesto previsto en el apartado a) del artículo 15.2. de la Ley 48/2003, reformada, pueden coexistir, como sujetos pasivos sustitutos del sujeto pasivo contribuyente, el consignatario, en sentido amplio, y el concesionario o el titular de la autorización en terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías otorgadas en concesión o autorización, quedando ambos solidariamente obligados al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria.

- III -

Llegados a este punto, es preciso abundar en las razones por las que se introdujo la modificación pertinente en el tercer párrafo del artículo 15.2.a) de la Ley 48/2003, teniendo en cuenta que en el proyecto de ley remitido a las Cortes Generales el párrafo en cues-

ción mantenía la misma redacción que se contenía en el antiguo artículo 24.2.a) de la Ley 48/2003, regulador de la tasa de la mercancía.

Como se vio anteriormente, la figura del sujeto pasivo sustituto del contribuyente, el concesionario, que coexistía con la del consignatario, también sujeto pasivo sustituto, si la mercancía estaba consignada, sólo surgía cuando se trataba de terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancía otorgadas en concesión o autorización "conjuntamente con el atraque"; quedando, por tanto, excluidas de esa condición los concesionarios del resto de terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías, los más numerosos, que no llevaban aparejado conjuntamente ese atraque.

Fue en el trámite parlamentario donde, aceptándose implícitamente una enmienda, la nº 614 del Grupo Parlamentario Catalán del Congreso de los Diputados, se suprimió la expresión "conjuntamente con el atraque"; determinando ello, como antes se indicó, que desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 33/2010 todos los titulares de concesiones, con o sin atraque, se convirtieran en sujetos pasivos sustitutos de la tasa de la mercancía.

En justificación de esa enmienda, aceptada definitivamente, se indicó textualmente que "la supresión propuesta (atraque en concesión conjuntamente con la concesión de la terminal) generará una indudable facilidad en la gestión del pago y cobro de esta tasa, por el simple argumento de que en cada puerto existen pocos titulares de terminales u otras instalaciones de manipulación en régimen de concesión, en comparación con la multiplicidad de consignatarios de la mercancía que abonan ahora la tasa en calidad de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente".

Como se observa, la causa de la supresión de ese inciso era, por tanto, ampliar lo más posible el círculo de sujetos pasivos sustitutos de la tasa en cuestión, con la mejora consiguiente en la gestión del pago y cobro de la tasa, superando una situación anterior en la que era el consignatario, con carácter general, dado el limitado número de concesionarios de terminales de mercancías otorgadas conjuntamente con el atraque existentes, el sujeto pasivo sustituto encargado de realizar las prestaciones formales derivadas de esa condición y la prestación material básica, el pago de la tasa.

El problema surge con la correcta exégesis del último párrafo del artículo 15.2 de la Ley 48/2003 que sanciona, en primer lugar, la solidaridad de los sustitutos designados anteriormente (consignatario en sentido amplio y concesionario) que quedan obligados al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria, si bien añade "...sin perjuicio de que la Autoridad Portuaria se dirija en primer lugar al concesionario o autorizado".

Este último inciso del precepto en cuestión cobra importancia en estos momentos en los que, como se ha dicho, se ha ampliado notablemente el número y condición de sujetos pasivos sustitutos de la tasa de la mercancía. Con anterioridad, cuando únicamente eran sujetos pasivos sustitutos los concesionarios de terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías conjuntamente con el atraque, parece que no se producía el problema ahora detectado, bien porque se daba por sobreentendido que la iniciativa tendente al cumplimiento de las obligaciones formales y materiales derivadas del devengo de la tasa correspondía al consignatario, bien porque los concesionarios citados estaban en condiciones de cumplir por sí mismos con esas obligaciones.

Pues bien, para comprender las razones de la existencia de ese inciso final que, se insiste, resulta aplicable, con el matiz señalado en el párrafo anterior, a todos los supuestos de presencia conjunta de consignatario y concesionario como sujetos pasivos sustitutos, hay que comenzar diciendo que previamente el párrafo final del artículo 15.2 establece y sanciona la solidaridad en el cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria de ambos, con lo que ello supone desde el punto de vista tributario y civil.



Acudiendo, como es obvio, en primer lugar, a la normativa tributaria general, constituida por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y a las demás normas reglamentarias dictadas en desarrollo de la misma, a las que se remite expresamente, en lo relativo al régimen jurídico de las tasas portuarias, el artículo 6 de la Ley 48/2003, reformado, existe un precepto en LGT, integrado en el Capítulo correspondiente a los obligados tributarios, (Capítulo II del Título II), cual es el artículo 35.6, cuyo párrafo primero dispone que “la concurrencia de varios obligados tributarios (condición que ostentan los sustitutos del contribuyente según el artículo 35.2.b) de la propia LGT) en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por Ley se disponga expresamente otra cosa”.

Es el artículo 106 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, el que ha precisado más en qué consiste esa solidaridad, al disponer en su apartado 1 que “en el supuesto previsto en el artículo 35.6, párrafo primero, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, las actuaciones y procedimientos podrán realizarse con cualquiera de los obligados tributarios que concurran en el presupuesto de hecho de la obligación objeto de las actuaciones o procedimientos”.

El precepto en cuestión viene a plasmar la regla básica de la solidaridad de las obligaciones, cual es la de permitir que el acreedor dirija su acción contra cualquiera de los obligados tributarios que concurran en el presupuesto de hecho de la obligación objeto de las actuaciones, en este caso, contra cualquiera de los sujetos pasivos sustitutos. Por si quedara alguna duda, el artículo 1.144 del Código Civil, que también ha de tenerse en cuenta, dada la aplicación supletoria en materia tributaria de los preceptos de Derecho común (artículo 7.2 de la LGT), dispone que “el acreedor (en este caso, la Autoridad Portuaria) puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios (en este caso, los sujetos pasivos sustitutos) o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo”.

Estas reglas propias de la solidaridad de las obligaciones, plasmadas en el Código Civil y en las normas tributarias y que permiten, por tanto, al acreedor (Autoridad Portuaria) dirigirse indistintamente para la exigencia de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria (y que se concretarían en un orden cronológico en la presentación de la oportuna declaración tributaria y pago de la cuota correspondiente a la obligación tributaria) a cualquiera de los sujetos pasivos sustitutos definidos en el artículo 36.3 de la LGT, quiebran en el texto de la Ley 48/2003

En efecto, el inciso final del párrafo último del artículo 15.2 de la Ley 48/2003 (“...sin perjuicio de que la Autoridad Portuaria se dirija en primer lugar al concesionario o autorizado”) está introduciendo una quiebra evidente en el esquema propio de las obligaciones solidarias y en la solidaridad entre los sujetos pasivos sustitutos declarada anteriormente, pues obliga a la Autoridad Portuaria a dirigirse, en primer lugar, contra el concesionario o titular de la autorización, compeliéndole, por tanto, al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria.

La locución “se dirija” denota un mandato imperativo, no pudiendo ser entendida la misma como una mera posibilidad o consejo dirigido a la Autoridad Portuaria y que le permitiría optar en este caso por dirigirse en primer lugar al consignatario. La locución es imperativa por sí misma, sin que para mantener esta conclusión hubiera sido necesario su sustitución por la de “deberá dirigirse” u otra expresión equivalente. Es más, si realmente hubiera querido establecerse una posibilidad u opción en manos de la Autoridad Portuaria que le hubiera permitido dirigirse indistintamente a uno o a otro, preferiblemente al consignatario, sobraba ese inciso y hubiera bastado con tener presentes las reglas de la solidaridad antes descritas.

Si se ha introducido ese inciso en la Ley 48/2003 (no se olvide, en su redacción originaria) es porque se ha querido establecer intencionadamente, aun alterando las reglas generales sobre la solidaridad, que la Autoridad Portuaria tenga que dirigirse en primer término, para exigir el cumplimiento de las obligaciones formales y materiales, al concesionario o titular de la autorización.

- V -

Ahora bien, una cosa es que, de acuerdo con ese precepto, la Autoridad Portuaria, una vez transcurrido el plazo de presentación de la oportuna declaración tributaria para la exacción de la tasa de la mercancía (contado desde el devengo de la misma, lo que se produce cuando la mercancía inicia su paso por la zona de servicio del puerto según el artículo 15.3 de la Ley 48/2003, en su nueva redacción), se dirija, en primer lugar, al concesionario o titular de la autorización exigiéndole, como se ha dicho, el cumplimiento de las prestaciones formales y materiales derivadas de la obligación tributaria, y otra muy distinta que no pueda aceptar la presentación voluntaria y espontánea de la declaración correspondiente por parte del otro sujeto pasivo sustituto designado en la Ley, cual es el consignatario, y que ello determine la liquidación de la tasa a su cargo con el consiguiente pago de la misma.

En efecto, aunque el artículo 15.2, último párrafo, de la Ley obliga a la Autoridad Portuaria a dirigirse en primer lugar al concesionario o titular de la autorización, lo que no impide es que el otro sujeto pasivo sustituto que, como antes se indicó y por imposición de Ley, está obligado solidariamente con el concesionario al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria (artículo 36.3 de la LGT y artículo 15.2, último párrafo de la Ley 48/2003, reformada) pueda voluntaria y espontáneamente, en cumplimiento de esos preceptos, presentar ante la Autoridad Portuaria (como hasta ahora venía haciéndolo, ya que dispone de toda la información pertinente) la oportuna declaración tributaria, poniendo en conocimiento de la misma la realización del hecho imponible de la tasa en cuestión, consistente en la utilización por las mercancías de entrada o salida marítima, o que se transborden o efectúen tránsito marítimo o terrestre, así como de sus elementos de transporte, de las instalaciones de atraque, zonas de manipulación y otras instalaciones portuarias (artículo 15.1 de la Ley).

La Autoridad Portuaria, a pesar de la dicción del último párrafo del artículo 15.2, no puede rechazar en modo alguno esa presentación realizada por un sujeto pasivo sustituto del contribuyente, debiendo acto seguido practicar al mismo en esa calidad la oportuna liquidación de la tasa en cuestión de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley.

Tampoco existe inconveniente legal alguno para que esa liquidación girada al consignatario pueda ser abonada por el mismo. El pago de las obligaciones puede realizarse por cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, ya lo ignore el obligado al pago (artículo 33.1 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, fiel trasunto del artículo 1158 del Código Civil). En el presente caso, el interés en el cumplimiento de la obligación del consignatario, como sujeto pasivo sustituto del contribuyente (el naviero, el propietario de la mercancía y el capitán del buque, de forma solidaria) resulta obvio, sin perjuicio, claro está, como termina diciendo el artículo 36.3 de la LGT, que pueda exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas.

En el caso de que el consignatario, voluntariamente, se insiste, no presentara la declaración tributaria poniendo de manifiesto la realización del hecho imponible de la tasa, transcurrido el plazo establecido para realizar esa presentación, la Autoridad Portuaria, cumpliendo estrictamente con la previsión legal, tendrá que dirigirse ya exclusivamente, mediante el oportuno requerimiento que se practique a tal fin, al concesionario o titular de la autorización para exigirle el cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria, que desembocará, tras la práctica de la liquidación oportuna, en la exigencia al mismo del pago

de esa liquidación y, en su caso, del cumplimiento de las obligaciones tributarias accesorias y sanciones consiguientes.

En virtud de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** En la tasa de la mercancía regulada en el artículo 15 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, en la redacción dada al mismo por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, son sujetos pasivos sustitutos del contribuyente, el consignatario del buque o el consignatario, transitario u operador logístico representante de la mercancía si el buque o la mercancía se encuentran consignados, y el concesionario o titular de la autorización en las terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías otorgadas en concesión o autorización, existiendo, por tanto, dos sujetos pasivos sustitutos en los casos de mercancías consignadas con destino a terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías otorgadas en concesión o autorización.

**Segunda.-** La reforma introducida en el artículo 15.2.a), último párrafo, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, consistente en la supresión de la expresión “conjuntamente con el atraque” como exigencia para la consideración de los concesionarios o titulares de autorizaciones de terminales y otras instalaciones de manipulación de mercancías como sujetos pasivos sustitutos, ha supuesto una clara ampliación del círculo de sujetos pasivos sustitutos del contribuyente la tasa de la mercancía, alcanzando a todos los concesionarios o titulares de autorizaciones de dichas terminales e instalaciones, tengan o no puntos de atraque.

**Tercera.-** La ampliación del círculo de sujetos pasivos sustitutos no ha supuesto, por el contrario, alteración alguna del régimen de solidaridad entre ellos sancionado en el antiguo artículo 24.2, último párrafo, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, en su redacción originaria y mantenida íntegramente en el actual artículo 15.2, último párrafo, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre.

**Cuarta.-** Si bien el consignatario y el concesionario o titular de la autorización, como sujetos pasivos sustitutos designados en el artículo 15.2.a) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, en su nueva redacción, quedan solidariamente obligados al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria, la Autoridad Portuaria debe dirigirse en primer lugar al concesionario o titular de la autorización, compeliéndole al cumplimiento de esas prestaciones (artículo 15.2, último párrafo, de la Ley 48/2003, en su nueva redacción).

**Quinta.-** Una cosa es que la Autoridad Portuaria, una vez transcurrido el plazo de presentación de la oportuna declaración tributaria para la exacción de la tasa de la mercancía, se dirija, en primer lugar, al concesionario o titular de la autorización, exigiéndole el cumplimiento de las prestaciones formales y materiales derivadas de la obligación tributaria, y otra muy distinta que no pueda aceptar la presentación voluntaria y espontánea de la declaración correspondiente por parte del otro sujeto pasivo sustituto designado en la Ley, cual es el consignatario, y que ello determine la liquidación de la tasa a su cargo con el consiguiente pago de la misma.

**Sexta.-** En el caso de que el consignatario no presentara la declaración tributaria poniendo de manifiesto la realización del hecho imponible en el plazo establecido para realizar esa presentación, la Autoridad Portuaria, tendrá que dirigirse ya exclusivamente, mediante el oportuno requerimiento que se practique a tal fin, al concesionario o titular de la autorización para exigirle el cumplimiento de las prestaciones materiales y formales derivadas de la obligación tributaria, que desembocará, tras la práctica de la liquidación oportuna, en la exigencia a dicho concesionario o titular de la autorización del pago de esa liquidación y, en su caso, del cumplimiento de las obligaciones tributarias accesorias y sanciones consiguientes.

## **165.- Informe sobre las consecuencias jurídicas del archivo de unos procedimientos de revisión de oficio de acuerdo del Consejo de Administración de una Autoridad Portuaria sobre exención del canon de ejercicio de actividades industriales y comerciales.**

### **Resumen**

Consulta sobre las consecuencias jurídicas del archivo de unos procedimientos de revisión de oficio de unos acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas sobre exención del canon por el ejercicio de actividades industriales y comerciales. Pérdida del efecto interruptivo de la prescripción conseguido en su día con la iniciación de los mismos. Los requerimientos de información de noviembre de 2007, a los que se dio respuesta el mes de diciembre siguiente, han interrumpido, en todo caso, el plazo de prescripción de cuatro años del derecho a practicar la liquidación correspondiente al ejercicio 2004 y sucesivos (artículo 68.1.a) de la LGT), siempre que la iniciación de los procedimientos de adaptación se hubiese notificado a los interesados en el último trimestre de 2011.

La iniciación de los expedientes de adaptación de la tasa durante el año 2011 interrumpe el derecho a liquidar la totalidad de la tasa devengada en el año 2007.

**Ref.:** A.G.SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 27/11

**Fecha:** 24 de enero de 2012

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, al amparo del artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, el proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en Las Palmas sobre la posible prescripción de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios como consecuencia de la adaptación del antiguo canon por prestación de servicios al público y desarrollo de actividades comerciales o industriales, previsto en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante a la nueva tasa, por mor de lo prevenido en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, sobre régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

El proyecto de informe remitido, a la vista de que la Autoridad Portuaria de Las Palmas está empezando a adaptar los títulos concesionales a la tasa indicada, suscita las siguientes cuestiones:

- 1) Si, a pesar de lo manifestado en el informe de esta Abogacía General del Estado de 31 de julio de 2008 (A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 13/2008) respecto a la interrupción de la prescripción del derecho a liquidar la tasa con el inicio del procedimiento de revisión de oficio a que se refería ese informe, el hecho de que en la incoación de dichos expedientes no se concrete el ejercicio que se pretende liquidar impide tener por interrumpida la prescripción.
- 2) Si el archivo decretado finalmente respecto a dichos expedientes de revisión impide tener por interrumpida la prescripción.
- 3) Finalmente, el problema del cómputo del plazo de prescripción en orden a liquidar ejercicios anteriores surgido con motivo de las adaptaciones de las tasas.

A la vista de lo expuesto, este Centro Directivo informa lo que sigue:

## ANTECEDENTES

Con el fin de centrar convenientemente la respuesta que se dé a las cuestiones suscitadas en el proyecto de informe remitido, resulta necesario hacer mención de los antecedentes que seguidamente se exponen.

- 1) El punto de partida de todas las cuestiones sobre las que se pide el parecer de esta Abogacía General del Estado, relacionadas con el proceso de adaptación del canon de prestación de servicios al público y desarrollo de actividades comerciales o industriales, regulado en el artículo 69.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), en su primitiva redacción, y 69 bis, en la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de noviembre, a la regulación contenida en el artículo 28 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, sobre régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (Ley 48/2003), para la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, se encuentra en el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, más concretamente, en el punto 2) del mismo, que comenzó a surtir efectos definitivos el 18 de julio de 2003, fecha en que se aprobó la valoración de los terrenos y lámina de agua de la zona de servicio del puerto de Las Palmas, y en los acuerdos posteriores singulares de los años 2003 y 2004, por los que se reconoció a los concesionarios la exención del canon por el ejercicio de actividades industriales y comerciales.
- 2) Los citados acuerdos fueron analizados por esta Abogacía General del Estado en un informe de 7 de diciembre de 2007 (ref. A.G. Entes Públicos 65/2007), llegándose a la conclusión de que eran contrarios a Derecho en tanto en cuanto reconocían una exención en el canon antes indicado, no prevista en la ley, contraviniendo así lo dispuesto en la legislación tributaria y presupuestaria, por lo que estaban incurso en el supuesto de nulidad de pleno derecho del artículo 217.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC).

Al mismo tiempo se entendió que no era posible la adaptación prevista en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003 a la regulación de su artículo 28 mientras se mantuviera la exención creada por los referidos acuerdos.

- 3) Lo anterior determinó que, en ese mismo informe, se considerase procedente la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de 1 de octubre de 1999 y, por extensión, de los acuerdos singulares de aplicación del mismo de 2003 y 2004, todos ellos de carácter tributario, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la LGT y concordantes del Reglamento de revisión en vía administrativa aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, se entendió que el órgano competente para iniciar y tramitar el procedimiento de revisión de oficio era el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, debiendo tramitarse de conformidad con lo prevenido en los apartados 3 y siguientes del artículo 217 de la LGT 58/2003 y artículos 4 y siguientes del Real Decreto 520/2005.

De acuerdo con dichos preceptos, la competencia para la resolución del procedimiento correspondía al Ministro de Economía y Hacienda, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, si bien el Ministro de Economía y Hacienda podía delegar su competencia en otro órgano de la Administración del Estado, siendo el Secretario General de Transportes, del que dependen las Autoridades Portuarias, un órgano especialmente idóneo para esa Delegación.

- 4) Por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, EHA/2951/2008, de 9 de octubre (publicada en el BOE de 16 de octubre siguiente), se delegó en el Secretario General de Transportes la competencia prevista en el artículo 217.5 de la LGT para resolver los procedimientos de revisión de oficio de todos esos acuerdos, por entender, según el informe

emitido, que se trata de acuerdos de naturaleza tributaria que estaban incursos en un vicio de nulidad de pleno derecho de los artículos 62.1.f) de la LRJ-PAC y 217.1.f) de la LGT.

Con fecha 19 de noviembre de 2008 se dispuso la incoación del procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de 1 de octubre de 1999, concediéndose trámite de audiencia a todos los concesionarios afectados por los 31 acuerdos singulares de aplicación de aquél y que se opusieron a la revisión pretendida, fundándose principalmente en que se trataba de un supuesto de infracción legal respecto del cual no cabía la revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho, sino la declaración de lesividad para lo cual había ya transcurrido el plazo legal de cuatro años (así se refleja textualmente en el antecedente 5 del dictamen del Consejo de Estado sobre este expediente, al que, acto seguido, se hará referencia).

5) Cumplidos los trámites pertinentes y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 217.4 de la LGT, con fecha 1 de abril de 2009, se elevó el expediente tramitado con propuesta de resolución favorable a la revisión de oficio al Consejo de Estado.

El Alto Cuerpo Consultivo, en dictamen de 10 de junio de 2009 (nº de expediente 529/2009), tras referirse, en primer término, a los antecedentes de la cuestión sometida a su parecer, comienza realizando una serie de consideraciones jurídicas acerca de la naturaleza tributaria de los cánones aplicables a las concesiones portuarias, sobre la eficacia demorada, por razón de su propio contenido, del acuerdo objeto de revisión y sobre el procedimiento a seguir al tratarse de una revisión de oficio en el ámbito tributario, para, entrando ya en el fondo de la cuestión, señalar en los apartados V, VI y VII de sus consideraciones jurídicas lo siguiente:

“V. El acuerdo de 1 de octubre de 1999 atribuye a los concesionarios afectados un beneficio concesional. Ciertamente, el encaje de este tipo de canon, de naturaleza tributaria, en la estructura concesional (portuaria) presenta ciertas dificultades dogmáticas, habiendo sido así calificado (como tributario) por la doctrina constitucional (STC 185/1995), pero supone ante todo un elemento de la concesión. En cuanto tal pretende ampararse en el mecanismo transitorio de aplicación de la Ley 62/1997.

VI. La doctrina del Consejo de Estado construyó la figura de nulidad de pleno derecho luego incorporada a la Ley 30/1992 como artículo 62.1.f). Al respecto se advirtió en todo caso que no había de utilizarse esa figura para llevar a los supuestos de nulidad radical, y por tanto al mecanismo de la revisión de oficio, aquellos casos de mera ilegalidad, respecto de los cuales el diseño legal era distinto. En el presente caso el encaje del posible vicio de nulidad del acuerdo en cuestión en el artículo 62.1.f) no es posible. Para llegar al mismo se observa que los órganos preinformantes hacen una interpretación del acuerdo que se separa de su propia literalidad, al calificarlo como mecanismo para conceder una exención tributaria. La realidad es que la finalidad del acuerdo es distinta, la de instrumentar un mecanismo transitorio para la aplicación de la Ley 62/1997. Como tal tiene su virtualidad operativa limitada en el tiempo (ex lege). De otro lado, como, en trámite de audiencia, destacan numerosos concesionarios, se trata de un posible vicio de ilegalidad, y no del que puede calificarse de nulidad radical para el ejercicio de la potestad de revisión de oficio.

VII. No procede, en consecuencia, la revisión de oficio pretendida. Debe advertirse que, en todo caso, deberá aplicarse, la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003 y, a tal objeto, la adaptación de los cánones (tasas) concesionales a la regulación de su artículo 28 es obligada, sin que tenga virtualidad obstativa alguna el que se hayan producido singularmente actos de aplicación (que lo han sido además en muy diversa manera) de este acuerdo general.”

A la vista del tenor del dictamen, la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento acordó, con fecha 31 de julio de 2009, declarar que no procedía la revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, con el consiguiente archivo del expediente.

- 6) Con anterioridad al inicio del expediente de revisión de oficio del acuerdo de 1 de octubre de 1999 que, como se ha visto, tuvo lugar el 19 de noviembre de 2008, la Autoridad Portuaria de Las Palmas inició el procedimiento de revisión para la modificación de los títulos administrativos que habilitan para el aprovechamiento del demanio público y para la modificación del contenido de las oportunas cláusulas referidas a la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, por el que se resolvía reconocer a los concesionarios la exención de la cuantía del canon por el ejercicio de actividades industriales (entre la documentación remitida aparecen tres acuerdos de inicio del procedimiento revisor de los acuerdos singulares de otorgamiento de la exención de ese canon: acuerdo de 1 de abril de 2008 respecto del acuerdo del Consejo de Administración de 6 de mayo de 2003 –concesionario Pescados Amaro González, S.A.–; acuerdo de 2 de junio de 2008 respecto del acuerdo del Consejo de Administración de 13 de octubre de 2004 – concesionario Miguel Ramos Pulido–; y acuerdo de 23 de enero de 2009 respecto del acuerdo de 13 de octubre de 2004 – concesionario Silos Canarios S.A.–).

Es importante resaltar, por lo que luego se indicará, que en los dos primeros acuerdos se hace constar (puntos quinto y séptimo, respectivamente) que, con fechas 30 de noviembre de 2007 (acuerdo de 1 de abril de 2008) y 26 de noviembre de 2007 y 19 de marzo de 2008 (acuerdo de 2 de junio de 2008), el órgano de gestión de la Autoridad Portuaria, al objeto de determinar la cuota tributaria de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicio, formuló, en cumplimiento del artículo 29.2.f) de la LGT, sendos requerimientos de petición de datos a los concesionarios, más concretamente, sobre el volumen de negocio desarrollado en el puerto, indicando que “conforme al artículo 68.1.a) de la LGT se interrumpe el plazo de prescripción del derecho de esta Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.” Se desconoce si hubo o no respuesta expresa de los concesionarios a esos requerimientos.

Igualmente se ha remitido a este Centro Directivo el texto de cuatro requerimientos concretos de petición de datos a otros tantos concesionarios practicados con fecha 26, 28 y 29 de noviembre de 2007, con el contenido y advertencia indicados, siendo atendidos por los mismos mediante escritos que tuvieron entrada en la sede de la Autoridad Portuaria, los días 10, 13 y 18 de diciembre de 2007,

- 7) La Autoridad Portuaria de Las Palmas, al encontrar dificultades para la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003 respecto a los actos singulares de aplicación del acuerdo de 1 de octubre de 1999, y siguiendo las pautas del dictamen de este Centro Directivo de 7 de diciembre de 2007, con fechas 17, 18 y 24 de marzo, 1, 3 y 16 de abril y 2 de mayo de 2008 acordó la iniciación del procedimiento de revisión de oficio de 31 acuerdos concretos de otros tantos concesionarios en los que, con fórmulas distintas, se eximía del canon de actividad industrial –declarando la exención, asignando al canon un valor cero, o fijando un límite temporal–, todos ellos como actos de aplicación del acuerdo de 1 de octubre de 1999. En el seno de ese procedimiento el Consejo de Estado, con fecha 25 de junio de 2009 (nº de expediente 291/2009), emitió dictamen acerca de la revisión de oficio de esos acuerdos adoptados entre el 30 de julio de 2002 y el 30 de julio de 2004.

En dicho dictamen, y en línea con el emitido en relación con la posible revisión de oficio del acuerdo de 1 de octubre de 1999, el Alto Cuerpo Consultivo no considera procedente la revisión de oficio de los mismos. Los acuerdos objeto de la consulta – señala – pueden ir más allá de la finalidad de la disposición transitoria segunda de la Ley 62/199 –7 el establecimiento de un mecanismo transitorio para la aplicación de la ley– y ser, por tanto, ilegales, pero ello no permite configurar el vicio en cuestión como de nulidad radical a los efectos del ejercicio de la potestad de revisión de oficio (consideración VII). Ello no es óbice para que, en sus consideraciones VIII y IX, el propio Consejo de Estado realice una serie de precisiones derivadas de las singularidades de las concesiones otorgadas, que deben tenerse presentes en el proceso

de adaptación de la tasa, que también considera obligatoria, sin que para ello sea obstáculo la existencia de los acuerdos de aplicación del acuerdo general de 1 de octubre de 1999.

Es importante resaltar que el Consejo de Estado, aunque no considere oportuna la revisión, entiende que “ello no quiere decir en modo alguno que se haya operado correctamente a la hora de aplicar esa disposición transitoria segunda (la de la Ley 62/1997), pero se trataría de una cuestión ajena a la consulta que se hace sobre la revisión de oficio, porque el eventual vicio no es de nulidad radical, sino que sería en su caso de anulabilidad y para su examen habría de entrarse en la ponderación de los distintos valores y de los que integran en suma el elemento de equilibrio económico concesional en cada caso, sin que en ninguno de los expedientes que se acompaña figure la información ni los datos suficientes para ello” (consideración VIII, in fine).

No está de más señalar que, en el procedimiento de adaptación de la tasa que se está realizando, deberán tenerse presentes en todo caso las observaciones contenidas en las consideraciones VIII y IX del dictamen del Consejo de Estado (expediente 291/2009) sobre la revisión de oficio de los 31 acuerdos singulares del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

Aunque no existe constancia formal de ello, es de suponer que, como consecuencia del dictamen del Consejo de Estado, la Secretaría General de Transportes, a la que por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2951/2008, de 9 de octubre, se había delegado la competencia, archivaría también los expedientes de revisión de oficio de esos acuerdos, tal y como hizo con el expediente relativo al acuerdo de 1 de octubre de 1999.

8) La Abogacía del Estado en Las Palmas, con fecha 15 de noviembre de 2010 y a solicitud de la Autoridad Portuaria de Las Palmas emitió informe acerca de la adaptación del canon de referencia a la tasa y, en concreto, sobre si era posible girar liquidaciones no prescritas una vez adaptado el canon (tasa) a la regulación del artículo 28 de la Ley 48/2003 o si, por el contrario, solamente se podrían liquidar conforme a la adaptación que se lleve a cabo a partir de la misma, sin efectos retroactivos.

Pues bien, la citada Abogacía del Estado, con base en las acertadas consideraciones jurídicas realizadas en ese informe, entendió, en línea con el dictamen de este Centro Directivo de 31 de julio de 2008 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 13/08), que no cabía hablar de aplicación retroactiva de una tasa, ya que no se pretende exigir la misma con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003, sino de liquidarla desde el momento de su entrada en vigor con independencia del momento de adaptación de las concesiones y autorizaciones al nuevo marco normativo que ofrece la Ley 48/2003, por lo que –concluye el informe– resulta procedente la liquidación de la nueva tasa de aprovechamiento, una vez adaptado el título correspondiente de la Ley 48/2003 desde la entrada en vigor de la misma (el 1 de enero de 2004), si bien con el límite del plazo de prescripción de cuatro años que determina el artículo 68 (debió decir 66) de la LGT. Esta Abogacía General del Estado comparte plenamente esta conclusión.

9) Por último, con fecha 2 de enero de 2012 y mediante el oportuno correo electrónico, la Abogacía del Estado de Las Palmas, a instancia de este Centro Directivo, informó que las fechas de inicio de los procedimientos de adaptación de la tasa de actividad a satisfacer por todos los concesionarios se sitúan en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La primera de las cuestiones suscitadas en el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Las Palmas versa sobre el alcance interruptivo del acuerdo de inicio del procedimiento de revisión de oficio por la falta de concreción, en dicho procedimiento, del ejercicio



que se pretende liquidar, lo que, a juicio de la Abogacía del Estado consultante, podría determinar que no se tuviera por interrumpida la prescripción.

Resulta indudable que la respuesta que pueda darse a esta cuestión está absolutamente mediatizada por la que se dé a la cuestión planteada en segundo término, cual es la relativa a la posible pérdida del efecto interruptivo de la prescripción conseguido en su día con la iniciación de los procedimientos revisorios tras el archivo de los mismos por parte del Ministerio de Fomento con fundamento en el dictamen del Consejo de Estado contrario a la revisión de oficio de los acuerdos pertinentes. En efecto, si se concluyese que, tras el archivo de los procedimientos de revisión de oficio, ha desaparecido el efecto interruptivo de la prescripción que en su día produjo la iniciación de tales procedimientos, la falta de concreción de los ejercicios que se pretendían liquidar en dichos procedimientos revisorios sería ya totalmente intrascendente.

Sobre esta base, y entrando ya en el análisis de esta cuestión, es necesario partir, en primer término, del criterio plasmado en el informe de este Centro Directivo de 31 de julio de 2008 que, a su vez, toma por base el de 7 de diciembre de 2007, favorable, a priori, a la consideración del acto de incoación del procedimiento revisorio de oficio para dejar sin efecto el previo acuerdo administrativo que declaró la exención de la tasa como un acto interruptivo de la prescripción.

En efecto, como se indicaba en el informe de 31 de julio de 2008, “ es razonable pensar que la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio (debidamente notificado al interesado) debe interrumpir la prescripción del derecho a la Administración a determinar la deuda tributaria cuando la iniciación de ese procedimiento de revisión de oficio es absolutamente necesaria para ulteriormente poder determinar la deuda tributaria y conseguir así su exacción, y tal acontece cuando, por haberse declarado, mediante el oportuno acto administrativo, la exención de un determinado tributo al sujeto pasivo del mismo y puesto que ese acto administrativo de declaración de exención goza de la presunción de legalidad (validez) y tiene la eficacia propia de los actos administrativos (cfr. 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJ-PAC–), resulta indispensable dejar sin efecto ese previo acto de declaración de exención del tributo, cuya liquidación y exacción se pretende, a través del oportuno procedimiento de revisión de oficio que constituye así la primera actuación que debe realizar la Administración para poder efectuar oportuna liquidación del tributo. En suma, si la prescripción extintiva tiene por base, como se ha dicho, la situación de inactividad del titular del derecho, lo coherente es admitir que en el caso indicado –declaración por acuerdo administrativo de una exención tributaria que se entiende improcedente–, la incoación del oportuno procedimiento de revisión de oficio (debidamente notificada al sujeto pasivo del tributo respecto del que se declaró la exención) debe interrumpir la prescripción, pues con ello la Administración está evidenciando su actitud justamente contraria a esa situación de inactividad o pasividad del titular del derecho en que se fundamenta la prescripción extintiva (...)”

En este sentido y tomando como referencia la documentación remitida a este Centro Directivo, con fechas 1 de abril, 2 de junio de 2008 y 23 de enero de 2009, entre otros casos, se acordó por la Autoridad Portuaria de Las Palmas el inicio del procedimiento de revisión de oficio, por ser contrarios a Derecho, de los acuerdos del Consejo de Administración de 6 de mayo de 2003 (concesionario Pescados Amaro González S.A.) por el que se le reconoce la exención del canon, de los acuerdos del mismo Consejo de Administración de 1 de octubre de 1999 y de 13 de octubre de 2004 (concesionario Miguel Ramos Pulido), por el que se reconoce un valor cero de la cuantía del canon por el ejercicio de actividades industriales, y del acuerdo del Consejo de Administración de 13 de octubre de 2004 (concesionario Silos Canarios S.A.), por el que se reconoce una compensación por bonificación o reducción en la cuantía del canon por el ejercicio de actividades industriales. Aunque se desconoce el iter procedimental de estos dos últimos acuerdos, resulta evidente, tras el dictamen del Consejo de Estado de 25 de junio de 2009 (expediente 291/2009) sobre los 31 acuerdos restantes,

contrario a la revisión, que su destino debió ser el mismo y que, por tanto, debieron ser archivados.

Aparte de ello, del tenor literal del dictamen del Consejo de Estado de 10 de junio de 2009 (expediente 529/2009) se deduce que, de forma autónoma, con fecha 19 de noviembre de 2008 (punto 5 de los antecedentes de ese dictamen), se dispuso la iniciación del procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de 1 de octubre de 1999.

Pues bien, como se ha dicho anteriormente, el Consejo de Estado, en sus dos dictámenes sobre la revisión de los citados acuerdos concluyó que no existía en los mismos un vicio de nulidad de pleno derecho que permitiera ejercer la potestad de revisión de oficio, sino, a lo sumo, un posible vicio de ilegalidad, no procediendo por tanto la revisión de oficio pretendida, con advertencia (consideración VII del dictamen de 10 de junio de 2009) de que “en todo caso deberá aplicarse la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003 y, a tal objeto, la adaptación de los cánones (tasas) concesionales a la regulación de su artículo 28 es obligada, sin que tenga virtualidad obstativa alguna el que se hayan producido singularmente actos de aplicación (que lo han sido además en muy diversa manera) de este acuerdo general” (se está refiriendo a los acuerdos de aplicación del acuerdo general de 1 de octubre de 1999, dictados a lo largo de los años 2002, 2003 y 2004).

Llegados a este punto, la duda surge en determinar si se mantiene el efecto interruptivo de la prescripción que produjo la incoación de los procedimientos de revisión de oficio tras el archivo de los mismos (como consecuencia del dictamen del Consejo de Estado contrario a la revisión de los repetidos acuerdos) o si ese efecto interruptivo de la prescripción ha desaparecido tras el archivo de los mencionados procedimientos, de forma que deba estarse a la fecha de inicio del obligado proceso de adaptación de los cánones concesionales a la tasa del artículo 28 de la Ley 48/2003 (disposición transitoria quinta de la misma).

A favor del mantenimiento del efecto interruptivo conseguido con la incoación de esos procedimientos revisorios aunque los mismos se archivaran (por entender el Consejo de Estado que el vicio imputado a los mismos no puede calificarse como un vicio de nulidad radical, sino de ilegalidad), podría aducirse el hecho de que los procedimientos iniciados no son, como bien dice esa Abogacía en su proyecto de informe, asimilables a las llamadas “diligencias argucia” realizadas para interrumpir de cualquier forma la prescripción, sino que trataba de procedimientos jurídicamente adecuados, desde el punto de vista formal, cuya iniciación vino avalada por sendos informes de este Centro Directivo, que los consideró precisos y necesarios en el proceso tendente a conseguir la adaptación de los antiguos cánones y exigir, en definitiva, la tasa por aprovechamiento especial del dominio público del artículo 28 de la Ley 48/2003.

No obstante, el hecho cierto es que el Consejo de Estado ha entendido en sus dictámenes que tanto el acuerdo general de 1 de octubre de 1999 como los acuerdos singulares de aplicación del mismo dictados en los años 2002, 2003 y 2004 no están incurso en el vicio de nulidad de pleno derecho invocado (artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992), y que se podía haber optado directamente por la adaptación a lo que, expresa y taxativamente, obliga el propio órgano consultivo.

Por otro lado, en la instancia oportuna, sería muy previsible que prosperase la alegación de los concesionarios tendente a negar ese efecto interruptivo a la iniciación del procedimiento de revisión desde el momento en que éste no se consideró por el Consejo de Estado necesario para realizar la adaptación, por lo que el obligado tributario no tendría la obligación de soportar en su perjuicio los posibles errores en que pueda haber incurrido la Administración a la hora de elegir el procedimiento adecuado para efectuar esa adaptación.

En consecuencia, esta Abogacía General del Estado considera que el archivo de los procedimientos revisorios ha supuesto la pérdida del efecto interruptivo de la prescripción conseguido, en su día, con la iniciación de los mismos.

- II -

Ahora bien, una vez admitida la pérdida del efecto interruptivo de la prescripción de los distintos procedimientos revisorios incoados tras el archivo de los mismos por parte del Ministerio de Fomento y que, por tanto, lo decisivo, a los efectos que aquí interesan, es la fecha de iniciación del obligado proceso de adaptación de los antiguos cánones a la regulación contenida en el artículo 28 de la Ley 48/2003 para la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, que interrumpiría, sin duda, el plazo de prescripción del derecho a determinar el importe de la tasa, es preciso significar que, en opinión de este Centro Directivo, el inicio real de ese proceso de adaptación tuvo lugar en la mayoría de los casos (sirvan como ejemplo dos de los acuerdos aportados de inicio de los procedimientos revisorios de los acuerdos singulares de reconocimiento de la exención, los de 1 de abril de 2008 y 23 de enero de 2009) con bastante anterioridad, en concreto, con los requerimientos de datos efectuados por la Autoridad Portuaria de Las Palmas (en esos dos casos, los requerimientos son de fecha 30 de noviembre de 2007, uno, y de 26 de noviembre de 2007 y 19 de marzo de 2008, el otro, y así se reflejan expresamente en los acuerdos de incoación de los procedimientos revisorios) y que, indudablemente, al margen de la forma en que terminaron dichos procedimientos siguen gozando del efecto interruptivo inicial con arreglo al artículo 68.1.a) LGT, como expresamente se indicaba en los mismos.

Lo mismo puede decirse en relación con los cuatro requerimientos remitidos, de fecha 26, 28 y 29 (dos) de noviembre de 2007, contestados por los concesionarios los días 10, 13 y 18 de diciembre siguiente.

Si bien es cierto que en el informe de este Centro Directivo de 31 de julio de 2008 (página 16), al referirse a la hipótesis de que el procedimiento de revisión se hubiese iniciado con posterioridad al requerimiento de datos efectuado por la Autoridad Portuaria al titular de la concesión, se había indicado que si el procedimiento citado concluyese con el mantenimiento del acto administrativo que declaró la exención por ser este acto ajustado a Derecho, no sería posible, obviamente, realizar la liquidación del tributo, y de nada habrá servido el requerimiento de datos, lo cierto es que el procedimiento de revisión del acuerdo de 1 de octubre de 1999 y de los acuerdos singulares de aplicación del mismo ha concluido con una decisión administrativa de archivo basada en el dictamen del Consejo de Estado que, como se ha dicho de forma reiterada, ha entendido que los citados acuerdos no están incurso en un vicio de nulidad de pleno derecho, sino en un posible vicio de ilegalidad, lo cual, aunque suponga formalmente el mantenimiento del acto administrativo que declaró la exención, no significa en absoluto que lo haya sido por entender que el mismo es ajustado a Derecho.

Es más, como se ha visto, el propio Consejo de Estado, si bien entiende que no procede la revisión de oficio pretendida, advierte, en todo caso, que debe aplicarse la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, y adaptarse, por tanto, los antiguos cánones a la tasa regulada en el artículo 28 de este texto legal y ese proceso de adaptación, al margen del procedimiento revisorio, se había iniciado ya con anterioridad mediante diversos requerimientos de datos, con efecto interruptivo de la prescripción, requerimientos que no se han visto ni se deben ver afectados por el archivo de los procedimientos revisorios iniciados con posterioridad en los que, se insiste, en absoluto, se ha declarado que los acuerdos otorgando el beneficio fiscal sean ajustados a Derecho, único supuesto que hubiera impedido cualquier proceso de adaptación, proceso que, en todo caso, debe producirse, de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, como demanda el propio Consejo de Estado en las consideraciones VII y IX, respectivamente, de sus dictámenes de 10 y 25 de junio de 2009.

Como se ha indicado anteriormente, los requerimientos de petición de datos de los concretos concesionarios a los que se ha hecho mención anteriormente tuvieron lugar los días 26, 28 y 29 de noviembre de 2007, siendo atendidos por los concesionarios mediante

escritos que tuvieron entrada en la sede de la Autoridad Portuaria, los días 10, 13 y 18 de diciembre de 2007.

Solicitada la información oportuna a la Autoridad Portuaria de Las Palmas, por parte de ésta se comunica mediante correo electrónico de 2 de enero de 2012 que la fecha de inicio de los procedimientos de adaptación de la tasa de actividad a satisfacer por todos los concesionarios es octubre, noviembre y diciembre de 2011, por lo que, en su mayor parte y teniendo en cuenta el efecto interruptivo de la prescripción de los requerimientos practicados a finales de noviembre de 2007 y la respuesta dada por los concesionarios a los mismos a lo largo de la primera quincena de diciembre de ese mismo año, incluso hasta el día 18 de ese mes, no puede hablarse de prescripción del derecho de la Autoridad Portuaria a determinar el importe de la tasa de una gran mayoría de concesionarios.

En este sentido, resulta indudable que los requerimientos de información de noviembre de 2007 y la respuesta a los mismos del mes de diciembre de dicho año han interrumpido el plazo de prescripción de cuatro años del derecho a practicar la liquidación correspondiente al ejercicio 2004 y sucesivos, volviendo a correr de nuevo el plazo de prescripción de cuatro años, que no habría concluido, al haberse acordado formalmente la iniciación de los procedimientos de adaptación, lo que constituye otro acto interruptivo de la prescripción con arreglo al artículo 68.1.a) de la LGT, siempre que la iniciación de los procedimientos de adaptación hubiese sido notificada a los interesados en el último trimestre de 2011, por lo que, de cumplirse esta circunstancia, perviviría, por tanto, el derecho de la Autoridad Portuaria a exigir las cuotas correspondientes a la nueva tasa de actividad correspondientes a los ejercicios 2004, 2005 y 2006.

- III -

La tercera y última de las cuestiones suscitadas en el proyecto de informe remitido se refiere a los problemas surgidos en orden a liquidar ejercicios anteriores, y fundamentalmente, respecto del cómputo del plazo de prescripción con motivo de las adaptaciones de tasas que se están llevando a cabo.

Como se ha expuesto anteriormente, a lo largo de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2011 y con independencia del efecto interruptivo de los requerimientos de información practicados en noviembre de 2007, se ha iniciado el proceso de adaptación de las tasas, surgiendo la duda sobre la eficacia interruptiva de dichos acuerdos de iniciación respecto al ejercicio 2007.

Pues bien, para responder adecuadamente a esta cuestión hay que comenzar, en efecto, refiriéndose al devengo y exigibilidad de la tasa, que son dos conceptos distintos.

Así, tanto el anterior artículo 28 de la Ley 48/2003, como el vigente artículo 185 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), este último de forma más clara, vinculan el devengo de la tasa y, por tanto, el nacimiento de la obligación tributaria a la fecha de inicio de la actividad.

En este sentido, el artículo 28.3 de la Ley 48/2003 disponía que "el devengo de la tasa se producirá a partir de la fecha de notificación de la resolución de otorgamiento de la autorización de actividad, de la licencia de prestación del servicio portuario básico o de la concesión o autorización de ocupación del dominio público portuario. (...)". Por su parte, de una forma más sencilla y sintética, el actual artículo 185 del TRLPEMM establece que "el devengo de la tasa se producirá en la fecha de inicio de la actividad o, en el caso de actividades que impliquen la ocupación del dominio público portuario, desde el plazo máximo para el inicio de la actividad establecido en el título concesional (...)".

Por lo que se refiere a la exigibilidad, los artículos 28.7 de la Ley 48/2003 y 191 del TRLPEMM, en términos casi idénticos, disponen que “la tasa será exigible de conformidad con lo establecido en las cláusulas del título habilitante, sin que pueda establecerse un plazo de liquidación superior a un año. En el supuesto de que la tasa sea exigible por adelantado su cuantía se calculará, para el primer ejercicio, sobre las estimaciones efectuadas en relación con el volumen de tráfico o negocio y, en los ejercicios sucesivos, sobre los datos del año anterior”, añadiendo el artículo 191, lo cual tiene especial importancia como luego se verá, “procediéndose a la regularización de la misma al final de cada ejercicio con los datos reales”.

Estando perfectamente diferenciados ambos conceptos, lo determinante a efectos de la prescripción, no es el devengo, que coincide con la fecha de inicio de la actividad, sino la exigibilidad de la tasa, para lo que, como rezan los artículos citados, habrá que estar en primer término, a las cláusulas del título habilitante, que no pueden establecer un plazo de liquidación superior a un año, si bien está previsto que la tasa sea exigible por adelantado, calculándose la misma de la forma prevenida en ambos preceptos.

Pues bien, según parece, en los títulos que se están adaptando, y en relación con el abono de la tasa de actividad, se está utilizando una fórmula de abono por semestres adelantados, tomando siempre como referencia las estimaciones efectuadas en relación con el volumen de tráfico o de negocio del primer año y del año anterior.

Ahora bien, el hecho de que, por razones operativas, esté prevista la exigencia de la tasa de actividad por semestres adelantados tomando como referencia los datos de volumen de tráfico o de negocio del año anterior no desvirtúa, a juicio de esta Abogacía General del Estado, el hecho cierto de que se trata de un tributo con un plazo máximo de liquidación anual (no consta que se haya fijado un plazo de liquidación inferior). La exigencia anual de la tasa, tras su devengo inicial se pone de manifiesto en el empleo de la locución “anual”, en diversos apartados del artículo 28.5 de la Ley 48/2003 y del artículo 188 del TRLEMM (“cuantía anual”, “tasa anual”, “cuota íntegra anual”) para referirse al importe de la misma. Lo mismo puede decirse de la actualización, también anual de la misma, en los términos del artículo 28.6 de la Ley 48/2003 y del artículo 190 del TRLPEMM.

Lo expuesto lleva aparejado como consecuencia, que bastaría con iniciar el proceso de adaptación en el mes de diciembre de 2011 para conseguir la interrupción de la prescripción de la tasa de actividad correspondiente al año 2007 en su integridad, sin que, a estos efectos, tenga importancia el hecho de que se contemple en los títulos el pago de la tasa por semestres adelantados que, en estos momentos y con base en las estimaciones del ejercicio anterior, tendría valor únicamente para los ejercicios futuros, no para el caso de que se pretenda exigir las cuotas de ejercicios anteriores, en concreto la cuota del ejercicio 2007, para la que se tendrían en cuenta, no estimaciones, sino los datos reales de volumen de tráfico o negocio de ese ejercicio ya pasado, obtenidos tras la finalización del mismo.

Como termina diciendo, acertadamente, la Abogacía del Estado en Las Palmas, abunda en esta opción interpretativa el hecho de que el propio artículo 191 del TRLPEMM, en su último inciso, prevea la posible regularización de la tasa al final de cada ejercicio con los datos reales, lo cual no puede significar otra cosa que el pago por adelantado no es más que un pago provisional y a cuenta del pago definitivo de la tasa que no será exigible hasta que finalice totalmente el ejercicio.

En consecuencia, contestando a la cuestión planteada, la iniciación de los expedientes de adaptación de la tasa durante el año 2011 interrumpe el derecho a liquidar la totalidad de la tasa devengada en el año 2007 en la medida en que dicha liquidación se verifica atendiendo a los datos reales, una vez finalizado el ejercicio 2007, y por el propio tenor literal del artículo 191 del TRLPEMM, que prevé la posible regularización de la tasa al final de cada ejercicio.

En su virtud, esta Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El archivo de los procedimientos de revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 1 de octubre de 1999, sobre exención del canon por el ejercicio de actividades industriales y comerciales, así como de los acuerdos singulares de aplicación del mismo de los años 2002, 2003 y 2004, ha supuesto la pérdida del efecto interruptivo de la prescripción conseguido, en su día, con la iniciación de dichos procedimientos de revisión de oficio.

**Segunda.-** Los requerimientos de información de noviembre de 2007 y la respuesta a los mismos del mes de diciembre de dicho año han interrumpido el plazo de prescripción de cuatro años del derecho a practicar la liquidación correspondiente al ejercicio 2004 y sucesivos, volviendo a correr de nuevo el plazo de prescripción de cuatro años, que no habría concluido, al haberse acordado formalmente la iniciación de los procedimientos de adaptación, lo que constituye otro acto interruptivo de la prescripción con arreglo al artículo 68.1.a) de la LGT, siempre que la iniciación de los procedimientos de adaptación hubiese sido notificada a los interesados en el último trimestre de 2011, por lo que, de cumplirse esta circunstancia, perviviría, por tanto, el derecho de la Autoridad Portuaria a exigir las cuotas correspondientes a la nueva tasa de actividad correspondiente a los ejercicios 2004, 2005 y 2006.

**Tercera.-** Por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico III del presente informe, la iniciación de los expedientes de adaptación de la tasa durante el año 2011 interrumpe el derecho a liquidar la totalidad de la tasa devengada en el año 2007.

## **166.- Informe sobre la procedencia de la liquidación de tasas portuarias y merced arrendaticia por la ocupación de bienes de dominio público portuario y de bienes patrimoniales de una Autoridad Portuaria**

### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de la liquidación de tasas portuarias y merced arrendaticia por la ocupación de bienes de dominio público portuario y bienes patrimoniales de la Autoridad Portuaria de Valencia por parte del Consorcio “Copa América” Valencia 2007.

El Consorcio citado tiene derecho a la bonificación del 50% de la cuota de la tasa de ocupación, conforme al artículo 181.d) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, dada su condición de Corporación de derecho público. Igualmente tiene derecho a la exención de la tasa de actividad establecida en el artículo 170 del mismo TR. Por razón de la ocupación de los bienes patrimoniales, cuyo uso le cedió la Autoridad Portuaria de Valencia, el Consorcio está obligado al pago del correspondiente canon o merced arrendaticia, si bien la práctica de la oportuna liquidación por ese concepto queda supeditada al cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de Colaboración de 29 de noviembre de 2005.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 66/11

**Fecha:** 9 de diciembre de 2011

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

Ha tenido entrada en esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado la propuesta de informe elaborada por el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con la entidad “Consorcio Valencia 2007” sobre la conformidad a Derecho de la propuesta de liquidación de tasas portuarias y otros cánones notificada por la Autoridad Portuaria de Valencia al citado Consorcio por razón del uso y ocupación de determinados espacios demaniales y patrimoniales que autorizó la Autoridad Portuaria para la construcción de las infraestructuras portuarias necesarias para la celebración de la XXXII edición de la Copa América de Vela, autorización que, a día de hoy, se encuentra prorrogada con carácter indefinido.

La calificación como “clave A” otorgada al asunto por el Abogado del Estado consultante deriva tanto del importe resultante de la propuesta de liquidación como del hecho de que afecta a dos organismos (Autoridad Portuaria de Valencia y Consorcio Valencia 2007) que tienen suscritos convenios de asistencia jurídica con la Abogacía General del Estado.

La propuesta de liquidación formulada se compone de un documento, de fecha 2 de junio de 2011, que lleva por rúbrica “Nuevo régimen tributario aplicable al Consorcio Valencia 2007”, suscrito por el Director General de la Autoridad Portuaria de Valencia y que expone la fundamentación jurídica de la propuesta, y de unos documentos anexos donde se detallan las superficies afectadas y el importe de las liquidaciones propuestas. El primer documento termina señalando que se concede al Consorcio, conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común un trámite de audiencia, otorgándole un plazo de diez días a partir de la notificación de la propuesta, para la formulación de las alegaciones y la presentación de los documentos y justificaciones que estime pertinentes, plazo que fue prorrogado por otros diez días más y que venció el 6 de julio de 2011. No obstante, y sin esperar a la respuesta de la Abogacía General del Estado a la consulta formulada por el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica, el Director Gerente del Consorcio Valencia 2007 presentó ante la Autoridad Portuaria de Valencia sus alegaciones a la propuesta con base en el informe elaborado por el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica concertado con el Consorcio Valencia 2007.

La Autoridad Portuaria de Valencia, a la vista de las alegaciones formuladas, considera necesario el pronunciamiento de la Abogacía General del Estado, remitiendo un correo en el que rebate lo manifestado por el Consorcio en su escrito de alegaciones y expone su parecer acerca de la cuestión sometida a informe.

A la vista de lo expuesto, este Centro Directivo informa lo siguiente:

## ANTECEDENTES

Para darse una cabal idea de las circunstancias que han propiciado la propuesta final de liquidación de las tasas y cánones portuarios sometida al parecer de esta Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídica del Estado, merece destacarse lo siguiente:

- 1) El 14 de octubre de 1997 se suscribió un convenio de cooperación entre el Ministerio de Fomento, la Generalitat Valenciana, el Ayuntamiento de Valencia y la Autoridad Portuaria de Valencia para la modernización de las infraestructuras del puerto de Valencia. El citado convenio tenía dos objetivos básicos: a) promover la mejora de la integración urbana del Puerto, con un aumento de la calidad de los espacios urbanos que puedan crearse a partir de suelos no necesarios para los usos portuarios, potenciando la estrategia de abrir la ciudad de Valencia al mar con el proyecto denominado “Balcón al Mar”; y b) comprometer a todas las instituciones en la consolidación de una estrategia de aumento de la competitividad del puerto de Valencia, con fundamento en la solución coordinada de todos sus medios de acceso terrestre (ferroviario y de carretera) y la creación de una Zona de Actividades Logísticas que potencie el papel de Valencia como nodo de la red transeuropea de transportes (cláusula 1). Para conseguir esos objetivos se estableció una programación de planes y proyectos a desarrollar (cláusulas 2 y 3), concretándose la financiación de los mismos (cláusula 6).
- 2) Como consecuencia de lo acordado en el citado convenio y en ejecución de los proyectos contenidos en el mismo, se inició expediente para la desafectación de una serie de terrenos incluidos dentro de la zona de servicio del Puerto de Valencia, con una superficie total estimada de 237.260,934 metros cuadrados, expediente que concluyó mediante Orden del Ministerio de Fomento de 31 de mayo de 1999 por la que se desafectan del dominio público portuario esos terrenos.

En la propia Orden se indicaba que a los terrenos desafectados se les daría el destino que procediese con arreglo al ordenamiento jurídico vigente, añadiéndose que la Autoridad Portuaria de Valencia conservaría el uso temporal de los terrenos que se desafectasen, no pudiendo realizar acto dispositivo alguno (acto que, en todo caso, debería cumplir con lo establecido en el artículo 49.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –LPEMM–) hasta tanto se aprobase el proyecto de las obras de Acceso Norte por Carretera al Puerto de Valencia y se ejecutase en su totalidad la fase del proyecto que enlace las zonas Norte y Sur del Puerto y, asimismo, hasta que se aprobase y ejecutase el proyecto de Nuevo Acceso Ferroviario al Puerto por su zona Sur.

- 3) Por Orden de 19 de febrero de 2003 se modificó la Orden de 31 de mayo de 1999, más concretamente y por lo que ahora importa, el primer párrafo del apartado segundo de la misma, autorizándose a la Autoridad Portuaria para acordar y formalizar cesiones parciales siempre que las mismas no afectasen o interfiriesen negativamente el normal desarrollo de la actividad portuaria y, en definitiva, en el eficaz ejercicio de las funciones atribuidas legalmente a las Autoridades Portuarias.
- 4) Por acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2003, y conforme a lo prevenido en el artículo 49.4 de la LPEMM, se autorizó expresamente a la Autoridad Portuaria de Valencia la cesión a favor del Ayuntamiento de Valencia de los terrenos desafectados de la zona de servicio del Puerto de Valencia por Orden de 19 de febrero de 2003, que



comprenden una superficie estimada de 237.260,934 metros cuadrados. Por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de fecha 5 de mayo de 2003 se autorizó la cesión gratuita a favor del Ayuntamiento de Valencia de los tinglados nº 2, 4 y 5 ubicados en la dársena interior del Puerto de Valencia, materializándose ese acuerdo mediante el otorgamiento ante Notario de la correspondiente escritura pública de cesión gratuita de fecha 7 de mayo de 2003.

- 5) Así las cosas, y ante la posibilidad de celebrar en Valencia la Copa América de Vela 2007, el 1 de octubre de 2003 la Administración General del Estado, la Generalidad Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia constituyeron el “Consortio Valencia 2007” como instrumento adecuado para apoyar las actividades de la candidatura de Valencia para la celebración de la Copa América 2007 y, en su caso, para desarrollar cuantas actuaciones resultasen adecuadas para que Valencia albergase la mejor edición de la historia de la Copa América. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2003, el Gobierno de España manifestó su firme apoyo a la candidatura de la ciudad de Valencia para la organización de la Copa América 2007, asumiendo los compromisos correspondientes a la construcción de las infraestructuras necesarias para ello, recogidos en el propio acuerdo y en el que también se previó el otorgamiento, por la Autoridad Portuaria de Valencia y a favor del Consortio Valencia 2007, de las concesiones o autorizaciones necesarias para la ocupación o utilización de la lámina de agua, superficies y edificaciones necesarias con el objetivo de posibilitar su plena disponibilidad para el evento.
- 6) Con objeto de establecer el contenido de los compromisos asumidos por la Autoridad Portuaria de Valencia a favor del Consortio Valencia 2007 en relación con los espacios de titularidad de la Autoridad Portuaria, con fecha 12 de noviembre de 2003 se firmó un convenio de colaboración entre el Consortio Valencia 2007 y la citada Autoridad Portuaria en el que se definen los perímetros de actuación y los compromisos de esta última entidad, que se concretan, según el punto tercero del convenio, en la tramitación a la mayor brevedad posible del expediente administrativo que permita el otorgamiento a favor del Consortio Valencia 2007 de la concesión o autorización de los espacios necesarios que posibiliten la celebración del evento, en línea con lo que fue acordado por el Consejo de Ministros.
- 7) La disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, relativa al régimen fiscal del acontecimiento Copa América 2007, después de declarar que la celebración de la Copa América 2007 tendrá la consideración de acontecimiento de excepcional interés público a los efectos de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, establece en su apartado 8, con efectos de 1 de enero de 2004 y hasta 31 de diciembre de 2007 (este plazo fue sucesivamente prorrogado hasta el mes de febrero de 2011), una exención de la obligación de pago de una serie de tasas y tarifas, entre las que se encuentran, por lo que ahora importa, la tasa de ocupación privativa del dominio público portuario y la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios para el Consortio Valencia 2007, así como para las entidades de derecho privado creadas por dicho Consortio para servir de apoyo a sus fines, para las entidades que ostenten los derechos de explotación, organización y dirección de la XXXII Copa América y para las entidades que constituyan los equipos participantes.
- 8) El 18 de octubre de 2004, la Administración General del Estado, la Generalitat Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia suscribieron un Protocolo de Actuaciones para la celebración de los actos de la XXXII edición de la Copa América. Es importante resaltar el punto segundo del Protocolo, en el que se dispone que “el Consortio Valencia 2007 será el titular de las concesiones de los derechos sobre los terrenos, las infraestructuras portuarias y las superficies de agua vinculadas a la celebración de la Copa América, durante el tiempo máximo establecido por la Ley”. Igualmente se acordó que la financiación de las inversiones

necesarias se realizaría “....mediante un crédito ICO, con aval del Estado, que se financiará con los retornos fruto de la explotación de las infraestructuras y con las aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado, necesarios”, señalándose asimismo que el Consorcio “destinará los beneficios derivados de la explotación, en primer lugar, a la devolución de los préstamos obtenidos”.

- 9) Con fecha 29 de noviembre de 2005, se firmó un Acuerdo de Colaboración entre la Autoridad Portuaria de Valencia y el “Consortio Valencia 2007”, en el que, entre otras cosas y como muestra evidente de la auténtica voluntad de las partes acerca de la onerosidad de la operación, se dice (punto primero) lo siguiente:

“ Constituir con carácter de urgencia un grupo de trabajo en el ámbito de la APV, en el que ésta se compromete a incorporar la participación activa de Puertos del Estado, que elabore, antes del 15 de enero de 2006, una propuesta que desarrolle los términos generales y en especial los económicos de la concesión y cesión de uso a favor del Consorcio, de los terrenos, las infraestructuras portuarias y las superficies de agua vinculadas a la celebración de la Copa América, durante el tiempo máximo establecido por la Ley, con el objetivo de posibilitar la obtención por el CV 2007 de retornos fruto de la explotación de las infraestructuras con los que éste pueda financiar la construcción de las mismas.

Dicha propuesta establecerá, entre otros puntos, el pago inicial a satisfacer por el Consorcio a la APV en concepto de coste inicial de adquisición de la concesión y cesión de uso de bienes patrimoniales, y en concepto de reposición de servicios, derivados de la ejecución de ciertas infraestructuras con el objeto de poder proveer por la APV la disponibilidad de los bienes y superficies a favor del CV 2007 a que se refiere el párrafo anterior y que resulten necesarias para el buen desarrollo del evento.

Asimismo se deberá establecer en dicho documento, la propuesta sobre el total de tasas portuarias anuales y merced arrendaticia a satisfacer por el Consorcio a la APV.

El Consorcio Valencia 2007 analizará dicha propuesta y elaborará informe que será remitido al Gabinete del Ministro de Economía y Hacienda para su conocimiento”.

- 10) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia, después de haber otorgado, desde el 6 de septiembre de 2004, diversas autorizaciones de ocupación de determinadas superficies, con fecha 22 de diciembre de 2005 autorizó la ocupación de los bienes de dominio público portuario por el Consorcio Valencia 2007 y la cesión de uso de bienes patrimoniales a dicha entidad hasta el 31 de diciembre de 2007. Dicha autorización fue prorrogada sucesivamente por acuerdo del Consejo de Administración de 17 de diciembre de 2007 hasta el 30 de junio de 2008 (sin perjuicio de la liquidación de las tasas portuarias que, en su caso, procediese con arreglo a la legislación vigente a partir del 1 de enero de 2008), por acuerdo del Consejo de Administración de 12 de junio de 2008 hasta el 30 de junio de 2009 y, finalmente, por acuerdo del citado órgano de 23 de junio de 2009 por tiempo indefinido hasta tanto se resolviese la tramitación de la propuesta de convenio interadministrativo presentado por el Consorcio Valencia 2007, en las mismas condiciones recogidas en los acuerdos de 17 de diciembre de 2007 y 12 de junio de 2008.

- 11) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, en sesión celebrada el 18 de diciembre de 2008, adoptó el acuerdo de efectuar la cesión gratuita de los terrenos patrimoniales al Ayuntamiento de Valencia, en el ámbito del acuerdo de 25 de abril de 2003, teniendo en cuenta, no obstante, la realidad que deriva de la creación del Consorcio Valencia 2007, en los términos que se detallan en el mismo. Merece destacarse que el acuerdo se refiere a la cesión de uso del suelo al ente local sin incluir los edificios, construcciones, aparcamiento subterráneo y redes de servicio construidas e instaladas por el Consorcio Valencia 2007 con posterioridad al acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2003.

La nueva realidad sobrevenida derivada de la organización y celebración de la XXXII edición de la Copa América supuso una indudable alteración en la configuración física y en el destino final de los espacios integrados en la antigua dársena del puerto, por lo que fue necesario una revisión de la dimensión de los espacios de tierra necesarios para poder configurar, conjuntamente con los espacios de agua, en una adecuada y respectiva proporción, una unidad de dominio público portuario que, albergando por sí misma el conjunto de equipamientos necesarios y propios de una marina deportiva, fuese susceptible de explotación autónoma, bajo la categoría principal de uso portuario náutico-deportivo y, por lo tanto, sin contar con los espacios patrimoniales adyacentes que, atendiendo al Convenio “Balcón al Mar”, debían ser objeto de cesión a favor del Ayuntamiento de Valencia.

Por otro lado, y con el fin de resolver el asunto de la ocupación del resto de esos espacios por parte del Consorcio Valencia 2007 con el otorgamiento de un título definitivo con destino a la explotación de una marina deportiva que le permitiese la obtención de los ingresos necesarios para reintegrar los fondos que se concedieron al mismo para la construcción de las nuevas infraestructuras, surgió la duda de la corrección o no del otorgamiento directo de una concesión demanial –con fundamento en el artículo 108 de la Ley 48/2003 en la redacción dada por la Ley 33/2010 (actualmente, artículo 83 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, TRLPEMM)– o acudir a la figura del convenio interadministrativo al que se refiere el artículo 95.3 de la Ley 48/2003 –actualmente, artículo. 73.3 del TRLPEMM–, habiéndose optado finalmente por esta última vía.

Lo cierto es que, a pesar de los diversos intentos sobre el particular (mediante la presentación de sendos proyectos de cesión gratuita de espacios patrimoniales al Ayuntamiento de Valencia, y de un convenio interadministrativo para la puesta a disposición a favor del Consorcio Valencia 2007 de determinados bienes integrantes de la denominada Marina Real Juan Carlos I), no ha sido posible, a día de hoy, materializar en los adecuados instrumentos jurídicos la cesión, por un lado, de espacios patrimoniales al Ayuntamiento de Valencia y, por otro lado, el otorgamiento de una autorización definitiva al Consorcio Valencia 2007 de los espacios de tierra y agua vinculados fundamentalmente a la celebración de la Copa América con el fin de explotarlos para usos náutico-deportivos.

Tampoco ha sido posible la necesaria delimitación previa de los espacios portuarios, a que se refería el punto 1 del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia de 18 de diciembre de 2008. No obstante, y para avanzar en ello, dicha entidad pública ha tenido presente la solicitud de convenio interadministrativo formulada por el Consorcio el 3 de junio de 2008, en la que se incluye un proyecto de explotación y ordenación de espacios y que, parece ser, ha permitido a la Autoridad Portuaria de Valencia la adopción, en el mes de mayo de 2009, del correspondiente acuerdo de inicio del expediente para la aprobación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios (PUEP), que pende de su aprobación definitiva.

En consecuencia, a 15 de febrero de 2011, fecha en la que, como se expondrá, finalizaron los beneficios fiscales otorgados al Consorcio Valencia 2007, sigue en vigor el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia, de 23 de junio de 2009, por el que se dispuso una prórroga por tiempo indefinido, (hasta tanto se resolviese la tramitación de la propuesta de convenio interadministrativo presentado por el Consorcio Valencia 2007), de la autorización inicial otorgada al Consorcio para la ocupación y utilización de las láminas de agua (dársena interior y de nueva creación), así como de las superficies y edificaciones de dominio público y cesión de uso de bienes patrimoniales con destino a las construcciones y explotación de las obras necesarias con objeto de la celebración del evento deportivo Copa América 2007, todo ello en las mismas condiciones recogidas en los acuerdos de 17 de diciembre de 2007 y 12 de junio de 2008.

12) Así las cosas, y en relación con el régimen tributario aplicable a la mencionada autorización, es obvio que la exención establecida la disposición adicional trigésima cuarta,

apartado ocho de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, respecto de la tasa de ocupación y de la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, dejó de aplicarse el día 15 de febrero de 2011 por el juego combinado de la disposición adicional cuarta de la Ley 33/2010 en relación con la disposición adicional séptima de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

- 13) El hecho cierto de que el 15 de febrero de 2011 dejara de ser aplicable la exención subjetiva reconocida al Consorcio Valencia 2007 determinó que, con fecha 2 de junio siguiente, el Director General del Puerto se dirigiera a dicha entidad consorcial por medio de un escrito en el que, tras referirse, en primer término, al nuevo régimen tributario aplicable al Consorcio Valencia 2007, contiene una propuesta de liquidación de tasas portuarias de los espacios de dominio público portuario y de merced arrendaticia para los espacios patrimoniales de la que se dio traslado al Consorcio, que se opuso a la misma, formulando las oportunas alegaciones, rebatidas posteriormente por la Autoridad Portuaria, y sobre las que va a versar el informe de este Centro Directivo.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

La propuesta de liquidación remitida al Consorcio tiene dos partes diferenciadas. La primera se refiere a la liquidación de la tasa de ocupación de bienes de dominio público portuario y de la tasa de actividad y la segunda se refiere a la aplicación de la llamada "merced arrendaticia" sobre los espacios patrimoniales. La propuesta de liquidación relativa a las mencionadas tasas es la que va a ser objeto de análisis en el fundamento jurídico primero de este informe.

Las primeras objeciones del Consorcio Valencia 2007 a la propuesta de liquidación se centran en la tasa de ocupación, considerando, en primer término, que incluye los espacios de la lámina de agua exterior, cifrados en 431.392 metros cuadrados y por los que se liquida una tasa de 273.116,11 euros que, en su opinión, no procede, ya que ese espacio no es dominio público portuario, sino dominio público marítimo-terrestre, como lo demuestra el hecho de que, al parecer, haya sido objeto de una reserva demanial con la finalidad de la ejecución de las obras necesarias para la Copa América, en particular, la nueva bocana del puerto.

Respondiendo a esta cuestión, hay que comenzar diciendo que el artículo 10 de la Ley 48/2003, en la redacción dada al mismo por el artículo primero de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, deja absolutamente claro que el hecho imponible de la tasa de ocupación consiste en la "ocupación del dominio público portuario, y del vuelo y subsuelo del mismo en virtud de una concesión o autorización, e incluye la prestación de los servicios comunes del puerto relacionados con el dominio público ocupado".

Por tanto, la ocupación del dominio público portuario es el presupuesto ineludible para la exigencia de esta tasa. El Consorcio Valencia 2007, como se ha visto, niega que los espacios de lámina de agua exterior tengan esa condición, considerando que, actualmente, tienen la condición de dominio público marítimo-terrestre, como consecuencia de la reserva demanial indicada.

A ello contesta la Autoridad Portuaria diciendo que la lámina de agua exterior ocupada por el Consorcio Valencia 2007 siempre ha estado incluida dentro de la zona II de la zona de servicio del puerto de Valencia (extremo que, de ser cierto, debe acreditarse oficial y gráficamente en el expediente, para que no exista duda alguna al respecto), lo que pone de

manifiesto —añade— la innecesariedad de la reserva demanial efectuada en su día a favor del Ministerio de Fomento-Autoridad Portuaria de Valencia.

Partiendo de esta base, es importante tener presente el contenido de la disposición adicional primera de la LPEMM que, con carácter general y en tanto no se procediera a la delimitación prevista en el artículo 15 de la Ley (derogado por la Ley 48/2003), consideró zona de servicio de los puertos de competencia estatal, entre otras, las superficies de agua comprendidas en las zonas I y II delimitadas para cada puerto a efectos tarifarios, así como el artículo 96.2 de la Ley 48/2003 que, a los efectos del desarrollo de los usos portuarios a los que se refiere el artículo 94.1, habla de un Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, que incluirá, dentro del dominio público portuario, un espacio de agua, subdividido en dos zonas, la zona I o espacio interior de esas aguas, y la zona II o espacio exterior de las mismas que comprende el resto de las aguas.

Por su parte, el artículo 93.1.f) de la Ley 48/2003 (hoy 67.1.f) del TRLPEMM) considera, sin lugar a dudas, que pertenecen al dominio público portuario “los espacios de agua incluidos en la zona de servicio de los puertos.”

Siendo ello así y si la lámina de agua exterior ocupada por el Consorcio, con base en la autorización otorgada por la Autoridad Portuaria, ha estado incluida siempre dentro de la zona II (aguas exteriores) de la zona de servicio del puerto de Valencia, estaría perfectamente legitimada la Autoridad Portuaria para exigir por la ocupación de la misma (el artículo 10.3.b) de la Ley 48/2003 se refiere al cálculo de la base imponible por la ocupación de las aguas del puerto) la correspondiente tasa de ocupación, siendo ya intrascendente o, si se quiere, innecesaria, la reserva demanial constituida, ya que la misma se estaba haciendo efectiva sobre un bien integrante del dominio público portuario que no es necesario que revierta a la Autoridad Portuaria para adquirir una condición, la de dominio público portuario, que ya tenía.

En consecuencia, una vez que se acredite fehacientemente la ubicación de esa lámina de agua exterior en la zona II (aguas exteriores) de la zona de servicio del puerto de Valencia, debe rechazarse este primer motivo de oposición del Consorcio Valencia 2007.

La segunda alegación formulada por el Consorcio Valencia 2007 es más compleja, pues afecta a los bienes patrimoniales. Según el Consorcio, en la tabla 2 del anexo de la propuesta de liquidación, se especifican los metros de superficie ocupados que, a día de hoy, conservan la condición de bienes patrimoniales de la Autoridad Portuaria, pero que, de aprobarse el Plan de Utilización de Espacios Portuarios en los términos propuestos, se afectarán al dominio público portuario. Por tales espacios se gira una liquidación por importe de 433.690,99 euros. El Consorcio entiende inviable, a día de hoy, la aplicación del régimen del dominio público portuario, pues sólo se pueden liquidar tasas por los bienes y espacios que hoy tienen la condición de dominio público portuario. El devengo se produce el 15 de febrero de 2011, momento en el que conservan su naturaleza de bienes patrimoniales, por lo que el régimen que corresponde a esos bienes es el que habrá de aplicarse a tales espacios.

La Autoridad Portuaria niega que se haya anticipado la consideración de este espacio como bien de dominio público a los efectos de la exigencia de esa tasa, sino que sigue siendo bien patrimonial, exigiéndose por el mismo la correspondiente merced arrendaticia, como así se puede verificar tras la lectura del escrito del Director General (párrafo cuarto), así como del apartado 2) del anexo a dicho escrito. Cuestión distinta es que, para la cuantificación de la merced se haya propuesto la extrapolación de los criterios que el legislador tiene establecidos para el dominio público portuario destinados a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, en especial el tipo de gravamen.

Pues bien, partiendo de la consideración de los bienes en cuestión como bienes patrimoniales, ya que no otra es su naturaleza el día en que se practicó la propuesta de liquidación, y resultando a priori procedente, como luego se verá, la exigencia de una merced arrendaticia por el uso de los mismos, surge la duda de si, para el cálculo del importe de dicha merced, se

pueden tener en cuenta los criterios aplicados para el cálculo de las tasas portuarias, como así lo ha entendido la Autoridad Portuaria de Valencia.

Pues bien, dado que la anterior cuestión afecta directa y frontalmente a bienes patrimoniales (recuérdese que hasta la aprobación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios los bienes de que ahora se trata son bienes de naturaleza patrimonial y no demanial), la resolución de la misma no puede ser distinta de la que se expondrá en el fundamento jurídico II del presente informe a propósito de la cuestión relativa a la procedencia de exigir una merced arrendaticia por la cesión al Consorcio del uso de bienes de naturaleza patrimonial.

En tercer lugar, el Consorcio Valencia 2007 cuestiona la liquidación de las tasas portuarias de ocupación de los bienes de dominio público portuario en sentido estricto, por no haber aplicado la Autoridad Portuaria de Valencia, en la propuesta de liquidación de la misma, la bonificación en cuota del 50 por 100 prevista en el artículo 10.9.d) de la Ley 48/2003, en la redacción dada por la Ley 33/2010 (hoy artículo 181 d) del TRLPEMM).

El precepto en cuestión dispone lo siguiente :

“d) Cuando el titular de la concesión o autorización sea una corporación de derecho público cuya actividad se encuentre directamente vinculada con la actividad portuaria, el importe de esta bonificación será del 50 por ciento de la cuota correspondiente a la tasa asociada a los espacios terrestres, los de agua y a las obras e instalaciones destinados exclusivamente a la finalidad corporativa (...).”

Siendo evidente que la actividad a desarrollar por el Consorcio Valencia 2007 sobre ese espacio se encuentra directamente vinculada con la actividad portuaria, más concretamente, con el uso náutico-deportivo (el uso náutico-deportivo es uno de los posibles usos portuarios permitidos en el dominio público portuario, según establece el artículo 94.1.c) de la Ley 48/2003 , actualmente artículo 72.1.c) del TRLPEMM), como viene a reconocer la propia Autoridad Portuaria al liquidar la tasa de actividad, la cuestión queda centrada en determinar si el Consorcio Valencia 2007 tiene o no la consideración de corporación de derecho público, a lo que se opone la Autoridad Portuaria.

Para resolver esta cuestión debe hacerse, ante todo, una precisión de especial importancia. Puesto que el artículo 181.d) del TRLPEMM exige, como primer requisito de la exención, que el titular de la concesión sea una corporación de derecho público y puesto que esta exigencia entraña un concepto jurídico, este concepto ha de entenderse en su sentido jurídico, es decir, su sentido y alcance han de determinarse con arreglo a lo que en Derecho se entiende por corporación de derecho público. Así lo impone el artículo 12.2 de la Ley 18/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, según el cual “en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda”.

Partiendo de la anterior premisa y para responder a esta cuestión es preciso tener presente la distinción jurídica entre corporaciones e instituciones. La corporación es un conjunto de personas, las cuales adoptan la condición formal de miembros, titulares de los intereses a los que el grupo va a servir, bien que se trate de sus intereses comunes y no particulares. Los propios miembros son los que organizan el ente en el sentido de que también es su voluntad la que integra la voluntad propia del ente a través de un proceso representativo. Por el contrario, en las instituciones no existen miembros propiamente dichos, aunque eventualmente pueda haber interesados o destinatarios de la actividad. Son creación de un fundador o instituidor, que es el que propone un fin a cumplir por el ente que crea (fin que éste sirve pero que es externo a él, bien por ser propio del fundador, bien porque éste señala como beneficiarios a terceros, que no por ello pasan a integrarse en el ente como miembros, sino que se mantienen como terceros). En el caso de las instituciones, es el propio fundador el que dispone de los medios materiales y personales que quedan afectos al cumplimiento de este fin, así como el que decide con su voluntad la constitución de órganos propios del ente y, por tanto, derivativamente, el que constituye la propia voluntad del ente.

La corporación es, en suma, un grupo de personas organizadas en interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración. La institución, por el contrario, es un conjunto de medios materiales y personales afectados por un fundador a la gestión de una finalidad por éste propuesta, finalidad que en todo caso remite a un interés que está situado fuera del ente, y cuya organización y funcionamiento quedan determinados por la voluntad del propio fundador. Del mismo modo, el sostenimiento económico de la corporación es asunto propio de los miembros en tanto que en las instituciones es, de nuevo, el fundador el que provee a su sostenimiento. Por eso, el interés y la voluntad de la corporación son immanentes al conjunto de personas que la integran, surgiendo, pues, del propio ente, en tanto que en el caso de la institución el interés y la voluntad son trascendentes al ente, no sólo por estar propuesto por el fundador, sino también porque éste lo sitúa fuera del ente, ordenando al ente a su cumplimiento.

En lo que se refiere al contenido organizatorio, en las corporaciones, los interesados, integrantes de la misma, gestionan sus propios asuntos, aunque sea bajo la tutela de un ente territorial superior. Orgánicamente, las corporaciones se articulan sobre técnicas representativas de la voluntad del grupo, que es la voluntad que ha de expresarse en su gobierno propio, existiendo dos órganos distintos, uno amplio, deliberante, colegial, que reserva su actuación para las decisiones de principio y que controla, en una u otra medida, la actuación del órgano de gestión normal y diaria, cuyo titular es nombrado por el órgano anterior o por el propio colectivo de miembros directamente. Los entes institucionales responden al principio organizativo burocrático más que al representativo, por cuanto consisten en una pura organización instrumental de la voluntad de un fundador y en el servicio de una finalidad que es la del propio fundador, pero nunca propio de los titulares de los órganos. Estos titulares son simples comisionados del fundador y normalmente controlados y revocados por él, estando sometidos a las directrices e intervenciones de tutela que éste se haya reservado. Orgánicamente, suele expresarse su estructura en un solo órgano gestor, sin perjuicio de que también sea normal concretar en un órgano más amplio, colegial y de actuación solemne e intermitente la presencia de los representantes del fundador.

Dentro de las corporaciones, tradicionalmente se han distinguido distintas clases. En primer término, estarían las corporaciones territoriales, entre las que destacan los entes locales. En segundo término, las corporaciones sectoriales de base privada (grupos sectoriales de personas asociadas alrededor de alguna finalidad específica y a las que se les confiere facultades en el orden administrativo a ejercer sobre sus propios miembros, como es el caso de los Colegios Profesionales, Comunidades de Regantes, Cámaras de Comercio) y, por último, en tercer lugar, estarían las corporaciones interadministrativas, que constituyen los entes formados mediante la federación de varios entes administrativos en vista de una gestión común, normalmente del tipo consorcial. Estas corporaciones administrativas pueden ser entre entes homogéneos (por ejemplo, las Mancomunidades de Municipios) o entre entes heterogéneos (los constituidos por el Estado, entes locales y entes autonómicos), que actualmente están configuradas como consorcios (artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Pues bien, teniendo en cuenta las diferencias, en los términos expuestos, entre corporación e institución y a la vista de los Estatutos del Consorcio Valencia 2007, se está ya en condiciones de afirmar que el Consorcio en cuestión tiene la naturaleza de corporación de Derecho Público. Se trata de una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad de obrar para la consecución de sus fines, integrada por la Administración General del Estado, la Generalidad Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia, que adoptan, por tanto, la condición de miembros formales del ente creado. Son fines específicos comunes a todos ellos la realización de las actuaciones y la adopción de las medidas necesarias para conseguir la mejor celebración de la Copa América, promoviendo las actuaciones que se le encomienden, la planificación y explotación de las infraestructuras e instalaciones ejecutadas, debiendo quedar enmarcados esos fines dentro del objetivo global de autofinanciación, propiciada por la consecución de una rentabilidad suficiente de

los recursos de todo tipo que utilice. La voluntad de esos miembros es la que organiza directamente el ente, participando, a través de sus órganos, en su administración. El sostenimiento económico procede de los bienes y derechos de las propias Administraciones consorciadas. En cuanto a la organización, la voluntad propia de esa corporación se manifiesta a través de dos órganos distintos, uno amplio, deliberante y colegial, que reserva su actuación para las decisiones de principio y que controla la actuación del órgano de gestión, en este caso, el Consejo Rector (con una Comisión Delegada, a la que corresponden las atribuciones que el Consejo Rector le delegue) y un órgano de gestión normal y diaria, nombrado por el Consejo Rector, el Director General. El Consorcio en cuestión se encuadra claramente dentro de las llamadas corporaciones interadministrativas, ente formado, como se ha dicho, mediante la federación de varios entes administrativos heterogéneos (Estado, Comunidad Autónoma y Ayuntamiento).

Una vez razonado que el Consorcio Valencia 2007 tiene la naturaleza de una corporación de derecho público, es preciso volver al contenido del artículo 10.9.d) de la Ley 48/2003 que, como antes se dijo, establecía una bonificación del 50 por 100 de la cuota correspondiente a la tasa asociada a los espacios terrestres, los de aguas y a las obras e instalaciones destinados exclusivamente a la finalidad corporativa “cuando el titular de la concesión o autorización sea una corporación de derecho público cuya actividad se encuentre vinculada con la actividad portuaria”.

De los términos de este precepto y una vez que se ha llegado a la conclusión de que el Consorcio Valencia 2007 es una corporación de Derecho Público, la única exigencia adicional para disfrutar de la bonificación es que “su actividad se encuentre directamente vinculada con la actividad portuaria.” Ya se ha dicho anteriormente que esa exigencia se cumple en el caso de que aquí se trata, pues la actividad a desarrollar por el Consorcio sobre esos espacios se encuentra directamente vinculada con la actividad portuaria, más concretamente, con el uso náutico-deportivo. A ello no se opone el hecho de que, en estos momentos, tras la celebración del evento, el fin perseguido por el Consorcio sea la explotación de las infraestructuras e instalaciones ejecutadas, dentro de ese objetivo global, plasmado en sus estatutos, de autofinanciación propiciada por la consecución de una rentabilidad suficiente de los recursos que utilice.

Aunque se desconoce si el legislador, cuando, por mor de lo prevenido en la disposición adicional trigesimocuarta. 8 de la Ley 62/2003, otorgó al citado Consorcio, con efectos de 1 de enero de 2004, la exención, entre otros tributos, de la tasa de ocupación privativa del dominio público portuario, era consciente de que, por ser una corporación de derecho público cuya actividad se encontraba directamente vinculada con la actividad portuaria, ya disponía de una bonificación en cuota del 50 por 100, lo cierto es que otorgó directamente al mismo la exención de esta tasa que, ahora tras el disfrute de la misma desde el 1 de enero de 2004 al 15 de febrero de 2011, se ha extinguido, viéndose sustituida por la bonificación del 50 por 100 ya indicada, recogida en ese precepto, y de la que ya tenía derecho a disfrutar, como tal corporación de derecho público, y así, por tanto, debería reconocerse por la Autoridad Portuaria en la liquidación que se practique.

Pasando al examen de la tasa de actividad sobre los espacios portuarios (antigua tasa por el aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios), el Consorcio Valencia 2007 invoca la exención prevista en el artículo 8.2.f) de la Ley 48/2003, en la redacción dada por la Ley 33/2010, ya que, en su opinión, se trata de una corporación de derecho público cuya actividad esencial es la náutico-deportiva y precisamente para una finalidad de interés público, de carácter social y deportivo, como es pagar la financiación de las infraestructuras ejecutadas por el Consorcio.

Para determinar el auténtico alcance de la exención, recogida en el artículo 8.1.f) de la Ley 48/2003, en la redacción dada al mismo por la Ley 33/2010 (antes, con una redacción similar, era el artículo 17.2.c) de la Ley 48/2003 y hoy es el artículo 170 f) del TRLPEMM), es preciso reproducir el tenor literal de aquel precepto, que dice así:



“Estarán exentos del pago de la tasa de actividad:

(....)

- f) Las corporaciones de derecho público y entidades sin fines lucrativos para aquellas actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, previa solicitud de la exención a la Autoridad Portuaria”

Pues bien, a diferencia de la tasa de ocupación, en la que, para el disfrute de la bonificación en cuota del 50 por 100, basta que el sujeto pasivo de la misma sea una corporación de derecho público, amén de que su actividad se encuentre directamente vinculada con la actividad portuaria, extremo este último no discutido, en caso de la tasa de actividad, para disfrutar de la exención es preciso que los sujetos pasivos sean “corporaciones de derecho público y entidades sin fines lucrativos”

La primera duda que surge es si la exigencia adicional contenida en el precepto, esto es, “sin fines lucrativos” es predicable sólo de las “entidades” o si, por el contrario, se extiende también a las “corporaciones de derecho público”. En una primera aproximación al tema, se puede llegar a la conclusión de que, a diferencia de las entidades, en general, que pueden tener una finalidad lucrativa o no (en este sentido, el ejemplo más sencillo sería el de las sociedades mercantiles, cuyo fin de lucro es evidente, y el de las fundaciones que, por esencia y así lo recoge el artículo 2 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, son organizaciones constituidas sin fin de lucro), las “corporaciones de derecho público”, cualquiera que sea su clase (corporaciones territoriales, corporaciones de derecho público de base privada –Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Comunidades de Regantes, etc.– y corporaciones interadministrativas –esto es, consorcios–), no tienen un fin lucrativo, sin perjuicio de que, puntualmente, pueden desarrollar alguna actividad de carácter económico.

En el presente caso, aunque está previsto (ya se ha presentada la oportuna propuesta de convenio acompañado de un proyecto de explotación) que el Consorcio Valencia 2007 desarrolle una actividad mercantil durante un dilatado periodo de tiempo, concretamente, la explotación comercial de las instalaciones construidas y espacios acondicionados para la celebración de la Copa América, tal y como se recoge en el protocolo de actuaciones firmado por las tres Administraciones integrantes del Consorcio, de 18 de octubre de 2004, en el artículo 5 de sus Estatutos del ente y se reitera en el apartado 2.2 del proyecto de convenio interadministrativo presentado por el mismo para el otorgamiento de la concesión para la explotación de la Marina Real Juan Carlos I, sus fines no son estrictamente mercantiles, sino que quedan enmarcados dentro del objetivo global de autofinanciación, propiciada por la consecución de una rentabilidad suficiente que le permita el retorno o reintegro del préstamo que, en su día, le otorgó el Instituto de Crédito Oficial para la construcción de las citadas infraestructuras. Tal y como se indica en el proyecto de convenio, resulta evidente la necesidad pública o interés general a satisfacer, en tanto en cuanto el destino de la explotación no va a dirigido a la obtención de un lucro que quede definitivamente en el patrimonio del Consorcio Valencia 2007, sino a la obtención de los fondos necesarios para amortizar los créditos otorgados por el Instituto de Crédito Oficial para la construcción de las infraestructuras y cuya ejecución se enmarcaba en el cumplimiento de obligaciones asumidas por el Estado español para la celebración de un evento calificado como de excepcional interés público (disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre). Es por ello por lo que hay que entender que desaparecerá la exención cuando el Consorcio Valencia 2007 haya reintegrado por completo al Instituto de Crédito Oficial el préstamo concedido por éste y siga explotando la referidas infraestructuras, pues en tal caso la actividad que realice el Consorcio será una actividad comercial o industrial encaminada a la obtención de lucro.

En definitiva, aunque se desconoce si el Legislador, cuando otorgó la exención expresa de esta tasa en la disposición adicional trigésima cuarta, apartado ocho, de la Ley 62/2003, tuvo o no presente que el Consorcio, por su consideración de corporación de derecho público

sin fines lucrativos, ya disponía de la misma –ex artículo 17.2.c) de la ley 48/2003, en su redacción originaria–, el Consorcio Valencia 2007 es una corporación de Derecho Público sin fines lucrativos y siendo obvio, por otro lado, que sus actividades se encuentran directamente vinculadas con la actividad portuaria y, además, son actividades de carácter social o deportivo, resulta procedente que se le reconozca la exención del pago de la tasa de actividad, de acuerdo con el artículo 8.2.f) de la Ley 48/2003, en la redacción dada por la Ley 33/2010 (actualmente, artículo 170 f) del TRLPEMM).

- II -

El Consorcio Valencia 2007 se opone también a la liquidación de la llamada “merced arrendaticia” incluida en la propuesta de liquidación y que tiene por objeto los espacios patrimoniales ocupados por el citado ente.

La primera objeción del Consorcio al pago de la citada merced consiste en la inexistencia de acuerdo o precepto legal alguno que habilite a la Autoridad Portuaria para la exigencia de aquélla, pues ni se pactó en el Convenio de 12 de noviembre de 2003 ni se hace mención a la misma en la autorización de 22 de diciembre de 2005, así como el hecho de no haberse otorgado el título definitivo al que se refería el convenio de 29 de noviembre de 2005.

Con carácter previo al examen de esa objeción es necesario precisar el régimen jurídico aplicable a la ocupación y uso de espacios patrimoniales. La Ley 48/2003, de 26 de noviembre, actualmente el TRLPMM, –tal y como acertadamente se indica en el proyecto de informe del Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con el Consorcio– no establece el régimen que resultaría aplicable a los bienes patrimoniales, por lo que se hace necesario acudir a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en especial, al artículo 2.1, que extiende la aplicación de los preceptos de este texto legal a los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, y a la disposición adicional quinta.1, donde se dispone que “el régimen patrimonial de los organismos públicos a que hacen referencia las disposiciones adicionales novena y décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, se sujetará a las previsiones de esta Ley, considerándose integrado en el Patrimonio del Estado el patrimonio de estos organismos, en los términos previstos en el artículo 9 de esta Ley”.

Siendo evidente la cesión de espacios patrimoniales realizada por la Autoridad Portuaria de Valencia a favor del Consorcio, espacios que, en su mayor parte, proceden de la desafectación de bienes de dominio público realizada en virtud de Orden Ministerial de 31 de mayo de 1999 y aunque una gran parte de los mismos pueden ser objeto de cesión gratuita al Ayuntamiento de Valencia, es necesario encontrar el fundamento legal que permita, mientras se produzca esa circunstancia, la explotación de los mismos y la consiguiente obtención de unos determinados ingresos por parte de la Autoridad Portuaria.

En este sentido, es básico el artículo 106 de la LPAP, integrado en el Título IV de esa Ley, que lleva por rúbrica “Aprovechamiento y explotación de bienes y derecho patrimoniales;” según el cual, “la explotación de los bienes y derechos podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico típico o atípico”.

Pues bien, la única referencia a la exigencia de una merced arrendaticia por la cesión de espacios patrimoniales a satisfacer por el Consorcio Valencia 2007 a la Autoridad Portuaria se encuentra en el punto primero del Acuerdo de Colaboración suscrito por ambas entidades el 29 de noviembre de 2005, que no consta que haya quedado sin efecto ni que haya sido denunciado por alguno de los firmantes del mismo, estando, por tanto, vigente.

En el citado acuerdo se refleja claramente la voluntad de ambas partes de constituir con carácter de urgencia un grupo de trabajo en el ámbito de la Autoridad Portuaria, en el que ésta se compromete a incorporar la participación activa de Puertos del Estado, “que elabore antes del 15 de enero de 2006, una propuesta que desarrolle los términos generales y, en especial, los económicos de la concesión y cesión de uso a favor del Consorcio, de los terrenos, las infraestructuras portuarias y las superficies de agua vinculadas a la celebración de la Copa América, durante el tiempo máximo establecido por la Ley, con objeto de posibilitar la obtención por el Consorcio de retornos fruto de la explotación de las infraestructuras con los que éste puede financiar la construcción de las mismas”. De una forma más precisa se habla de que “asimismo se deberá establecer en dicho documento, la propuesta sobre el total de tasas portuarias anuales y merced arrendaticia a satisfacer por el Consorcio a la APV”. El Consorcio, –terminaba ese punto primero– analizará dicha propuesta y elaborará informe que será remitido al Gabinete del Ministro de Economía y Hacienda para su conocimiento.

Aparte de la clara obligación derivada de la ley sobre la exigencia de las correspondientes tasas portuarias derivadas de la ocupación de espacios de dominio público, que luego se vio afectada positivamente para el Consorcio por el otorgamiento de la oportuna exención de las mismas –con fundamento en la disposición adicional trigésima cuarta, apartado ocho, de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, con efectos de 1 de enero de 2004 y que finalizó en el mes de febrero del presente año–, para la exigencia (a partir de febrero de 2011) de la llamada “merced arrendaticia” correspondiente a la cesión de uso de bienes patrimoniales es necesario la existencia de un título suficiente, no bastando a tal fin con la simple posibilidad de explotación de los bienes patrimoniales.

El título en cuestión deriva del citado Acuerdo de Colaboración suscrito por la Autoridad Portuaria y el Consorcio Valencia 2007 de 29 de noviembre de 2005, en el que, a juicio de este Centro Directivo, queda absolutamente claro, como pone de manifiesto la Autoridad Portuaria, que la puesta a disposición de esos bienes iba a tener lugar en virtud de un negocio jurídico oneroso de acuerdo con los términos de ese Acuerdo, lo que hace que deba rechazarse de entrada cualquier idea de gratuidad. La presunción de onerosidad de los actos y negocios jurídicos reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 7 de octubre de 2005, Ar. 8766; 7 de junio de 1993, Ar. 4483; y 11 de octubre de 1990, Ar. 7857) es propia de los actos y operaciones que se efectúan en el tráfico jurídico y, más concretamente, en el tráfico mercantil, pues es de esencia de éste la idea de entrega del valor en cambio de los productos o mercancías que se adquieren.

En ningún momento, por tanto, ni la Autoridad Portuaria ni el Consorcio Valencia 2007 pensaron en la figura de la adscripción de bienes patrimoniales a que se refiere los artículos 73 a 79 de la LPAP, adscripción que, al margen de algún pronunciamiento aislado de algún Tribunal (en concreto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia) a los efectos de ordenar el desalojo de un pantalán en las instalaciones de la dársena interior de la Marina Real, en modo alguno puede admitirse al estar en desacuerdo con la real voluntad de las partes firmantes de ese acuerdo.

En cualquier caso, la adscripción hubiera requerido el correspondiente acto expreso del Ministro de Economía y Hacienda, previa la instrucción del expediente oportuno por parte de la Dirección General del Patrimonio del Estado, a propuesta de la Autoridad Portuaria, y la firma de la correspondiente acta por parte de representantes de la Dirección General indicada y de la Autoridad Portuaria (artículo 74 de la LPAP), trámites que no consta que hayan tenido lugar.

Ahora bien, el que se haya llegado a la conclusión de la existencia de un título del que deriva el carácter oneroso de la cesión de uso de los bienes patrimoniales puestos a disposición del Consorcio, sobre los cuales la Autoridad Portuaria estaría legitimada para el cobro de la correspondiente merced arrendaticia, no significa que en estos momentos pueda exigirse esa merced, pues es necesario, a juicio de este Centro Directivo, conformar definitivamente el título legitimador de esa merced y precisar la cuantía concreta de la misma.

En efecto, como se ha visto, en el acuerdo en cuestión, las partes acuerdan constituir un grupo de trabajo en el seno de la Autoridad Portuaria, en el que ésta se compromete a incorporar la participación activa de Puertos del Estado para elaborar antes de una fecha determinada (el 15 de enero de 2006) una propuesta de desarrollo de los términos generales y económicos de la concesión, debiendo contenerse, además, en el documento que se elabore “la propuesta sobre el total de tasas portuarias anuales y merced arrendaticia a satisfacer por el Consorcio a la APV”. El Consorcio, como antes se dijo, analizará dicha propuesta y elaborará un informe que será remitido al Gabinete del Ministro de Economía y Hacienda para su conocimiento.

Según informa la Autoridad Portuaria de Valencia, la motivación del Acuerdo de Colaboración de 29 de noviembre de 2005 y su firma se origina cuando la Autoridad Portuaria de Valencia realizó, a petición del propio Consorcio, el cálculo anual de las tasas y merced arrendaticia que correspondería abonar a la Autoridad Portuaria y que arrojó en un primer momento un importe próximo a 6 millones de euros anuales, cuantía muy superior a la suma de un millón cuatrocientos mil euros anuales recogida por el Consorcio en el plan financiero presentado al Instituto de Crédito Oficial para la obtención del crédito correspondiente. Ello determinó que se arbitrara la solución de constituir un grupo de trabajo en el que se integraría a Puertos del Estado y cuyo resultado sería remitido por el Consorcio al Gabinete del Ministerio de Economía y Hacienda con la finalidad de gestionar cerca del mismo la aprobación de una disposición normativa que les pudiera exonerar de dicha obligación o situarla en unos niveles de impacto económico ajustados a su previsión presupuestaria de 1,4 millones de euros anuales.

Pues bien, a pesar de que ha sido rebasada en exceso la fecha prevista en el Acuerdo de Colaboración y de que, según manifiesta la Autoridad Portuaria, han sido varias las ocasiones en las que ha facilitado a Puertos del Estado el importe y criterios o forma de cálculo de las tasas portuarias y merced arrendaticia, a los efectos de lo dispuesto en el Convenio, sin contar, finalmente, con una respuesta clara y, por lo tanto, sin conformar una posición común al respecto, la Autoridad Portuaria decidió elaborar, el 2 de junio de 2011, el escrito y anexo con la propuesta de liquidación, sometido al parecer de esta Abogacía General del Estado.

Es importante resaltar que, con fecha 30 de marzo de 2010, el Presidente de la Autoridad Portuaria dirigió una carta al Director del Gabinete de la Ministra de Economía y Hacienda, acompañada de un anexo, en que consideraba como una de las cuestiones a resolver la “fijación, aplicando la Ley de Puertos y la de Patrimonio, del importe de las tasas portuarias y canon arrendaticio correspondientes, que ha sido calculado sin afán recaudatorio, sobre un proyecto de liquidación de las mismas que deseablemente debiera ser validado por parte de la Administración General del Estado a través de Puertos del Estado”. Aunque el tenor de esa carta pone de manifiesto que en esa fecha la fijación del importe de las tasas portuarias y del canon arrendaticio era una de las cuestiones a resolver, habiéndose incluso avanzado con la elaboración de un proyecto de liquidación, no consta que existiera una respuesta por parte del Jefe del Gabinete mencionado que fijara la posición de la Administración del Estado, a través de Puertos del Estado como se pidió.

Llegados a este punto, y si bien son loables los intentos de la Autoridad Portuaria de Valencia para avanzar en la cuestión debatida y conseguir lo que ella denomina “conformar una posición común”, lo que no ha logrado, es lo cierto que, siendo el único título para la exigencia de la merced arrendaticia por la cesión de uso de los bienes patrimoniales el Acuerdo de Colaboración entre la Autoridad Portuaria y el Consorcio de 29 de noviembre de 2005 (punto primero) y estatuyéndose en el mismo la necesidad de constituir un grupo de trabajo en el ámbito de la Autoridad Portuaria, en el que debe participar activamente también Puertos del Estado (que, de esta forma, validaría formalmente el proyecto de liquidación, dando así cumplimiento al deseo de la Presidencia de la Autoridad Portuaria plasmado en su carta al Jefe del Gabinete de la Ministra de Economía y Hacienda de 30 de marzo de 2010, citada anteriormente), a fin de que elabore una propuesta que desarrolle los términos generales y, en especial, los económicos de la concesión y, más en concreto y por lo que ahora importa, una propuesta sobre la merced arrendaticia a satisfacer por el Consorcio a la Autoridad Portuaria, esta Abogacía General del

Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende que la elaboración de una liquidación definitiva en concepto de canon o merced arrendaticia y la subsiguiente exigencia de la misma al Consorcio han de supeditadas al cumplimiento de lo dispuesto en el repetido Acuerdo de Colaboración entre la Autoridad Portuaria y el Consorcio: constitución del grupo de trabajo, con intervención de Puertos del Estado, y elaboración por dicho grupo de una propuesta en la que se cuantifique la merced arrendaticia, con posterior informe del Consorcio (informe que debe entenderse que no es vinculante, pues de ser así hubiera tenido que decirse expresamente).

Se funda el anterior criterio en la consideración de que, habiéndose previsto en el Acuerdo de Colaboración de continua referencia esa forma de proceder para determinar el canon arrendaticio, y dado el carácter convencional o negocial del acuerdo, la fuerza vinculante del mismo para ambas partes (cfr. artículo 1.091 del Código Civil) impide que una de ellas pueda por sí sola apartarse de lo convenido y fijar la cuantía de la merced arrendaticia de forma distinto a lo previsto. A lo dicho debe añadirse que, tratándose de la cesión de uso de bienes patrimoniales a cambio de una renta o canon arrendaticio (recuérdese que la voluntad de las partes, según el Acuerdo de Colaboración, es la cesión onerosa y no gratuita), se está en presencia de un acto de gestión de bienes patrimoniales, sometido al régimen jurídico privado, y no de un acto de autoridad, sometido al régimen jurídico público, por lo que no entran en juego las potestades administrativas (potestad de autotutela declarativa y potestad de autotutela ejecutiva) que en otro caso corresponderían a la Autoridad Portuaria de Valencia como entidad de Derecho Público.

A la vista de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** En relación con la ocupación del dominio público portuario, el Consorcio Valencia 2007 tiene derecho a la bonificación del 50 por 100 de la cuota de la tasa de ocupación, conforme a lo dispuesto en el artículo 181.d) del Texto Refundido de la Ley de Puertos de Estado y la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

**Segunda.-** El referido Consorcio tiene derecho, en relación con la tasa de actividad, a la exención establecida en el artículo 170.f) del mencionado texto legal. Esta exención deberá dejarse de aplicar si, una vez reintegrado el préstamo concedido por el Instituto de Crédito Oficial, el Consorcio Valencia 2007 continuase explotando las instalaciones construidas y espacios acondicionados para la celebración de la Copa América.

**Tercera.-** Por razón de ocupación de los bienes patrimoniales cuyo uso le cedió la Autoridad Portuaria de Valencia, el Consorcio Valencia 2007 está obligado al pago del correspondiente canon o merced arrendaticia, si bien la práctica de la oportuna liquidación por este concepto y su subsiguiente exigencia a dicha entidad consorcial queda supeditada al cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo de Colaboración de 29 de noviembre de 2005 suscrito por la Autoridad Portuaria de Valencia y el Consorcio Valencia 2007: constitución del grupo de trabajo previsto en dicho acuerdo, con intervención de Puertos del Estado, y elaboración por dicho grupo de una propuesta en la que se cuantifique la merced arrendaticia, con posterior informe del Consorcio.

**Cuarta.-** No resulta procedente en relación con los bienes, que actualmente y hasta la aprobación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios, tienen la condición de bienes patrimoniales y para el cálculo de la merced arrendaticia que corresponde satisfacer al Consorcio Valencia 2007 la extrapolación de los criterios establecidos en el Texto Refundido de la Ley de Puertos de Estado y la Marina Mercante para la cuantificación de la tasa por ocupación del dominio público portuario.

## **167.- Informe sobre ejecución de una sentencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que condena a la Administración a la devolución al recurrente del importe de la cantidad satisfecha en concepto de tarifas portuarias.**

### **Resumen**

Ejecución se sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa que condena a la Administración a la devolución al recurrente del importe de la cantidad satisfecha en concepto de tarifas portuarias. Incidente de ejecución resuelto por auto que ordena al Ministerio de Fomento, autor de la resolución que inadmitió el recurso de alzada per saltum al pago de esa devolución tras anularse las liquidaciones giradas.

Dado el desconocimiento de las fechas reales de ingreso de esa liquidación y por lo que se refiere a la devolución de los intereses legales, cabe plantear al Juzgado Central de lo Contencioso nº 8, a través del Abogado del Estado, la concurrencia, en este particular extremo de la causa de imposibilidad material de ejecución de la sentencia, de acuerdo con el artículo 105.2 de la LJCA.

**Ref.:** A.G.ENTES PUBLICOS 107/11

**Fecha:** 2 de noviembre de 2011

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

Ha tenido entrada en esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado su solicitud de dictamen sobre la ejecución de una sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8 relativa a liquidaciones sobre tarifas portuarias.

Tras una amplia exposición acerca de la problemática suscitada, con aportación de los documentos, fundamentalmente judiciales, relacionados con la misma, se solicita que por parte de este Centro Directivo se emita un dictamen en el que se analice la ejecución de la sentencia 33/2008, de 8 de abril de 2008, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8, más concretamente, el alcance del auto de ejecución de dicho Juzgado de 17 de junio de 2010, confirmado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2011, especialmente en cuanto al sujeto obligado a dicho cumplimiento. Asimismo, se interesa el análisis de la procedencia de la liquidación de intereses y las fechas que han de considerarse para su cálculo, teniendo en cuenta que se desconocen las fechas reales en las que se produjeron los ingresos en las Autoridades Portuarias.

En relación con dicha consulta y a la vista de la documentación remitida, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado emite el siguiente dictamen:

- I -

Para comprender el exacto alcance del fallo dictado por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8, sobre cuya ejecución se solicita la opinión de este Centro Directivo, es preciso tener presentes las circunstancias del recurso contencioso-administrativo, comenzando por el pronunciamiento que puso fin al mismo.

Como se deduce del texto de la misma, con fecha 8 de abril de 2008, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8 dictó sentencia en el procedimiento ordinario del recurso 105/2006 seguido ante dicho órgano judicial contra resolución dictada por el Ministerio de

Fomento el 28 de septiembre de 2006, por la que se acordó inadmitir una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador presentada por la entidad Castillo López S. A.

La reclamante consideraba que había sufrido un daño indemnizable en razón de haber pagado unas tarifas portuarias por importe de 18.668,93 euros, correspondientes al periodo 1993-2003, ya que las correspondientes liquidaciones fueron giradas al amparo de una norma posteriormente declarada inconstitucional, como era el artículo 70, apartados 1 y 2, de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), en virtud de sentencias del Tribunal Constitucional nos 102/2005, de 20 de abril (publicada en el suplemento del BOE de 20 de mayo) y 121/2005, de 10 de mayo (publicada en el suplemento del BOE de 8 de junio). La resolución del Ministerio de Fomento de 28 de septiembre de 2006 declaró la inadmisión de la reclamación formulada por entender que la vía empleada por la entidad reclamante no era la adecuada para lograr el reintegro de las cantidades que en su día ingresó en concepto de liquidaciones por tarifas portuarias.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8 estimó el recurso, anulando la resolución recurrida y declarando “la nulidad de las liquidaciones de la Tarifa Portuaria T-3, con la devolución de su importe a la parte recurrente, con los intereses legales de la cantidad desde el día de su ingreso,” pronunciamiento que, en opinión de este Centro Directivo, no se ajusta a Derecho, dado que, de una parte, no resulta congruente con la pretensión de reconocimiento de responsabilidad patrimonial formulada y, de otra parte, declara la nulidad de unas liquidaciones firmes, siendo así que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal o la declaración de ilegalidad de una norma reglamentaria no determina por sí misma la nulidad de los actos administrativos firmes dictados en aplicación de la norma (legal) declarada inconstitucional o de la norma (reglamentaria) declarada ilegal.

- II -

La mencionada sentencia, no obstante, adquirió firmeza, suscitándose así el problema de su ejecución. Como bien se dice en la solicitud de dictamen, las liquidaciones de tarifas portuarias eran giradas por la Autoridad Portuaria en cuyo ámbito se prestaba el servicio correspondiente, la cual percibía los correspondientes importes. Sobre esta base, en la ejecución de las sentencias que han anulado liquidaciones de tarifas portuarias se ha venido entendiendo (a pesar de que en muchos casos el recurso contencioso-administrativo tenía por objeto una resolución del Ministerio de Fomento que resolvía un recurso administrativo por saltum contra las liquidaciones giradas por las Autoridades Portuarias basado en la ilegalidad de las diversas Ordenes Ministeriales aprobatorias de las tarifas) que son las Autoridades Portuarias, que han girado las correspondientes liquidaciones exigiendo las tarifas, las que han de proceder a la devolución del principal en su día percibido por esas liquidaciones, luego declaradas nulas, así como al pago de los intereses legales correspondientes.

Pues bien, como sigue relatando la solicitud de dictamen, la imposibilidad de determinar la Autoridad Portuaria a la que correspondería ejecutar esa sentencia (teniendo en cuenta la documentación que el interesado adjuntó a la reclamación de responsabilidad patrimonial y la falta de mención alguna de la sentencia en este extremo), así como las grandes dificultades existentes para precisar la cantidad exacta a devolver (ya que se desconocían las concretas liquidaciones anuladas y las fechas de su ingreso –lo que resulta esencial para calcular los intereses devengados–, pues en los autos sólo constan facturas emitidas por terceros dirigidas a la entidad reclamante y que, por vía repercusión, ésta habría hecho efectivas), determinaron que no se pudiera ejecutar en plazo la sentencia.

Ello propició que la entidad recurrente solicitase la ejecución de la sentencia y que el órgano jurisdiccional dictase, el 21 de septiembre de 2009, un auto por el que se requirió a la Administración demandada (por la que hay que entender, en este concreto caso, la Admi-

nistración del Estado –Ministerio de Fomento–, ya que es el órgano que dictó la resolución de inadmisión de la reclamación), a fin de que procediera a dar cumplimiento a la sentencia firme dictada en el proceso.

Frente a dicho auto se promovió por la Abogacía del Estado el incidente a que se refiere el artículo 109 de la Ley 29/1998, de 29 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), señalando que la sentencia se refiere en abstracto a “las liquidaciones de la tarifa portuaria T-3” sin especificar importe alguno (con lo que no puede hablarse de que se esté ante una cantidad determinada y líquida), debiendo en todo caso la parte recurrente indicar la Autoridad Portuaria que giró las liquidaciones y aportar los justificantes de pago de las mismas. El Juzgado, según se dice en el auto de 17 de junio de 2010, requirió a la parte demandante para que aportara las liquidaciones anuladas y las fechas de ingreso de sus importes.

El anterior incidente fue resuelto por el Juzgado en virtud del citado auto de 17 de junio de 2010. Es importante tener presente la fundamentación jurídica del auto que en su parte dispositiva estima el incidente y ordena el pago de la cantidad de 18.668,93 euros, “que deberá ser abonado por el Ministerio de Fomento, Ente Público Puertos del Estado, hasta el efectivo y total cumplimiento de la precitada sentencia”, pero lo hace desde el reconocimiento de la imposibilidad de concretar el pago efectivo, por parte de la entidad recurrente, de las liquidaciones de la Tarifas T-3 (de la documentación aportada por la empresa en el incidente parece desprenderse que la cuantía total de lo soportado por repercusión ascendía a 25.563,84 euros y no los 18.668,93 euros indicados en la demanda y a los que únicamente se refiere el fallo).

En efecto, para rechazar las alegaciones del Abogado del Estado, en el razonamiento jurídico tercero del auto, se dice que:

“...resulta evidente que debe cumplirse lo dispuesto por la Sentencia que ahora se discute. Desde esta perspectiva, debe ponderarse el conflicto de intereses que subyace en este incidente; por una parte el derecho a la ejecución del contenido de las resoluciones judiciales firmes, componente sustancial del derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución y que se proyecta en el artículo 118.1 del propio texto constitucional y en el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción, en la que se precisa que la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones firmes corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales de este orden jurisdiccional, añadiendo el apartado 5º de este artículo que el órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, cuando se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento”

Hasta aquí resulta correcto el planteamiento del órgano judicial. No obstante, el propio órgano judicial es consciente de la problemática suscitada cuando, a continuación, sigue diciendo:

“A todo lo hasta aquí dicho, debe añadirse que a pesar de nuestras reiteradas peticiones, la parte no ha acreditado fehacientemente el abono de las mencionadas Tarifas T-3. Por otra parte, el interés de la Administración en que no se produzca un abono indebido en la persona que no ha acreditado el anterior pago de lo que ahora se debe devolver, sin fundamentar su negativa a pagar lo mandado más que en la falta de acreditación efectiva de dicho pago”

Así las cosas y enfrentado a este dilema, el órgano judicial, en el razonamiento cuarto y último del auto, con cita de los artículos 105.1 de la LJCA y 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, opta por dar primacía al tenor de la sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo, declarando que:

“Dado que en el presente caso, la parte recurrente insiste en la ejecución total de lo dispuesto en el fallo de nuestra sentencia, estimatoria total de las pretensiones deducidas en la demanda, sobre el pago de la cantidad de 18.668,93 euros y dado también que la repre-



sentación de la Administración se empeña en negarla, procede sin más estimar el presente incidente de ejecución y ordenar a la Administración, Ministerio de Fomento, Ente Público Puertos del Estado, el efectivo y total cumplimiento de la precitada Sentencia”.

Lo expuesto le sirve para estimar el incidente de ejecución y ordenar el pago de la cantidad de 18.668,93 euros, que deberá ser abonado —concluye— por el Ministerio de Fomento, Ente Público Puertos del Estado, hasta el efectivo y total cumplimiento de la sentencia.

Contra el referido auto se interpuso por la Abogacía del Estado recurso de apelación, que fue tramitado bajo el nº 69/2010 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 8ª), siendo resuelto por sentencia de fecha 28 de febrero de 2011, que desestimó el mismo.

Para la mejor comprensión de este pronunciamiento judicial es importante tener presente algunas de las consideraciones que se hacen en esa sentencia.

En primer lugar, y saliendo al paso de la alegación del Abogado del Estado según la cual el fallo de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8 no recoge expresamente la cantidad que ha de ser reintegrada, la Sala, en su fundamento de derecho tercero, considera que:

“..sin embargo, tanto en los antecedentes de la sentencia como en sus fundamentos jurídicos se indica que la cantidad reclamada era de 18.668,93 € es más, en el suplico de la demanda se pide expresamente la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial y el abono a la entidad recurrente de la referida cantidad de 18.668,93 € actualizada de conformidad con el artículo 141.3 de la Ley 30/92 o, en su caso, con los intereses legales correspondientes, de manera que siendo el fallo de la sentencia estimatoria del recurso, el alcance del acogimiento de las pretensiones deducidas en la demanda ha de venir referido al contenido del suplico de la misma. En consecuencia, el importe a devolver no quedó indeterminado sino que venía fijado por el importe de la reclamación en vía administrativa y por su determinación después en el suplico de la demanda. La cifra a la que ascendía la reclamación y la pretensión en vía jurisdiccional es la misma que se determina en el escrito solicitando la ejecución forzosa de la sentencia, de manera que no existe indeterminación ni necesidad de fijación en ejecución de sentencia en lo que se refiere a la cantidad a devolver”.

Por lo que se refiere a la alegación del Abogado del Estado consistente en la necesidad de que el reclamante determine la Autoridad Portuaria que giró las liquidaciones y justifique el abono de las mismas, la Sala declara en ese mismo fundamento de derecho tercero lo que sigue:

“Pues bien, resulta sorprendente que se pida la acreditación de las cantidades efectivamente abonadas en fase de ejecución de una sentencia que acoge y estima las pretensiones deducidas en la demanda, y en la que se condena a la Administración a la devolución del importe correspondiente a las liquidaciones por la tarifa T3, importe que se fijaba en la propia demanda, tal como se recoge en la sentencia. De manera que no cabe en ejecución de sentencia entrar a discutir sobre la certeza del pago de las liquidaciones ni sobre su importe, cuestión que debió ser discutida en el recurso contencioso administrativo, por el contrario, nos encontramos ante una sentencia condenatoria al pago de una cantidad líquida, 18.668,93 € Siendo lo único pendiente de liquidación el importe de los intereses legales de esa cantidad desde el día de su ingreso.

Por lo que respecta a cuál sea la autoridad portuaria que debe realizar la devolución, no puede acogerse que la propia Administración demandada, de la que han emanado las liquidaciones anuladas, obstaculice o dilate la ejecución de la sentencia bajo pretexto de desconocer cuál es el órgano administrativo que ha emitido tales liquidaciones. Basta con examinar la pieza separada de ejecución para comprobar las numerosas diligencias realizadas a fin de dar satisfacción a las solicitudes de la Administración en aras a que sea la parte recurrente,

que ha obtenido una sentencia estimatoria de sus pretensiones, la que acredite lo que debe constarle a la Administración, obligada a la ejecución de la sentencia.”

Por último, en el fundamento de derecho cuarto, la Sala, tras reproducir el contenido del artículo 103 de la LJCA, según el cual la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, viene a concluir que:

“En este sentido, el punto de partida en las actuaciones procesales de ejecución de sentencia ha de ser los términos del fallo de la misma, a los que ha de atenerse la Administración al ejecutarla. Sin que quepa, por parte de la Administración, alterar los términos de fallo, ni por parte de la actora introducir por vía incidental cuestiones o pretensiones ajenas a lo que constituyó el objeto del recurso y lo resuelto en sentencia.

Así pues, la resolución ahora impugnada viene a resolver un incidente ejecución de una sentencia condenatoria al abono de cantidad líquida, cuya ejecución por la Administración se ha dilatado indebida e injustificadamente, mediante la exigencia a la entidad recurrente de la acreditación de hechos cuya certeza ya ha sido declarada en la sentencia, pues la condena a la devolución del importe de las liquidaciones por tarifa T-3 pasa por el reconocimiento de la existencia de dichas liquidaciones y de su pago por quien reclama la devolución.”

- III -

Pues bien, con este claro pronunciamiento de la Sala, confirmatorio del auto del Juzgado de 17 de junio de 2010 (cuyo testimonio se remitió, con fecha 11 de mayo de 2011, por el Secretario de dicho órgano judicial al Ministerio de Fomento, dándose traslado del mismo por la Subdirección General de Recursos de dicho Ministerio al ente público Puertos del Estado para su cumplimiento el 27 de junio 2011), el margen de actuación de la Administración demandada es ya absolutamente limitado.

Como dice la sentencia de 28 de febrero de 2011, el punto de partida en las actuaciones procesales de ejecución está constituido por los términos de la resolución judicial que, tras anular las liquidaciones de la Tarifa T-3 giradas, condena a la Administración a la devolución del importe de las mismas, que cifra en la cantidad de 18.668,93 euros. Aunque el ente público Puertos del Estado desconozca la Autoridad o Autoridades Portuarias que giraron las liquidaciones y si se han hecho o no efectivas, los términos del auto del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de 17 de junio de 2010 y de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2011, confirmatoria de dicho auto, no dejan, a juicio de este Centro Directivo, resquicio alguno para oponerse a la devolución de ese concreto importe a la entidad recurrente.

En cuanto al sujeto obligado al cumplimiento de esas resoluciones judiciales y, en definitiva, a devolver el importe indicado, ya se ha dicho anteriormente que, en circunstancias normales y dado que las liquidaciones de tarifas portuarias son giradas siempre por las Autoridades Portuarias en cuyo ámbito se presta el servicio correspondiente, se había venido entendiendo –incluso en los casos de que la resolución impugnada procedía del Ministerio de Fomento resolviendo un recurso per saltum contra esas liquidaciones por ilegalidad de las Ordenes Ministeriales que les servían de fundamento–, que debían ser las Autoridades Portuarias que hubiesen girado las liquidaciones las encargadas de proceder a la devolución del principal e intereses legales correspondientes.

No obstante, y aunque en el caso presente la sentencia de instancia anuló las liquidaciones y ordenó la devolución de su importe con sus intereses, no puede perderse de vista que la entidad recurrente había formulado una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador con el fin de obtener el resarcimiento de los daños sufridos en su patrimonio por razón del abono de las tarifas como consecuencia de la declaración de inconstitucional-

lidad del artículo 70 de la LPEMM, por lo que, sobre esta base cabe razonablemente entender que la única Administración obligada al cumplimiento del fallo es la Administración del Estado –y, de una forma más precisa, el Ministerio de Fomento–, en cuanto Administración demandada en el recurso y que aparece expresamente mencionada ya en la parte dispositiva del auto de 17 de junio de 2010.

En dicha parte dispositiva se hace también una mención, a todas luces indebida, al ente público Puertos del Estado, organismo con personalidad jurídica y patrimonio propios (artículo 24 de la LPEMM, actualmente artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Puertos de Estado y Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre), distintos de los del Estado y de las Autoridades Portuarias, al que no le es imputable responsabilidad alguna en la ejecución del fallo, pues ni ha girado ni pudo girar las liquidaciones discutidas, ni puede responder de su devolución en defecto o junto a las Autoridades Portuarias que hipotéticamente las giraron.

En definitiva, para este concreto y excepcional caso, se entiende que el sujeto obligado al cumplimiento del fallo dictado y, en consecuencia, a la devolución a la entidad recurrente del importe de 18.668,93 euros, principal reclamado, no es otro que el Ministerio de Fomento por su condición de autor de la resolución de inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por la sociedad Castillo López S.A., que ha sido anulada y que ha llevado aparejada como consecuencia la nulidad de las liquidaciones giradas a dicha sociedad por la Tarifa T-3.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, si se hubiese podido determinar la Autoridad o Autoridades Portuarias que giraron las liquidaciones y que tendrían que hacer frente, por tanto, a la devolución de sus importes y de sus respectivos intereses, es muy previsible que el citado importe, en todo o en parte, se hubiese hecho efectivo con cargo a un crédito extraordinario habilitado por el Ministerio de Fomento para hacer frente a la ejecución de esas resoluciones judiciales, por lo que, en definitiva, el resultado sería el mismo que el que ahora se propone.

#### - IV -

En la solicitud de dictamen, se interesa también de este Centro Directivo el análisis de la procedencia de liquidación de intereses y las fechas a considerar para su cálculo, teniendo en cuenta que se desconocen las fechas reales en que se produjeron los ingresos de las liquidaciones giradas.

Con todos los antecedentes y, en especial, con los dos últimos pronunciamientos del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en los que, sin mencionarse expresamente esta problemática, se insiste en el hecho de que a la Administración debe constarle el órgano administrativo que dictó las liquidaciones y que la condena a la devolución del importe de las mismas “...pasa por el reconocimiento de la existencia de dichas liquidaciones y de su pago por quien reclama la devolución” (fundamento de derecho cuarto in fine de la sentencia), podría pensarse que el margen de actuación de la Administración demandada es muy limitado, pues del tenor del fallo de la sentencia de 28 de febrero de 2011 se deduce que la Sala entiende que la Administración es conocedora de la existencia de esas liquidaciones y, lo que es más importante a estos efectos, de su pago por el que reclama la devolución.

En el caso de que se conociese o llegase a conocerse con certeza las fechas de ingreso de las liquidaciones, se recuerda que, dado que se está hablando de un largo periodo de liquidación de las tarifas (1993-2003), en cuanto al interés a aplicar y al cálculo de esos intereses habrían de tenerse en cuenta las conclusiones a las que llegó la Dirección de Servicios Jurídicos del ente público Puertos del Estado en su nota de 22 de noviembre de 2005. En este sentido, para los ingresos realizados con anterioridad al 19 de marzo de 1998 (fecha de

entrada en vigor de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías del Contribuyente), se aplicaría el interés legal del dinero, de acuerdo con lo previsto en el artículo 155 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, en tanto que para los ingresos efectuados con posterioridad a dicha fecha, el tipo de interés sería el interés de demora tributario regulado en el artículo 58.2.c) de la propia Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963. En cuanto a la forma de cómputo, de conformidad con la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1997, que resuelve un recurso de casación en interés de la ley, y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 25/1995, de reforma de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, en las liquidaciones que se practiquen para el cálculo de intereses de demora debería aplicarse el tipo vigente para cada ejercicio económico, con independencia de la fecha de realización del ingreso que se reputa indebido.

Sin embargo –se insiste por el ente público Puertos del Estado–, se desconocen las fechas reales en que se produjeron los ingresos de las correspondientes liquidaciones, lo cual resulta esencial para determinar el día a quo del devengo de los intereses para cada una de las liquidaciones giradas (artículo 32.2 y 221.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

Pues bien, para resolver esta problemática, y aunque se corra el riesgo de que el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8, órgano judicial competente para la ejecución, entienda que existe cosa juzgada después de los pronunciamientos dictados en ejecución de sentencia a los que se ha hecho referencia y dejando a un lado el problema del plazo, aquí ampliamente superado debido a las incidencias suscitadas, podría pensarse en manifestar a dicho Juzgado, al amparo del artículo 105.2 de la LJCA, la concurrencia, en este particular extremo del abono de los intereses, de una causa de imposibilidad material de ejecución de la sentencia.

De acuerdo con dicho precepto, si concurriese causa de imposibilidad material de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento (en este caso el Ministerio de Fomento, como se ha dicho) lo manifestará a la autoridad judicial, a través del representante procesal de la Administración (el Abogado del Estado), a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez aprecie la concurrencia o no de dicha causa y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando, en su caso, la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

A la vista de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El punto de partida en las actuaciones procesales de ejecución de la sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de 8 de abril de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución del Ministerio de Fomento de 28 de febrero de 2006, por la que se acordó inadmitir una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador presentada por la entidad Castillo López S. A., está constituido por los términos del fallo de dicha sentencia que, tras anular las liquidaciones de la Tarifa T-3 giradas, condena a la Administración a la devolución del importe de las mismas y que cifra en la cantidad de 18.668,93 euros.

**Segunda.-** Aunque el ente público Puertos del Estado desconozca la Autoridad o Autoridades Portuarias que giraron las liquidaciones por dichos concepto e importe y si se han hecho o no efectivas, los términos del auto del Juzgado Central del Contencioso-Administrativo nº 8 de 17 de junio de 2010 y de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2011 no dejan resquicio alguno para oponerse a la devolución de la suma de 18.668,93 euros a la sociedad Castillo López S.A..

**Tercera.-** Existe fundamento jurídico suficiente para entender que el sujeto obligado al cumplimiento de las mencionadas resoluciones judiciales y, en consecuencia, a la devolución a la sociedad Castillo López S.A. de la suma indicada no es otro que el Ministerio de Fomento por su condición de autor de la resolución de inadmisión de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador formulada por dicha sociedad, resolución que ha sido anulada y que ha llevado aparejada como consecuencia la nulidad de las liquidaciones giradas a dicha sociedad por la Tarifa T-3.

**Cuarta.-** Ante el desconocimiento de las fechas reales de ingreso de las liquidaciones giradas y por lo que se refiere a la devolución de los intereses legales, cabe plantear al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 8, a través del Abogado del Estado y al amparo del artículo 105.2 al Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la concurrencia, en este particular extremo del abono de los intereses, de una causa de imposibilidad material de ejecución de la sentencia, a fin de que dicho órgano judicial, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, aprecie la concurrencia o no de dicha causa y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando, en su caso, la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

## **168.- Informe sobre la aplicación a un Consorcio de Zona Franca de las bonificaciones establecidas en los artículos 181.1.b) y 181.1.d) del TRLPEMM.**

### **Resumen**

Consulta sobre la aplicación al Consorcio de la Zona Franca de Barcelona (CZFB) de las bonificaciones establecidas en los artículos 181.1.b) y 181.1.d) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM).

Bonificación del artículo 181.1.b): Referido a urbanización y comercialización de zonas de actividades logísticas, no es aplicable, dado que, exigiéndose que la bonificación se aplique durante la realización de las obras y hasta que finalicen las mismas, las obras de urbanización se realizaron en los años 70 del siglo pasado y no hay ningún precepto del TRLPEMM que permita la aplicación retroactiva de la bonificación a obras realizadas muchos años antes de la promulgación de la norma que establece esta bonificación (Ley 33/2010, de 5 de agosto)

Bonificación del artículo 181.1.d). Referida a corporaciones de derecho público cuya actividad se encuentre vinculada directamente a la actividad portuaria, debe reconocerse esta bonificación al conceptuarse el CZFB como una corporación de derecho público y estar su actividad relacionada directamente con la actividad portuaria; argumentos para confirmar este último extremo.

**Ref.:** A.G.SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/12

**Fecha:** 20 de junio de 2012

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

Partiendo de la anterior premisa y para responder a esta cuestión es preciso tener presente la distinción jurídica entre corporaciones e instituciones. La corporación es un conjunto de personas, las cuales adoptan la condición formal de miembros, titulares de los intereses a los que el grupo va a servir, bien que se trate de sus intereses comunes y no particulares. Los propios miembros son los que organizan el ente en el sentido de que también es su voluntad la que integra la voluntad propia del ente a través de un proceso representativo. Por el contrario, en las instituciones no existen miembros propiamente dichos, aunque eventualmente pueda haber interesados o destinatarios de la actividad. Son creación de un fundador o instituidor, que es el que propone un fin a cumplir por el ente que crea (fin que éste sirve pero que es externo a él, bien por ser propio del fundador, bien porque éste señala como beneficiarios a terceros, que no por ello pasan a integrarse en el ente como miembros, sino que se mantienen como terceros). En el caso de las instituciones, es el propio fundador el que dispone de los medios materiales y personales que quedan afectos al cumplimiento de este fin, así como el que decide con su voluntad la constitución de órganos propios del ente y, por tanto, derivativamente, el que constituye la propia voluntad del ente.

La corporación es, en suma, un grupo de personas organizadas en interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración. La institución, por el contrario, es un conjunto de medios materiales y personales afectados por un fundador a la gestión de una finalidad por éste propuesta, finalidad que en todo caso remite a un interés que está situado fuera del ente, y cuya organización y funcionamiento quedan determinados por la voluntad del propio fundador. Del mismo modo, el sostenimiento económico de la corporación es asunto propio de los miembros, en tanto que en las instituciones es, de nuevo, el fundador el que provee a su sostenimiento. Por eso, el interés y la voluntad de la corporación son immanentes al conjunto de personas que la integran, surgiendo, pues, del propio ente, en tanto que en el caso de la institución el interés y la voluntad son trascendentes al ente, no sólo por

estar propuesto por el fundador, sino también porque éste lo sitúa fuera del ente, ordenando al ente su cumplimiento.

En lo que se refiere a la estructura organizativa, en las corporaciones, los interesados, integrantes de la misma, gestionan sus propios asuntos, aunque sea bajo la tutela de un ente territorial superior. Orgánicamente, las corporaciones se articulan sobre técnicas representativas de la voluntad del grupo, que es la voluntad que ha de expresarse en su gobierno propio, existiendo dos órganos distintos, uno amplio, deliberante, colegial, que reserva su actuación para las decisiones de principio y que controla, en una u otra medida, la actuación del órgano de gestión normal y diaria, cuyo titular es nombrado por el órgano anterior o por el propio colectivo de miembros directamente. Los entes institucionales responden al principio organizativo burocrático más que al representativo, por cuanto consisten en una pura organización instrumental de la voluntad de un fundador y en el servicio de una finalidad que es la del propio fundador, pero nunca propio de los titulares de los órganos. Estos titulares son simples comisionados del fundador y normalmente controlados y revocados por él, estando sometidos a las directrices e intervenciones de tutela que éste se haya reservado. Orgánicamente, suele expresarse su estructura en un solo órgano gestor, sin perjuicio de que también sea normal concretar en un órgano más amplio, colegial y de actuación solemne e intermitente la presencia de los representantes del fundador.

Dentro de las corporaciones, tradicionalmente se han distinguido distintas clases. En primer término, estarían las corporaciones territoriales, entre las que destacan los entes locales. En segundo término, las corporaciones sectoriales de base privada (grupos sectoriales de personas asociadas alrededor de alguna finalidad específica y a las que se les confiere facultades en el orden administrativo a ejercer sobre sus propios miembros, como es el caso de los Colegios Profesionales, Comunidades de Regantes, Cámaras de Comercio) y, por último, en tercer lugar, estarían las corporaciones interadministrativas, que constituyen los entes formados mediante la federación de varios entes administrativos en vista de una gestión común, normalmente del tipo consorcial. Estas corporaciones administrativas pueden ser entre entes homogéneos (por ejemplo, las Mancomunidades de Municipios) o entre entes heterogéneos (los constituidos por el Estado, entes locales y entes autonómicos), que actualmente están configuradas como consorcios (artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Pues bien, teniendo en cuenta las diferencias, en los términos expuestos, entre corporación e institución y a la vista de los Estatutos del CZFB, aprobados por Orden del Ministerio de Hacienda de 1 de julio de 1968 (BOE de 30 de julio), se está ya en condiciones de afirmar que el Consorcio en cuestión tiene la naturaleza de Corporación de Derecho Público.

Se trata de una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad de obrar para la consecución de sus fines (artículos 6, 11 y 12 de los Estatutos que reproducen las Bases 12 y 20 del Real Decreto- Ley de 11 de junio de 1929, que aprueba las Bases de Puertos, Zonas y Depósitos Francos), integrada por el Ayuntamiento de Barcelona, la Junta de Obras del Puerto (hoy Autoridad Portuaria de Barcelona), la Administración del Estado y un número determinado de representantes de la Cámara de Comercio, organizaciones sindicales y de otras organizaciones que contribuyan con su aportación a la obra de la Zona Franca, amén del Administrador de Aduanas y el Ingeniero Director del Puerto, adoptando, por tanto, la condición de miembros o elementos formales del ente creado.

Su objeto es el establecimiento y explotación de la Zona Franca de Barcelona, y la planificación, ordenación y urbanización industrial de todos los terrenos que constituyan su patrimonio (artículo 6 de los Estatutos). La voluntad de sus miembros es la que organiza directamente el ente, participando a través de sus órganos en su administración. En efecto, la voluntad propia de esta Corporación se manifiesta a través de dos órganos distintos, uno amplio, deliberante y colegial, que reserva su actuación para las decisiones de principio y que controla la actuación del órgano de gestión, el Pleno (artículos 12 y 13 de los Estatutos), y un órgano de gestión normal y diaria, el Comité Ejecutivo (artículos 12 y 13), amén del Dele-

gado Especial del Estado en el Consorcio, que asume la representación del Gobierno, siendo Vicepresidente del Consorcio y Presidente del Comité Ejecutivo (artículo 18 de los Estatutos y 12 del Reglamento anexo de Régimen Interior). El sostenimiento económico procede de las subvenciones que reciba del Estado, provincias y municipios, del producto del uso de las concesiones y del arrendamiento de superficies de terrenos, talleres, locales, instalaciones y mecanismos existentes en la Zona Franca, del producto de los arbitrios y tarifas legalizados que perciba por el uso de sus instalaciones y por los demás recursos previstos en el artículo 19 de sus Estatutos.

El Consorcio en cuestión, con la introducción, no obstante, de una representación de los intereses empresariales y sociales, se encuadra claramente dentro de las llamadas corporaciones interadministrativas, entes formados, como se ha dicho, mediante la federación de varios entes administrativos heterogéneos (Estado, Autoridad Portuaria y Ayuntamiento).

De una forma más precisa, y como se indica en el informe del Abogado del Estado Coordinador (página 9), esta Abogacía General del Estado en anteriores ocasiones ha considerado que los Consorcios de las Zonas Francas:

- Son entidades de Derecho público, en cuanto personificación jurídico-pública creada por norma jurídica de la Administración del Estado. Como ha señalado este Centro Directivo (informes de 25 de septiembre de 1985, ref. A.H. Secretaría General Técnica 47/85; 1 de marzo de 1996, ref. A. E. H. Secretaría de Estado de Hacienda 1/96; 31 de julio de 1998, ref. AEH - AEAT 3/98; y 21 de mayo de 2004, ref. A.G. Servicios Periféricos 2/04, Instrucción 1/2006, de 8 de febrero e informe de 11 de junio de 2008, A.G. Entes Públicos 66/08), los CZF han de conceptuarse como corporaciones jurídico-públicas, al concurrir en ellos las notas características de este tipo de corporaciones, estando integrados en el denominado "sector público estatal" (artículo 2.1.g) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), con sometimiento a los preceptos de la citada Ley que le resulten de aplicación, así como al control de la Intervención General de la Administración del Estado y del Tribunal de Cuentas.

- Tienen personalidad jurídica propia, tal y como se establece en sus respectivos Estatutos.
- Son entidades vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que los constituyen, como se desprende de los artículos 12 y 20 del Real Decreto-Ley de 11 de junio de 1929 y de sus respectivos Estatutos.

Una vez razonado que el CZFB es una Corporación de Derecho Público, la única exigencia adicional para disfrutar de la bonificación es que "su actividad se encuentre directamente vinculada con la actividad portuaria" (artículo 181.1.d) TRLPEMM).

Para acreditar la vinculación directa de la actividad del CZFB con la actividad portuaria, hay que partir, en primer término, de la Base 5ª del Real Decreto-ley de 11 de junio de 1929, sobre Bases de Puertos, Zonas y Depósitos Francos, que definía la Zona franca diciendo que "es Zona franca una franja o extensión de terreno situado en el litoral, aislada plenamente de todo núcleo urbano, con puerto propio o al menos adyacente y en el término jurisdiccional de una Aduana marítima de primera clase, en cuyo perímetro podrán realizarse las operaciones que el artículo 222 de las Ordenanzas de Aduanas autoriza para los Depósitos francos (...)". Por otro lado, y como es sabido, las mercancías, tanto nacionales como extranjeras, que entraban en los depósitos francos quedaban exentas del pago de los derechos de Aduanas, impuestos de transportes y arbitrios de obras de puertos de todas clases (artículo 217 de las Ordenanzas).

La entrada de España en la Comunidad Económica Europea supuso la aplicación, desde el 1 de enero de 1992, de los Reglamentos CEE nº 2504/88, del Consejo, de 25 de julio, de base, y 2562/90, de la Comisión, de 30 de julio, de aplicación, publicado en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" nº L-144, de 8 de junio de 1991, modificado por el Reglamento CEE nº 2458/91, de 29 de julio, sobre zonas y depósitos francos, resultando inaplicables



desde esa fecha, entre otras normas, el Real Decreto-ley de Bases de 11 de junio de 1929, los artículos 4, 7 a 9, 205 y 214 a 246 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas, así como las demás normas y disposiciones concordantes relativas a zonas y depósitos francos en aquello que unos y otros se opongan a los mencionados Reglamentos. Así se recoge en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 2 de diciembre de 1992, que aprueba las normas vigentes sobre zonas y depósitos francos.

El Código Aduanero Comunitario (modernizado), aprobado por Reglamento CEE 2008/450, de 23 de abril, que sustituye al Reglamento 2913/92, de 12 de octubre, se hace también eco, como no podía ser de otra forma, de la existencia de las zonas francas (artículos 155 y siguientes), reconociendo la competencia de los Estados miembros para designar determinadas partes del territorio aduanero de la Comunidad como zonas francas, donde pueden situarse mercancías nacionales comunitarias y otras que se consideren como fuera del territorio aduanero de la Comunidad Económico Europea, a efectos de la aplicación de los derechos de aduanas, de las exacciones reguladoras agrícolas, de restricciones cuantitativas y de cualquier otro impuesto o medida de efectos equivalentes.

Por su parte, la Ley 102/1965, de 17 de julio, de integración del puerto interior de la zona franca de Barcelona en el ámbito del propio puerto, determinó, a la vista del creciente tráfico del puerto de Barcelona y de las posibilidades que representaban los terrenos del puerto de la zona franca, la integración del puerto interior de esta última en el ámbito del puerto de Barcelona formando "una sola unidad portuaria" a cargo de la Junta de Obras y Servicios de dicho puerto. Al propio tiempo quedaron afectados a esa Junta los terrenos de la zona franca incluidos en la zona de servicios de la misma, una vez aprobada la correspondiente delimitación. Por último, en dicho texto se dispone el establecimiento de las debidas compensaciones derivadas de la administración unitaria de los servicios portuarios y de las instalaciones que se realicen sobre los terrenos de la zona franca.

Igualmente, es importante resaltar, como hace el informe del Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el CZFB, que, en virtud de lo prevenido en el artículo 80 de la Ley 50/1998, se reconoció la aplicación al Consorcio de la disposición adicional décima, apartados 1 y 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, señalándose que los Consorcios realizarán principalmente la gestión de la Zona Franca así como las actividades de fomento propias de las Administraciones territoriales que los integran.

Sobre esta base y como este Centro Directivo ha tenido oportunidad de constatar en los diversos contratos de arrendamiento remitidos, en la Zona Franca de Barcelona, el Consorcio, como propietario, tiene arrendados a determinadas empresas diversos almacenes en la zona de servicio del puerto, ubicados en el Muelle Álvarez de la Campa y divididos en varias subnaves, en las cuales, en virtud de los Reglamentos comunitarios citados, pueden situarse mercancías para su despacho aduanero, cuyo destino (pacto segundo del contrato) es el "almacenamiento de mercancías propiedad o a la consignación del usuario o de los comitentes, que puedan ser depositadas en régimen franco aduanero, y a la realización de aquellas operaciones permitidas por la Normativa Comunitaria anteriormente citada, y todo ello con sujeción, además, a cuantas instrucciones dicten, en uso de sus atribuciones el Arrendador o la Aduana de control". El producto obtenido en el arrendamiento de esas instalaciones existentes en la Zona Franca es, como antes se indicó, según el artículo 19.2º de sus Estatutos, uno de los recursos del Consorcio.

No hay duda alguna, por tanto, de que la actividad de CZFB consistente en el establecimiento y explotación (en este caso, mediante la cesión en uso de unos inmuebles para el depósito de mercancías en régimen franco aduanero) de la Zona Franca, dentro del puerto de Barcelona, donde se integra, con arreglo a las normas anteriormente citadas, constituye, a juicio de esta Abogacía General del Estado, una actividad directamente vinculada con la actividad portuaria, por lo que se cumple también en este caso el segundo requisito exigido por el artículo 181.1.d) del TRLPEMM, para hacerse acreedor a la bonificación del 50 por

ciento de la cuota correspondiente a la tasa asociada a los espacios terrestres, los de agua y a las obras e instalaciones destinados exclusivamente a la finalidad corporativa.

En virtud de todo lo expuesto esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La bonificación a la cuota de la tasa de ocupación del dominio público portuario del artículo 181.b), del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, no es aplicable al Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, ya que, siendo únicamente aplicable y efectiva la bonificación durante la fase de realización de las obras de urbanización, difícilmente puede aplicarse la bonificación de que se trata al supuesto a que se refiere el presente informe, pues la fase de ejecución de las obras de urbanización concluyó casi cuarenta años antes de la entrada en vigor de la norma que establece el beneficio fiscal y no existe en el Texto Refundido ninguna previsión expresa, como sería necesario, para que la bonificación se aplique con efectos retroactivos, esto es, a quienes, como el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona consumaron o concluyeron la fase de las obras de urbanización en tiempo muy anterior a la entrada en vigor de la bonificación fiscal.

**Segunda.-** La bonificación a la cuota de la tasa de ocupación del dominio público portuario del artículo 181.1.d) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante es aplicable al Consorcio de la Zona Franca de Barcelona, dada la configuración del mismo como Corporación de Derecho Público cuya actividad, por las consideraciones expuestas en el apartado II del presente informe, ha de entenderse directamente vinculada con la actividad portuaria.

## **169.- Informe sobre ejecución de sentencias firmes de un Tribunal Superior de Justicia en recurso por inactividad de las Autoridades Portuarias en relación con las obligaciones derivadas de un convenio suscrito entre Puertos del Estado y una empresa sobre tarifas portuarias.**

### **Resumen**

Consulta sobre ejecución de sentencias firmes del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en recurso por inactividad de las Autoridades Portuarias en relación con las obligaciones derivadas del convenio suscrito entre Puertos del Estado y X, S.A. al que se adhirieron las mismas. Necesidad de práctica de nuevas liquidaciones para lo que es preciso tener en cuenta la Orden Ministerial de 30 de enero de 1996, sobre aplicación de tarifas por servicios prestados por las Autoridades Portuarias, si bien ello no es posible al haber sido declarada nula y expulsada del ordenamiento jurídico por sentencia firme del Tribunal Supremo.

La imposibilidad legal de ejecutar el fallo determina la aplicación del artículo 105.2 de la LJCA, debiendo adoptarse la medida necesaria para asegurar la efectividad del mismo. Es razonable pensar que la cantidad que debe devolverse a la empresa no puede ser otra que la diferencia, si la hubiera, entre el importe resultante de las liquidaciones practicadas por las Autoridades Portuarias aplicando las tarifas en vigor en el segundo semestre de 1995 con la bonificación establecida en sus cláusulas concesionales y la efectivamente ingresada en su día por CEPESA.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 76/12

**Fecha:** 20 de junio de 2012

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la forma de proceder para el cumplimiento del convenio de liquidación de tasas portuarias suscrito el 17 de diciembre de 1997 entre Puertos del Estado y la “Compañía X, S.A.” al que se adhirieron las Autoridades Portuarias de la Bahía de Algeciras, Huelva y Santa Cruz de Tenerife en relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- | -

En la solicitud de informe se hace un detallado relato, apoyado en la documentación que se acompaña, sobre los hechos que han dado lugar a la cuestión suscitada y que este Centro Directivo hace suyos. No obstante, y para una mejor comprensión del informe que se va a emitir, se estima oportuno resaltar los hitos fundamentales de la cuestión suscitada.

En primer término, es necesario partir de la Orden Ministerial de 30 de enero de 1996, por la que se modificó la Orden de 19 de abril de 1995, sobre aplicación de las tarifas por servicios prestados por las Autoridades Portuarias y que dio nueva redacción a la regla octava de la Tarifa T-3 “ Mercancías”, aplicable al tráfico que utilizase instalaciones en régimen de concesión administrativa que contuviese cláusulas de bonificación de la citada Tarifa T-3.

La nueva redacción de dicha regla octava estableció que el tráfico que utilizase dichas instalaciones abonase la menor de las cuantías que resultase de:

- La aplicación de las tarifas establecidas en la Orden de 30 de enero de 1996(sin la bonificación prevista en la correspondiente concesión).

XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

- La aplicación de las tarifas en vigor en el segundo semestre de 1995, aprobadas por Orden de 19 de abril de 1995, con la bonificación establecida en sus cláusulas concesionales, asignando a las mercancías el grupo que les correspondía según el nomenclátor recogido en el anejo II de dicha Orden.

Dicha Orden de 30 de enero de 1996 entró en vigor el 11 de febrero siguiente y estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Orden de 30 de julio de 1998, que tuvo lugar el 13 de agosto de ese mismo año.

Las sociedades X,S.A. Y Z,S.A, titulares de concesiones en los puertos de Huelva, Bahía de Algeciras y Santa Cruz de Tenerife, mostraron su disconformidad con la nueva redacción dada a la regla octava de la Orden de 19 de abril de 1995 por la Orden de 30 de enero de 1996, considerando que lo correcto sería aplicar a la cuantía básica establecida en esta última Orden de 30 de enero de 1996 la bonificación prevista en la correspondiente concesión.

Las Autoridades Portuarias de Huelva, Bahía de Algeciras y Santa Cruz de Tenerife giraron liquidaciones aplicando las tarifas en vigor en el segundo semestre de 1995 con la bonificación establecida en las cláusulas concesionales, al ser la menor de las cuantías señaladas en la regla octava de la Orden de 30 de enero de 1996. X y Z se negaron a abonar el importe de dichas liquidaciones y en su lugar procedieron a abonar las cantidades que estimaron legalmente procedentes, esto es, las cantidades resultantes de aplicar a la cuantía básica de la Orden de 30 de enero de 1996 las bonificaciones previstas en las correspondientes concesiones.

Por su parte, Z (entonces filial de X y luego absorbida por esta última sociedad), al entender que la Orden de 30 de enero de 1996 era contraria a Derecho, procedió a impugnarla ante la Audiencia Nacional (recurso contencioso-administrativo número 1/800/1996, que pasó posteriormente a registrarse con el número 8/865/1998).

- II -

Así las cosas y con el fin de superar el conflicto generado, con fecha 17 de diciembre de 1997 Puertos del Estado y X suscribieron un convenio en virtud del cual asumían una serie de compromisos, recogidos con detalle en la solicitud de informe, y que se pueden resumir así:

- 1.- X se compromete a abonar a partir del 1 de noviembre de 1997 a las Autoridades Portuarias de Bahía de Algeciras, Huelva y Santa Cruz de Tenerife la cuantía íntegra de las liquidaciones por Tarifa T-3 que le sean giradas en aplicación de la Orden Ministerial de 30 de enero de 1996, y en tanto se mantenga vigente la misma.

Asimismo, se compromete a abonar la diferencia entre el importe íntegro de las liquidaciones practicadas hasta esa fecha en aplicación de la Tarifa T-3 y el de las sumas que fueron en su momento ingresadas por la Compañía.

El convenio aclara que las cantidades que abone X por los dos conceptos anteriores serán consideradas "ingresos a buena cuenta" y que, por tanto, su abono no supone ni el desistimiento de X y Z respecto del recurso contencioso-administrativo 1/800/96 interpuesto contra la Orden de 30 de enero de 1996, ni la conformidad con las liquidaciones que se giren o hayan sido giradas al amparo de la misma, ni renuncia a emprender cualquier acción legal que considere procedente.

- 2.- Por su parte, Puertos del Estado, admite y acepta que los pagos de X tienen el carácter de "ingresos a buena cuenta." Por ello se compromete, en su propio nombre y en el de las Autoridades Portuarias afectadas, a que "una vez sea firme la resolución judicial que ponga fin al procedimiento contencioso-administrativo antes indicado y en el supuesto de que dicha resolución anulara total o parcialmente la Orden Ministerial de 30 de Enero de 1996 tantas veces citada, se ejecutará prontamente lo acordado en la indicada resolución judicial. En

consecuencia, una vez firme la resolución judicial, las Autoridades Portuarias practicarán, en tal caso, las nuevas liquidaciones de la Tarifa T-3 que correspondan de conformidad con lo establecido en el fallo judicial y devolverán a X, dentro del mes siguiente a la notificación de la referida resolución judicial, todas las cantidades que ésta pudiera haber ingresado en exceso del importe de las nuevas liquidaciones así practicadas?

- 3.- Por último, se incluye un acuerdo sobre cálculo y abono de intereses, tanto en el supuesto de que la resolución judicial desestime las pretensiones de X, en cuyo caso los ingresos en poder de las Autoridades Portuarias tendrán la calidad de "ingresos en firme", debiendo abonar X el interés de demora que, en su caso, corresponda a las cantidades abonadas como consecuencia de los compromisos adquiridos en el Convenio, como en el supuesto de que se anule la Orden de 30 de enero de 1996, en cuyo caso las Autoridades Portuarias deberán proceder a la inmediata ejecución del fallo, restituyendo a X, dentro del mes siguiente a la notificación de la resolución judicial, las cantidades recaudadas en exceso junto con el interés legal.

Asimismo, acuerdan que el simple retraso en el pago de sus respectivas obligaciones constituirá en mora al obligado de forma automática, sin necesidad de interpelación expresa del acreedor, así como que X podrá hacer efectivas las deudas derivadas de la ejecución de este acuerdo mediante compensación con las cantidades que hubiera de satisfacer como consecuencia de ulteriores liquidaciones en concepto de Tarifa T-3.

En el citado convenio se establece, como condición previa e indispensable para que CEPSA quede vinculada con el contenido del mismo, la asunción y ratificación de dicho documento por cada una de las Autoridades Portuarias afectadas, lo que así se formalizó mediante escrito de adhesión suscrito por los Presidentes de cada Organismo público.

- III -

Así las cosas, la Audiencia Nacional, con fecha 21 de octubre de 1998, dictó sentencia estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Z declarando la nulidad de la Orden de 30 de enero de 1996 por estimar, en síntesis, que la Orden vulneraba el principio de reserva de ley en materia tributaria ya que "todos los elementos para su concreción y cuantificación (de las tarifas) se han realizado por Orden Ministerial".

Es importante resaltar, como se deduce de una simple lectura de la sentencia, que la causa por la que se anuló la Orden citada nada tuvo que ver con la nueva redacción dada por la misma a la regla octava de la Orden de 19 de abril de 1995 ni con la alternativa que se contemplaba en dicha regla, sino con una causa ajena totalmente a ella y que trascendía a la cuestión suscitada por la recurrente, cual fue la posible vulneración por la Orden en su conjunto del principio de reserva de ley. En la decisión de la Audiencia Nacional influyó la pendencia y resolución por dicho órgano judicial de la misma forma de un número indeterminado de recursos contencioso-administrativos contra liquidaciones de tarifas portuarias giradas en aplicación de la Orden de 19 de abril de 1995 y de la Orden de 30 de enero de 1996 en los que se invocaba precisamente la vulneración del mencionado principio de reserva de ley.

Contra dicha sentencia se formuló recurso de casación por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Supremo que, con fecha 28 de septiembre de 2005, dictó sentencia desestimatoria del recurso en cuestión.

- IV -

Firme la sentencia citada, X requirió de las Autoridades Portuarias afectadas el cumplimiento del convenio de 17 de diciembre de 1997, reclamando la devolución de las cantidades

que dicha sociedad entendía abonadas en exceso por liquidaciones giradas por la Tarifa T-3 al amparo de la Orden de 1996 y durante su vigencia, con el detalle que figura en la solicitud de informe.

Ante la falta de contestación de las Autoridades Portuarias, X formuló recurso contencioso-administrativo al amparo del artículo 29.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (recursos nº ..../2006 frente a la Autoridad Portuaria de Huelva y nº 505/2006 frente a la Autoridad Portuaria de Bahía de Algeciras) y ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (recurso nº ...../2006 contra a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife).

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó sendas sentencias el 28 de noviembre de 2008 (recurso nº .../2006) y el 16 de enero de 2009 (recurso nº .../2006) que, con idéntica fundamentación, estimaron parcialmente el recurso interpuesto por X contra la inactividad de las Autoridades Portuarias de la Bahía de Algeciras y de Huelva, respectivamente, por no cumplir el convenio de 17 de diciembre de 1997, condenando a cada una de estas entidades públicas a que “practique las nuevas liquidaciones de Tarifa T-3 a que viene obligada por la estipulación o acuerdo cuarto del Convenio”.

Contra ambas sentencias se interpuso recurso de casación por el Abogado del Estado. Por auto de 29 de octubre de 2009 el Tribunal Supremo declaró la inadmisión del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 16 de enero de 2009 (Autoridad Portuaria de Huelva) que se declara firme. Por sentencia de 16 de febrero de 2012, el Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de noviembre de 2008 (Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras) .

A fecha de hoy no ha sido dictada aún sentencia en el procedimiento seguido ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, aunque previsiblemente será del mismo tenor que las anteriores.

Es importante destacar, como lo hace la solicitud de informe, que en los procedimientos seguidos ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y de Canarias, el Abogado del Estado se opuso a la pretensión de X al considerar que los compromisos asumidos por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias en dicho convenio se limitaban al “estricto cumplimiento del fallo contenido en la sentencia que pusiera fin al procedimiento judicial en curso, practicando en su caso las nuevas liquidaciones que correspondan de conformidad con el fallo” (pág. 7 del escrito de contestación a la demanda en el recurso 503/06), y por entender que “en ningún momento establece la mencionada sentencia ni la nulidad de las liquidaciones practicadas al amparo de la Orden Ministerial impugnada ni establece tampoco la obligación de devolver las cantidades giradas al amparo de las mismas, en todo o en parte, ni tampoco la obligación de pago de intereses”.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, primero, y el Tribunal Supremo en la sentencia que resolvió el recurso de casación, después, coinciden en la obligación de la Autoridad Portuaria de practicar nuevas liquidaciones de la Tarifa T-3. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía señala en el fundamento jurídico tercero de su sentencia de 28 de noviembre de 2008 (a la que se remite también la de 16 de enero de 2009), lo siguiente:

“Así pues, a lo que viene obligada la Autoridad Portuaria demandada, que se adhirió expresamente y por escrito al Convenio, comprometiéndose al exacto y puntual cumplimiento de todos y cada uno de los acuerdos que en él se contienen (Cláusula sexta) es a practicar las nuevas liquidaciones de la Tarifa T-3 que se correspondan de conformidad con lo establecido en el fallo judicial. Su inactividad ha consistido precisamente en no practicar las nuevas liquidaciones, y en este sentido la demanda ha de ser estimada cuando pide que se condene a la citada demandada a que cumpla el Convenio. En cambio, no podemos acoger la cantidad que se reclama ni en vía administrativa, ni en esta sede, a la vista del preciso contenido de

este proceso, delimitado justamente por la propia actora en su escrito de interposición (...). Es decir, ninguna de las partes acredita la suma a que deben ascender las liquidaciones. Todo pasa, por tanto, por la práctica de las nuevas liquidaciones, dando cumplimiento al convenio, con lo que la estimación del recurso solo puede ser parcial.”

Y, el Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho tercero de su sentencia de 16 de febrero de 2012, señala:

“ (...) estamos en una situación en la que la Administración, según deriva de la jurisprudencia que invoca el Abogado del Estado en su recurso y como consecuencia del Convenio, estaba obligada en un plazo determinado a realizar una determinada prestación, esto es, dentro del mes siguiente a la notificación de la referida resolución judicial estaba obligada a practicar las liquidaciones de la Tarifa T-3 que correspondieran de conformidad con lo establecido en el fallo judicial, devolviendo todas las cantidades que X pudiera haber ingresado del importe de las nuevas liquidaciones así practicadas.”

Y añade el Alto Tribunal en el último párrafo de dicho fundamento de derecho:

“..argüir precisamente que las liquidaciones no fueron recurridas por X como causa para no cumplir la sentencia recurrida iría contra los términos del propio Convenio según hemos expuesto y lo acordado por las partes, que a la postre sometieron sus diferencias sobre la posible legalidad de las mismas a la decisión acordada por la Audiencia Nacional, dejando, en caso de que se estimara el motivo, sin efecto no sólo el fallo de la sentencia mencionada sino el propio Convenio de 17 de diciembre de 1997.”

- V -

Con fecha 27 de enero de 2010 X presentó escrito ante la Autoridad Portuaria de Huelva solicitando que, en ejecución de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de enero de 2009, se proceda a la devolución de la cantidad de 1.542.336,05 euros indebidamente ingresados por tarifa portuaria T-3, más los intereses de demora desde el día 20 de diciembre de 2005.

La Autoridad Portuaria de Huelva contestó a X mediante escrito de 8 de febrero de 2010, en el que se indica: a) que las liquidaciones fueron emitidas en su día conforme a la Orden Ministerial de 1995, siendo esta norma aplicable tras la anulación de la Orden de 1996, conteniendo, por lo tanto, las bases materiales de facturación que resultan aplicables a los tráficos en cuestión; b) que la sentencia sólo ordena en su fallo que se practiquen nuevas liquidaciones, sin acoger la cantidad reclamada en vía administrativa ni en vía jurisdiccional, por no resultar probado que dichas cantidades hubieran sido ingresadas en exceso; c) propone iniciar un proceso de negociación que concluya con un acuerdo que dé por cumplida la sentencia y en la que técnicos de ambas partes puedan contrastar las bases materiales de facturación que resultan aplicables a las liquidaciones afectadas.

Según informa la Autoridad Portuaria de Huelva la reunión conjunta tuvo lugar en abril de 2010, con presencia del Abogado del Estado en Huelva, pero no se llegó a ningún acuerdo para dar por cumplida la sentencia y sin que hasta la fecha se haya retomado el diálogo entre ambas partes.

Igualmente debe hacerse mención al “Acuerdo de liquidación por ejecución de sentencias entre la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras y X”, suscrito el 29 de noviembre de 2006, X y dicha Autoridad Portuaria que, en ejecución de las sentencias anulatorias de las tarifas portuarias y de las Órdenes Ministeriales que las regulaban, procedía la liquidación de las nuevas tarifas previstas en la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dándose por compensados mediante este documento sus respectivos créditos y renunciando X al abono de intereses.

Las liquidaciones que fueron giradas con arreglo a la Orden Ministerial de 1996 no se incluyeron en el Anexo de ese acuerdo, pero en la condición cuarta del mismo se dispone que “el presente acuerdo se hará extensivo a todas aquellas liquidaciones que vayan siendo anuladas por Sentencias basadas en los mismos fundamentos y les sea de aplicación la normativa referida en el Exponendo III anterior “ (se refiere a la mencionada disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999).

La Autoridad Portuaria de Bahía de Algeciras, por otro lado, ha informado a Puertos del Estado que X ha contactado recientemente con dicha Autoridad Portuaria con la pretensión de que se dé cumplimiento a lo establecido en el Convenio de 17 de septiembre de 1997, lo que supone el abono de 4.229.779,54 euros más sus correspondientes intereses.

## - VI -

Pues bien, llegados ya a este punto, se trata de determinar la forma en que se debe dar cumplimiento a los fallos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de noviembre de 2008 y 16 de enero de 2009, ya firmes, y que, con estimación parcial de los recursos interpuestos por X contra la inactividad de la Autoridades Portuarias de la Bahía de Algeciras y de Huelva, acordaron la práctica de nuevas liquidaciones de Tarifa T-3 a que vienen obligadas por la estipulación o acuerdo cuarto del Convenio de 17 de diciembre de 1997. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 16 de febrero de 2012 que desestimó el recurso de casación contra la sentencia de 28 de noviembre de 2008, añadió que la Autoridad Portuaria devolverá todas las cantidades que X pudiera haber ingresado del importe de las nuevas liquidaciones practicadas.

Aunque pudiera pensarse otra cosa, el ámbito en que debe moverse a priori la ejecución de esas sentencias no es otro que el derivado de la aplicación de la Orden Ministerial de 30 de enero de 1996, que modificó la Orden de 19 de abril de 1995, por lo que, a salvo de lo que luego se dirá, en la ejecución de dichas sentencias y en lo que se refiere a la Autoridad Portuaria de Algeciras, no resulta aplicable a esta entidad pública el “Acuerdo de liquidación por ejecución de sentencias entre la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras y la Compañía X, S.A” de 29 de noviembre de 2006, al que antes se hizo referencia y que se centra (basta ver las fechas reflejadas en su Anexo) en liquidaciones por tarifas portuarias correspondientes al año 2001 (cuando ya no regía ni era aplicable la Orden Ministerial de 30 de enero de 1996), giradas a dicha sociedad por la citada Autoridad Portuaria y anuladas por los Tribunales por vulneración, por parte de las Órdenes Ministeriales aprobatorias de las tarifas, del principio de jerarquía normativa. La anulación de esas liquidaciones determinó que para la ejecución de las sentencias respectivas se articulase la vía de la compensación de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999. La empresa, en el Acuerdo de 29 de noviembre de 2006, se da por compensada de los respectivos créditos derivados de la devolución del importe de esas liquidaciones anuladas y de los que deriven de futuras liquidaciones que vayan siendo anuladas por sentencias basadas en los mismos fundamentos y les sea de aplicación la normativa referida en el Exponendo III del mismo.

En efecto, las liquidaciones giradas a raíz de la Orden de 30 de enero de 1996, especialmente las giradas a partir del convenio de 17 de diciembre de 1997, no fueron objeto de recurso alguno, ni a ellas se refiere el Acuerdo de 29 de noviembre de 2006, quedando, como se ha dicho, a la espera de la decisión definitiva de los Tribunales sobre la validez de la Orden en cuestión. Los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (primero la Audiencia Nacional en sentencia de 21 de octubre de 1998 y luego el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de septiembre de 2005, confirmando la primera) declararon la nulidad de la Orden Ministerial por un motivo distinto del que determinó su impugnación por Z.

No obstante, y a juicio de la Abogacía General del Estado, el cauce para dar solución a la problemática derivada de esas sentencias queda al margen del diseñado en la disposición



adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999 y, por ende, del Acuerdo de liquidación entre la Autoridad Portuaria de Algeciras y X de 29 de noviembre de 2006, que están pensando en los supuestos de anulación de liquidaciones por vulneración por la Orden de 30 de enero de 1996 del principio de jerarquía normativa, seguida de una compensación, y no en un caso tan singular como éste, de nulidad de la Orden de 30 de enero de 1996 y de los efectos de la anulación de la misma sobre un convenio firmado el 17 de diciembre de 1997 entre Puertos del Estado y X, al que habrá que estar, en primer término, en lo tendente a la ejecución de los fallos dictados en recursos sobre inactividad de las respectivas Autoridades.

Llegados a este punto, no hay duda alguna de que la ejecución de las sentencias indicadas, como bien dice la solicitud de informe, exige la práctica de nuevas liquidaciones por la Tarifa T-3, si bien la dificultad surge en cuanto a la normativa aplicable a esas liquidaciones, ya que tanto la Orden Ministerial de 30 de enero de 1996, por la que se modificó la Orden de 19 de abril de 1995, sobre aplicación de las tarifas por servicios prestados por las Autoridades Portuarias, como la propia Orden de 19 de abril de 1995 han sido anuladas por sentencias judiciales firmes de los Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En efecto, por sentencia de 21 de octubre de 1998 confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2005, se declaró la nulidad de la Orden de 30 de enero de 1996 por vulneración del principio de reserva de ley tributaria. La Orden de 19 de abril de 1995 se anuló, por la misma razón, por sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2005. Ese mismo camino siguieron (todas tenían su origen en el artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –LPEMM–) la Orden de 13 de abril de 1993, que fue anulada por sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 1995, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de junio de 2005 y la última de ellas, la Orden de 30 de julio de 1998, anulada por sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de marzo de 2000, confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2005. Todas ellas, por tanto, tras su anulación, fueron expulsadas del ordenamiento jurídico.

Así las cosas y tratándose de ejecutar las sentencias firmes indicadas, más concretamente, de girar nuevas liquidaciones a la entidad X por la Tarifa T-3 que sustituyan a las inicialmente giradas, por el periodo comprendido entre el 11 de febrero de 1996, fecha de entrada en vigor de la Orden de 30 de enero de 1996, y el 13 de agosto de 1998, fecha en que concluyó la vigencia de la misma (el convenio con CEPSA de 17 de diciembre de 1997 tiene esa dimensión temporal), dictada, como todas las demás, al amparo del artículo 70 de la LPEMM, declarado inconstitucional, en sus dos redacciones, por sentencias del Tribunal Constitucional de 20 de abril y 10 de mayo de 2005 al igual que la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, declarada inconstitucional, en sus diversas redacciones también, por sentencias del mismo Tribunal Constitucional de 18 de mayo, 15 y 29 de junio de 2009, puede pensarse que, en estos momentos, no existe normativa alguna que sirva de cobertura a la nuevas liquidaciones, por lo que a priori podría entenderse que existe un supuesto de imposibilidad legal de ejecutar esos fallos.

Para estos casos, el artículo 105.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) dispone que “si concurriere causa de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial, a través del representante procesal de la Administración, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el Juez o Tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando en su caso la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”.

Pues bien, y sin perjuicio del planteamiento de esa cuestión al Tribunal competente que no es otro que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, esta Abogacía General del Estado es de la opinión de que es posible adelantar una primera determinación de esas medidas necesarias para asegurar la efectividad de la resolución judicial, considerando que, si bien las Órdenes de 19 de abril de 1995 y 30 de enero de 1996 ya no existen, al haber sido anuladas

y expulsadas del ordenamiento jurídico, parece razonable entender, y más a la vista del tenor literal del escrito presentado por X el 27 de enero de 2010 ante la Autoridad Portuaria de Huelva, que la cantidad que deba devolverse a dicha sociedad no podría ser otra que la diferencia, si la hubiera, entre el importe resultante de las liquidaciones practicadas por las Autoridades Portuarias aplicando las tarifas en vigor en el segundo semestre de 1995 (las de la Orden de 19 de abril de 1995), con la bonificación establecida en sus cláusulas concesionales, y la efectivamente ingresada en su día por X durante la vigencia de la Orden de 30 de enero de 1996, es decir, la resultante de aplicar a la cuantía básica fijada en esta Orden, las bonificaciones previstas en las correspondientes concesiones, con el límite, por supuesto, de las cantidades reclamadas por X en vía judicial, aspectos, no obstante, que quedaron, como se dijo, totalmente al margen del debate y fundamentación jurídica de los fallos judiciales anulatorios de la Orden de 30 de enero de 1996.

A la cantidad resultante habría que añadir el interés legal devengado desde su recaudación hasta la fecha de devolución. Todo ello dando así, por lo demás, cumplimiento a las estipulaciones cuarta y quinta del Convenio de Puertos del Estado con X de 17 de diciembre de 1997.

Se crearía así una especie de ficción sobre la existencia de las Órdenes citadas que permitiría dar una solución al problema de la ejecución de la sentencia anulatoria de la Orden de 30 de enero de 1996, que dio nueva redacción a la regla octava de la Orden de 19 de abril de 1995, también anulada, teniendo presente la alternativa contenida en dicha Regla así como los claros pronunciamientos judiciales favorables a que se giren nuevas liquidaciones y a la devolución a X de las cantidades que hubiere ingresado de más.

En consecuencia, aunque formalmente pueda considerarse la concurrencia del supuesto de imposibilidad legal de ejecución del fallo del artículo 105.2 de la LJCA, la Abogacía General del Estado entiende que la forma de ejecutar el fallo propuesta por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias cumple con las exigencias de efectividad de las ejecutorias pendientes, por lo que, a salvo el oportuno incidente a plantear por la entidad recurrente al amparo del artículo 109 de la LJCA si no está de acuerdo con ella, podría considerarse la forma más adecuada, desde el punto de vista jurídico y a la vista de las circunstancias producidas en este caso, de ejecutar las sentencias firmes dictadas.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La ejecución de las sentencias firmes dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en los recursos por inactividad de las Autoridades Portuarias de la Bahía de Algeciras y de Huelva, en relación con las obligaciones derivadas del convenio suscrito el 17 de diciembre de 1997 entre Puertos del Estado y “Compañía X, S.A.,” al que se adhirieron las mismas, exige la práctica de nuevas liquidaciones, para lo que sería preciso, en principio, tener en cuenta las previsiones contenidas en la Orden Ministerial de 30 de enero de 1996, de modificación de la Orden de 19 de abril de 1995, sobre aplicación de tarifas por servicios prestados por las Autoridades Portuarias, si bien ello no es posible al haber sido declaradas nulas y expulsadas del ordenamiento jurídico las citadas Órdenes por sentencias firmes del Tribunal Supremo, confirmatorias de las dictadas por la Audiencia Nacional.

**Segunda.-** La anulación de las citadas Órdenes y su expulsión del ordenamiento jurídico plantea formalmente un supuesto de imposibilidad legal de ejecución del fallo previsto en el artículo 105.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo que habría que plantear ante la Sala sentenciadora de instancia (la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dictó las sentencias de 28 de noviembre de 2008 y 16 de enero de 2009, en recursos frente a la

inactividad de las Autoridades Portuarias de la Bahía de Algeciras y de Huelva, interpuestos por “Compañía X, S.A.”).

**Tercera.-** A pesar de ello, se considera posible adelantar en vía administrativa, por las Autoridades Portuarias respectivas, una primera determinación de las medidas necesarias para asegurar la efectividad del fallo, como exige el artículo 105.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entendiéndose que, si bien las Órdenes de 19 de abril de 1995 y 30 de enero de 1996 ya no existen, al haber sido anuladas y expulsadas del ordenamiento jurídico, parece razonable pensar que la cantidad que deba devolverse a la misma no podría ser otra que la diferencia, si la hubiera, entre el importe resultante de las liquidaciones practicadas por las Autoridades Portuarias aplicando las tarifas en vigor en el segundo semestre de 1995 (las de la Orden de 19 de abril de 1995) con la bonificación establecida en sus cláusulas concesionales y la efectivamente ingresada en su día por “Compañía X, S.A.” durante la vigencia de la Orden de 30 de enero de 1996, es decir, la resultante de aplicar a la cuantía básica fijada en esta Orden las bonificaciones previstas en las correspondientes concesiones, con el límite de las cantidades reclamadas por dicha sociedad en vía judicial. A la cantidad resultante habría que añadir el interés legal devengado desde su recaudación hasta la fecha de devolución.

**Cuarta.-** El posible desacuerdo de la mencionada sociedad con la cantidad resultante se debe canalizar ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) por el cauce del incidente de ejecución previsto en el artículo 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## **170.- Informe sobre la aplicación de determinadas exenciones y bonificaciones de tasas portuarias a los clubes náuticos así como sobre el procedimiento oportuno para la obtención de concesiones de dominio público portuario de dársenas e instalaciones náutico-deportivas por parte de aquéllos.**

### **Resumen**

Requisitos que han de cumplirse por los clubes náuticos para disfrutar de exenciones y bonificaciones en el pago de tasas portuarias, así como para excepcionar las concesiones demaniales de dársenas e instalaciones náutico-deportivas del procedimiento de otorgamiento por concurso.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 52/13

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la aplicación de determinadas exenciones y bonificaciones de tasas portuarias a los clubes náuticos, así como sobre el procedimiento oportuno para la obtención de concesiones de dominio público portuario de dársenas e instalaciones náutico-deportivas por parte de aquéllos.

- I -

La primera cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo consiste en determinar si respecto de los clubes náuticos puede apreciarse la exención que, en relación con la tasa de actividad para el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario, establece el artículo 170.f) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM). Esta cuestión se suscita en razón de que algún club náutico ha considerado tener derecho a la mencionada exención por su condición de asociación sin ánimo de lucro, entendiéndolo que no le resulta exigible ostentar la condición de entidad sin ánimo de lucro a que se refiere el artículo 171.4 del citado texto legal que precisa este concepto por remisión al artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

El artículo 170 del TRLPEMM dispone que “estarán exentos del pago de la tasa de actividad: (...) f) las corporaciones de derecho público y entidades sin fines lucrativos para aquellas actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, previa solicitud de la exención a la Autoridad Portuaria”

Prescindiendo, por no ser del caso, de las corporaciones de derecho público, y por lo que se refiere a las entidades sin fines lucrativos –primera condición o requisito, de carácter subjetivo, que ha de cumplirse para poder disfrutar de la exención–, debe estarse, a fin de precisar el concepto de entidad sin fin lucrativo, a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 171 del TRLPEMM, y ello pese a la incorrección sistemática consistente, de una parte, en consignar ese número de apartado en un precepto que carece de los tres precedentes y, de otra parte, en establecer el artículo 171 el concepto de entidades sin fines lucrativos a efectos de las exenciones del pago de las tasas de utilización y ayudas a la navegación, siendo así que la definición de entidades sin fines lucrativos cobra más sentido en relación con la exención del pago de la tasa de actividad que establece el artículo 170. f) del TRLPEMM –puesto que se exige, como condición subjetiva, que se trate de una entidad sin fin de lucro–, y no en relación

con las exenciones del pago de las tasas de utilización y ayudas a la navegación a la vista de los supuestos de exención de estas dos últimas figuras tributarias que establece el artículo 171 del propio TRLPEMM.

Pues bien, el artículo 171.4 del TRLPEMM dispone que “a los efectos de esta ley se considerarán entidades sin fines lucrativos las enumeradas en el artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo”.

El artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, a que se remite el anterior precepto, atribuye la condición de entidades sin fines lucrativos a las siguientes:

- “a) Las fundaciones.
- b) Las asociaciones declaradas de utilidad pública
- c) Las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional Para el Desarrollo, siempre que tengan alguna de las formas jurídicas a que se refieren los párrafos anteriores.
- d) Las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones.
- e) Las federaciones deportivas españolas, las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español.
- f) Las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos a que se refieren los párrafos anteriores”.

Siendo los clubes náuticos clubes deportivos, habrá que estar, en primer término, a la definición que de los mismos se contiene en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte que en su artículo 13 define a aquéllos como asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas.

De dicha definición se deduce que el único supuesto del artículo 2 de la Ley 49/2002 en el que, a los efectos del posible reconocimiento de la exención que establece el artículo 170.f) del TRLPEMM, podrían tener encaje los clubes náuticos sería el consignado en la letra b). Ahora bien, dado que el artículo 2.b) de la Ley 49/2002 alude a “asociaciones declaradas de utilidad pública”, sería necesario, para poder reconocer la exención de que se trata a los citados clubes, que éstos, partiendo de su condición de asociaciones, sean declarados de utilidad pública.

La declaración de utilidad pública de las asociaciones aparece disciplinada en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA), cuyas previsiones han de ser completadas por el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre. El artículo 32 de citado texto legal determina los requisitos que han de cumplirse para la obtención de dicha declaración y el artículo 35 el procedimiento que debe seguirse al efecto. Por su parte, la disposición adicional primera de la LODA establece que “las asociaciones deportivas que cumplan lo dispuesto en el artículo 32 de esta Ley podrán ser declaradas de utilidad pública, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte”.

A diferencia de las federaciones deportivas, del Comité Olímpico Español y del Comité Paralímpico Español a los que de forma expresa el artículo 2 e) de la Ley 49/2002 atribuye directamente la condición de entidades sin fines lucrativos y que, además, tienen reconocida en la propia Ley 10/1990 (artículos 44.1, 48.1 y 6, respectivamente) la condición de asociaciones o entidades de utilidad pública, las demás asociaciones privadas y, entre ellas, los clubes deportivos, en general, y los clubes náuticos, en particular, precisan, para poder tener derecho a la exención de la tasa de actividad establecida en el artículo 170.f) del TRLPEM, la declaración de utilidad pública, habida cuenta de la previsión del artículo 171.4 de este texto legal y su remisión al artículo 2 de la Ley 49/2002, debiendo, además, cumplir el resto de los requisitos exigidos por el citado artículo 170.f), es decir, que las actividades a desarrollar

sobre dominio público portuario sean actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo.

En resumen, para que los clubes náuticos, como asociaciones privadas deportivas, puedan obtener la exención de la tasa de actividad que establece el artículo 170.f) del TRLPEMM, es preciso, además de que realicen actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, que se trate de entidades sin fines lucrativos del artículo 2 de la Ley 49/2002 o, para ser más preciso, que se trate de asociaciones declaradas de utilidad pública conforme a lo dispuesto en la LODA y en el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre.

- II -

La segunda cuestión que plantea el escrito de consulta, también relacionada con los beneficios fiscales en materia de tasas portuarias, se refiere a la tasa de ocupación, más concretamente, a la bonificación de este tributo que establece el artículo 181.e) del TRLPEMM.

Dicho apartado, recientemente modificado por la disposición final primera. Uno 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, dispone lo siguiente:

“La Autoridad Portuaria aplicará bonificaciones a la cuota de la tasa, debiendo reflejarse en las condiciones de la concesión o autorización en los siguientes supuestos:

(...)

e) Cuando el titular de la concesión o autorización sea un club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos: 30 por ciento de la cuota correspondiente a la tasa asociada a los espacios terrestres, los de agua y a las obras e instalaciones destinados exclusivamente a la realización de actividades náuticas, a cuyo efecto deberá incluirse en el título de otorgamiento un plano en el que se determine la superficie, obras e instalaciones dedicadas a dicha finalidad. En el caso de que disponga de atraques otorgados en concesión o autorización, al menos un 80 por ciento de los mismos deberán estar destinados a embarcaciones con eslora inferior a doce metros para poder aplicarse esta bonificación”

Surge de nuevo, según la consulta formulada, el mismo problema interpretativo: si la locución “sin fines lucrativos”, a que alude el apartado e) del artículo 181 y referida a los clubes náuticos o deportivos, ha de ser entendida en los mismos términos que los establecidos en el artículo 171.4 del TRLPEMM para la aplicación a las entidades sin fines lucrativos de la exención del pago de las tasas portuarias, de tal forma que sólo podrán disfrutar de la bonificación de la tasa de ocupación los clubes náuticos o deportivos que tengan la consideración de “entidades sin fines lucrativos” según lo establecido en el artículo 2 de la Ley 49/2002, esto es, que se trate de asociaciones declaradas de utilidad pública.

Respondiendo a esta cuestión, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende que la referencia que se hace en el artículo 181.e) del TRLPEMM a que el titular de la concesión sea un “club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos” es, por una parte, más concreta y precisa que la referencia general que, a efectos de la exención de la tasa de actividad, se hace a las “entidades sin fines lucrativos” en el artículo 171.4 del mismo texto legal (que se remite, a su vez, al artículo 2 de la Ley 49/2002 y, por tanto, a la enumeración de entidades sin fines lucrativos contenida en este último precepto) y, por otra parte, que el concepto de “club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos” mencionado en el artículo 181.e) del propio TRLPEMM es distinto del de “entidades sin fines lucrativos” del artículo 171.4 del repetido texto legal.

En este sentido, y con arreglo al anterior criterio, el artículo 170.f) del TRLPEMM, referente a la exención del pago de la tasa de actividad, reconoce ésta a “entidades sin fines lucrativos,” entre las que pueden incluirse los clubes deportivos y náuticos siempre que, en consonancia con lo dicho en el apartado I del presente informe, dichos clubes hayan obtenido, partiendo de su condición de asociaciones privadas, la correspondiente declaración de entidad pública con arreglo a la LODA y Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre (recuérdese que el artículo 171.4 del TRLPEMM fija el concepto de “entidades sin fines lucrativos” por remisión al artículo 2 de la Ley 49/2002 y, de entre los distintos supuestos que contempla este último precepto legal, sólo sería aplicable el consignado en su letra b) que se refiere a las asociaciones declaradas de utilidad pública).

Por el contrario, y siguiendo el criterio que aquí se mantiene, para poder disfrutar de la bonificación de la tasa de ocupación a que se refiere el artículo 181.e) del TRLEMM se exige que el titular de la concesión sea un “club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos;” es decir, no ha de tratarse de cualquier entidad, sino únicamente de un “club náutico u otro deportivo” y, lo que es más importante, “sin fines lucrativos;” lo que, con arreglo al criterio que se expone, es distinto de ser una “entidad sin fines lucrativos” de las enumeradas en el artículo 2 de la Ley 49/2002 a que se remite el artículo 171.4 del TRLPEMM. Dicho en otras palabras, cuando el titular de la concesión sea un club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos, extremo este último que habrá de acreditarse ante la Autoridad Portuaria, y cumpla el resto de los requisitos del artículo 181.e) del TRLPEMM, será acreedor de la bonificación que ahora se trata sin necesidad de que tenga la condición de “entidad sin fines lucrativos” del artículo 2 de la Ley 49/2002 o, lo que es lo mismo, sin necesidad de que sea una asociación declarada de utilidad pública.

El criterio que aquí se mantiene tiene por fundamento la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

- 1) En primer lugar, se debe indicar que la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos al mecenazgo, pese a lo que su denominación pueda indicar, no contiene una regulación completa del régimen tributario de dichas entidades, sino que únicamente contempla unas determinadas medidas fiscales, en particular, respecto del Impuesto sobre Sociedades y los tributos locales, sin agotar el tratamiento fiscal de dichas entidades respecto a otras exacciones que conforman el sistema tributario. La propia Ley precisa, como se ha visto, en su artículo 2, lo que, a los efectos de esa Ley, se consideran entidades sin fines lucrativos siempre que, además, cumplan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

En este sentido se pronuncia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su sentencia de 9 de diciembre de 2010 que declara lo siguiente:

“(…) la Ley 49/2002 no contempla el régimen fiscal de todas las entidades sin fines lucrativos, sino sólo algunas de ellas: las que cumplan con los requisitos de la mencionada Ley. En consecuencia, cabe contemplar la posibilidad de que existan otras entidades sin fines lucrativos distintas de las comprendidas en la Ley 49/2002.

(…)

- 3º) La prueba de que existen otras entidades que han de ser consideradas también “sin fines lucrativos” pese a que no se incardinan en los supuestos de la Ley 49/2002, la hallamos en que algunas Leyes fiscales posteriores a dicha Ley, discriminan entre entidades sin fines lucrativos comprendidas en el supuesto de la Ley 49/2002 y otras entidades sin fines lucrativos que no cumplen con los requisitos de la misma. Por ejemplo, el 28.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al determinar el régimen tipo de gravamen, distingue entre el aplicable a las entidades sin fines lucrativos comprendidas en la Ley 49/2002, de las entidades también sin fines lucrativos, pero no comprendidas en dicha Ley:

Así, el art. 28.2.e) precisa que tributan al 25%:

‘e) Las entidades sin fines lucrativos a las que no sea de aplicación el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.’

Mientras que conforme al art. 28.4º tributan al tipo del 10%:

‘4. Tributarán al 10 por ciento las entidades a las que sea de aplicación el régimen fiscal establecido en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.’”

Cabe así entender que existen dos tipos de entidades sin fines lucrativos. Por un lado, aquellas “entidades sin fines lucrativos” comprendidas en el artículo 2 de la Ley 49/2002 y, por otro lado, aquellas entidades sin fines lucrativos distintas de las comprendidas en la Ley 49/2002.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, cuando el artículo 181.e) del TRLPEMM emplea la locución “club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos” se está refiriendo a una entidad sin fines lucrativos que no necesariamente tiene que ser una de las “entidades sin fines lucrativos” de las enumeradas en el artículo 2 de la Ley 49/2002 o, si se prefiere, no tiene que tratarse de una “asociación declarada de utilidad pública” –apartado b) de dicho precepto–.

2) En segundo lugar, dada la diferencia de entidad que media entre la figura de la exención tributaria y la de la bonificación en la cuota, pues la primera supone la exoneración absoluta y total del pago del tributo, en tanto que la segunda supone una exoneración de pago limitada, es lógico pensar que el TRLPEMM ha establecido en materia de beneficios fiscales una graduación, exigiendo para la figura de la exención mayores y más rígidos requisitos que los exigidos para la figura de la bonificación. Así, para la exención en materia de tasas portuarias se exige, puesto que la exención supone la exoneración total del pago del tributo, que se trate de entidades sin ánimo de lucro a que se refiere (por remisión del artículo 171.4 del TRLPEMM) el artículo 2 de la Ley 49/2002, en tanto que para la bonificación se exige unos requisitos de menor entidad como es que se trate de un club náutico o deportivo sin ánimo de lucro en el sentido antes indicado. Con arreglo al principio de proporcionalidad y teniendo en cuenta esa diferencia de entidad que media entre la exención y la bonificación en la cuota, no sería coherente que para una bonificación en la cuota que alcanza sólo el 30% se exija los mismos o incluso mayores requisitos que los que se precisan para disfrutar de la exención. En efecto, no tendría sentido que para una bonificación de ese importe se exija: 1) que se trate no de cualquier asociación, sino de una asociación que sea un club náutico o deportivo; 2) que dicho club náutico deportivo haya sido declarado como asociación de utilidad pública; y 3) que en el caso de atraques otorgados en autorización o concesión, un mínimo del 80% de los mismos esté destinados a embarcaciones con eslora inferior a 12 metros.

Las consideraciones precedentes, apreciadas en su conjunto, conducen a entender que, para el reconocimiento a los clubes náuticos u otros deportivos, como titulares de una concesión, de la bonificación de la cuota de la tasa de ocupación prevista en el artículo 181.e) del TRLPEMM, bastará que acrediten que son asociaciones privadas sin fines lucrativos, sin que, por tanto, sea necesario que se trate de alguna de las “entidades sin fines lucrativos” del artículo 2 de la Ley 49/2002.

En relación con la anterior cuestión, se plantea la relativa al alcance de la locución “club náutico u otro deportivo” que emplea el artículo 181.e) del TRLPEMM. Pues bien, dado el empleo de la conjunción disyuntiva “u” (para evitar la cacofonía), ha de estarse a la significación gramatical de la misma en el contexto en que se emplea, y ésta no es otra que la recogida en la acepción 3 del Diccionario de la Real Academia Española (“denota además idea de equivalencia, significando o sea, o lo que es lo mismo”); en consecuencia, debe entenderse



que, a los efectos de la bonificación que establece dicho precepto legal, es indiferente que el sujeto beneficiario del mismo sea bien un club náutico, bien un club deportivo que no tenga el carácter del primero.

- III -

La última cuestión sobre al que se recaba el parecer de este Centro Directivo se refiere al procedimiento de otorgamiento de concesiones de dársenas e instalaciones náutico-deportivas cuando el solicitante sea un club náutico u otro deportivo.

El artículo 86 del TRLPEMM dispone lo siguiente:

“1. La Autoridad Portuaria podrá convocar concursos para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario. En cualquier caso, deberán convocarse concursos en los siguientes supuestos:

(...)

- c) Concesiones de dársenas e instalaciones náutico-deportivas, construidas o no por particulares, salvo cuando el solicitante sea un club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos, siempre que las condiciones de la concesión establezcan como máximo un límite del 20 por ciento para el número de atraques destinados a embarcaciones con eslora superior a 12 m.

(...)”

Antes de dar respuesta a la cuestión planteada, es importante poner de manifiesto que la regla consignada en el apartado 1.c) del precepto transcrito es consecuencia de la modificación introducida en el artículo 111.1.c) de la Ley 48/2003 por el artículo tercero.17 de la Ley 33/2010, de 5 de octubre, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general y que, actualmente, se ha convertido en el artículo 86.1.c) del TRLPEMM.

Dicho esto, y respondiendo a la primera cuestión suscitada, la referencia que se hace en el artículo 86.1.c) del TRLPEMM a “fines lucrativos” lo es tanto para el caso de que el solicitante sea un club náutico como para el caso de que sea un deportivo de distinto carácter, y ello en razón de la propia significación gramatical que, dentro del contexto, tiene la conjunción disyuntiva empleada, debiendo darse por reproducida aquí la consideración que sobre este extremo se ha expuesto en el apartado II de este informe.

La segunda cuestión planteada versa, de nuevo, con el alcance de la locución “club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos” que permite excepcionar la aplicación del procedimiento del concurso para la concesión de dársenas e instalaciones náutico-deportivas y si, para la plena efectividad de esa excepción, es necesario que el club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos de que se trate sea, por aplicación del artículo 171.4 del Texto Refundido, una de las “entidades sin fines lucrativos” enumeradas en el artículo 2 de la Ley 49/2002, más concretamente, una asociación declarada de utilidad pública.

Pues bien, en relación con esta segunda cuestión, deben darse por reproducidas aquí, *mutatis mutandis*, las consideraciones expuestas en el apartado II del presente informe a propósito del sentido de la locución que se examina.

A mayor abundamiento, y como ya tuvo oportunidad de dictaminar la Abogacía del Estado en Málaga, con el respaldo de esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, la previsión contenida en el artículo 171.4 del TRLPEMM y su remisión a la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, tiene en rigor un alcance exclusivamente fiscal, a los efectos de determinar las concretas entidades sin fines lucrativos merecedoras de exención de las tasas portuarias, no siendo extensible al procedimiento de otorgamiento de las concesiones

portuarias que, como es obvio, constituye una materia distinta de las tasas portuarias y que, desde una perspectiva sistemática, tienen en el TRLPEMM un tratamiento jurídico totalmente diferenciado.

Por último, y como señala también la Abogacía del Estado en Málaga, no puede desconocerse el criterio interpretativo finalista, pues la salvedad añadida por la Ley 33/2010 al antiguo artículo 111.1.c) de la Ley 48/2003 –hoy 86.1.c) del TRLPEMM– o, lo que es lo mismo, la posibilidad de que los clubes náuticos u otros deportivos sin fines lucrativos puedan solicitar la concesión de dársenas e instalaciones náutico-deportivas mediante el trámite de competencia de proyectos del artículo 85 (al no ser aplicable el procedimiento de concurso) fue fruto de una enmienda parlamentaria justificada en el incentivo de la práctica náutico-deportiva que persiguen estos clubes.

A la vista de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Para que los clubes náuticos puedan obtener la exención de la tasa de actividad que establece el artículo 170.f) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, es preciso, además de que realicen actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, que se trate de entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, más concretamente, que se trate de asociaciones declaradas de utilidad pública conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación y en el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre.

**Segunda.-** Para el reconocimiento a los clubes náuticos u otros deportivos de la bonificación de la cuota de la tasa de ocupación establecida en el artículo 181.e) del Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, bastará que acrediten que son asociaciones privadas sin fines lucrativos, sin que sea necesario que ostenten la condición de entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre.

**Tercera.-** A los efectos de la bonificación que establece el artículo 181.e) del Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante, es indiferente que el sujeto beneficiario de la misma sea bien un club náutico, bien un club deportivo que no tenga el carácter del primero.

**Cuarta.-** La referencia que se hace en el artículo 86.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante a “fines lucrativos” lo es tanto para el caso de que el solicitante sea un club náutico como para el caso de que sea un deportivo de distinto carácter.

**Quinta.-** La locución “sin fines lucrativos” utilizada en el artículo 86.1.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante no es equivalente a la de “entidades sin fines lucrativos” por lo que, para que pueda excepcionarse del concurso la concesión de dársenas e instalaciones náutico-deportivas construidas o no por particulares, bastará con que el solicitante sea un club náutico u otro deportivo sin fines lucrativos.

## **171.- Informe sobre la procedencia de aplicar al Consorcio Valencia 2007 la bonificación a la cuota de la tasa de ocupación prevista en la letra c) del artículo 181 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.**

### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de aplicar al Consorcio Valencia 2007 la bonificación a la cuota de la tasa de ocupación prevista en la letra c) del artículo 181 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM) y su compatibilidad con la bonificación prevista en la letra d) del mismo precepto.

Análisis del alcance exacto de la bonificación a la cuota prevista en el artículo 181 c) del TRLPEMM. El Consorcio Valencia 2007 es una entidad de derecho público, que tiene la consideración de Administración Pública por lo que ha de entenderse cumplido el primer requisito exigido por ese artículo. El interés social de su actividad, segundo requisito, no es otro, de acuerdo con los convenios suscritos, que la explotación de las infraestructuras ejecutadas por el Consorcio con la financiación del ICO, obteniendo los recursos necesarios para amortiza el crédito concedido.

La bonificación del artículo 181 c) es compatible con la que ya viene disfrutando el Consorcio con fundamento en lo dispuesto en la letra d) del propio precepto, cuyos presupuestos son distintos, debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 165 del TRLPEMM, que permite la aplicación a una tasa de más de una de las bonificaciones previstas en la ley y la forma de aplicación sucesiva y multiplicativa de las mismas.

**Ref:** A.G. ENTES PÚBLICOS 8/14(R- 166/14)

**Fecha:** 11 de marzo de 2014

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la procedencia de aplicar al Consorcio Valencia 2007 la bonificación a la cuota de la tasa de ocupación prevista en la letra c) del artículo 181 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y su compatibilidad con la bonificación prevista en la letra d) del mismo precepto. En relación con dicha consulta este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

A fin de centrar convenientemente la cuestión sobre la que se solicita el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, resulta oportuno hacer referencia a los antecedentes de la misma, que se pueden concretar en lo siguiente:

- 1) Ante la posibilidad de celebrar en Valencia la Copa América de Vela 2007, el 1 de octubre de 2003 la Administración General del Estado, la Generalidad Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia constituyeron el "Consorcio Valencia 2007" (en adelante, CV07) como instrumento adecuado para apoyar las actividades de la candidatura de Valencia para la celebración de la Copa América 2007 y, en su caso, para desarrollar cuantas actuaciones resultasen adecuadas para que Valencia albergase la mejor edición de la historia de la Copa América. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2003, el Gobierno de España manifestó su firme apoyo a la candidatura de la ciudad de Valencia para la organización de la Copa América 2007, asumiendo los compromisos correspondientes a la construcción de las infraestructuras necesarias para ello, recogidos en el propio acuerdo y

en el que también se previó el otorgamiento, por la Autoridad Portuaria de Valencia (en lo sucesivo, APV) y a favor del CV07, de las concesiones o autorizaciones necesarias para la ocupación o utilización de la lámina de agua, superficies y edificaciones necesarias con el objetivo de posibilitar su plena disponibilidad para el evento.

- 2) Con objeto de establecer el contenido de los compromisos asumidos por la APV a favor del CV07 en relación con los espacios de titularidad de la propia Autoridad Portuaria, con fecha 12 de noviembre de 2003 se firmó un convenio de colaboración entre el CV07 y la citada APV en el que se definen los perímetros de actuación y los compromisos de esta última entidad, que se concretan, según el punto tercero del convenio, en la tramitación a la mayor brevedad posible del expediente administrativo que permita el otorgamiento a favor del CV07 de la concesión o autorización de los espacios necesarios que posibiliten la celebración del evento, en línea con lo que fue acordado por el Consejo de Ministros.
- 3) La disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, relativa al régimen fiscal del acontecimiento Copa América 2007, después de declarar que la celebración de la Copa América 2007 tendrá la consideración de acontecimiento de excepcional interés público a los efectos de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, establece en su apartado 8, con efectos de 1 de enero de 2004 y hasta 31 de diciembre de 2007 (este plazo fue sucesivamente prorrogado hasta el mes de febrero de 2011), una exención de la obligación de pago de diversas tasas y tarifas, entre las que se encuentran, por lo que ahora importa, la tasa de ocupación privativa del dominio público portuario y la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios para el CV07, así como para las entidades de derecho privado creadas por dicho Consorcio para servir de apoyo a sus fines, para las entidades que ostenten los derechos de explotación, organización y dirección de la XXXII Copa América y para las entidades que constituyan los equipos participantes.
- 4) El 18 de octubre de 2004, la Administración General del Estado, la Generalidad Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia suscribieron un Protocolo de Actuaciones para la celebración de los actos de la XXXII edición de la Copa América. Es importante resaltar el punto segundo del Protocolo, en el que se dispone que “el Consorcio Valencia 2007 será el titular de las concesiones de los derechos sobre los terrenos, las infraestructuras portuarias y las superficies de agua vinculadas a la celebración de la Copa América, durante el tiempo máximo establecido por la Ley”. Igualmente se acordó que la financiación de las inversiones necesarias se realizaría “..mediante un crédito ICO, con aval del Estado, que se financiará con los retornos fruto de la explotación de las infraestructuras y con las aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado, necesarios”, señalándose asimismo que el Consorcio “destinará los beneficios derivados de la explotación, en primer lugar, a la devolución de los préstamos obtenidos”.
- 5) La nueva realidad sobrevenida derivada de la organización y celebración de la XXXII edición de la Copa América supuso una indudable alteración en la configuración física y en el destino final de los espacios integrados en la antigua dársena del puerto, por lo que fue necesario una revisión de la dimensión de los espacios de tierra precisos para poder configurar, conjuntamente con los espacios de agua, en una adecuada y respectiva proporción, una unidad de dominio público portuario que, albergando por sí misma el conjunto de equipamientos necesarios y propios de una marina deportiva, fuese susceptible de explotación autónoma, bajo la categoría principal de uso portuario náutico-deportivo y, por lo tanto, sin contar con los espacios patrimoniales adyacentes que, atendiendo al Convenio “Balcón al Mar”, debían ser objeto de cesión a favor del Ayuntamiento de Valencia.

Por otro lado, y con el fin de resolver el asunto de la ocupación del resto de esos espacios por parte del CV07 con el otorgamiento de un título definitivo con destino a la explotación de una marina deportiva que le permitiese la obtención de los ingresos necesarios para reintegrar

los fondos que se concedieron al mismo para la construcción de las nuevas infraestructuras, surgió la duda de la corrección o no del otorgamiento directo de una concesión demanial –con fundamento en el artículo 108 de la Ley 48/2003 en la redacción dada por la Ley 33/2010 (actualmente, artículo 83 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, TRLPEMM)– o acudir a la figura del convenio interadministrativo al que se refiere el artículo 95.3 de la Ley 48/2003 –actualmente, artículo. 73.3 del TRLPEMM-, habiéndose optado finalmente por esta última vía.

Lo cierto es que, a pesar de los diversos intentos sobre el particular (mediante la presentación de sendos proyectos de cesión gratuita de espacios patrimoniales al Ayuntamiento de Valencia, y de un convenio interadministrativo para la puesta a disposición a favor del CV07 de determinados bienes integrantes de la denominada Marina Real Juan Carlos I), hasta el día 26 de abril de 2013 no fue posible materializar en los adecuados instrumentos jurídicos la cesión, por un lado, de espacios patrimoniales al Ayuntamiento de Valencia y, por otro lado, el otorgamiento de una autorización definitiva al CV07 de los espacios de tierra y agua vinculados fundamentalmente a la celebración de la Copa América con el fin de explotarlos para usos náutico-deportivos.

- 6) Así las cosas, y en relación con el régimen tributario aplicable a la mencionada autorización, es obvio que la exención establecida en la disposición adicional trigésima cuarta, apartado ocho, de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, respecto de la tasa de ocupación y de la tasa de aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, dejó de aplicarse el día 15 de febrero de 2011 por el juego combinado de la disposición adicional cuarta de la Ley 33/2010 en relación con la disposición adicional séptima de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
- 7) El hecho cierto de que el 15 de febrero de 2011 dejara de ser aplicable la exención subjetiva reconocida al CV07 determinó que, con fecha 2 de junio siguiente, el Director General del Puerto se dirigiera a dicha entidad consorcial por medio de un escrito en el que, tras referirse, en primer término, al nuevo régimen tributario aplicable al CV07, le remite una propuesta de liquidación de tasas portuarias de los espacios de dominio público portuario y de merced arrendaticia para los espacios patrimoniales a la que se opuso el Consorcio formulando las oportunas alegaciones rebatidas posteriormente por la Autoridad Portuaria.
- 8) Una vez realizados esos trámites, se recabó el parecer de la Abogacía General del Estado acerca del régimen tributario del Consorcio en relación con la tasa de ocupación y con la tasa de actividad, entre otras cuestiones, emitiéndose informe por dicho Centro Directivo el 9 de diciembre de 2011 (Ref. A.G. Entes Públicos 66/11), en el que, sobre el particular en cuestión, se llegó a las siguientes conclusiones:

**“Primera.-** En relación con la ocupación del dominio público portuario, el Consorcio Valencia 2007 tiene derecho a la bonificación del 50 por 100 de la cuota de la tasa de ocupación, conforme a lo dispuesto en el artículo 181.d) del Texto Refundido de la Ley de Puertos de Estado y la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

**Segunda.-** El referido Consorcio tiene derecho, en relación con la tasa de actividad, a la exención establecida en el artículo 170.f) del mencionado texto legal. Esta exención deberá dejarse de aplicar si, una vez reintegrado el préstamo concedido por el Instituto de Crédito Oficial, el Consorcio Valencia 2007 continuase explotando las instalaciones construidas y espacios acondicionados para la celebración de la Copa América.”

- 9) Como se ha indicado anteriormente, el 26 de abril de 2013 se firmó por la APV y el CV07 el convenio interadministrativo para la puesta a disposición a favor de esta última entidad de determinados bienes integrantes de la denominada Marina Real Juan Carlos I.

La condición primera del convenio, relativa al objeto y ámbito espacial, dispone que:

“La APV pone a disposición del CV07, atendiendo a su naturaleza jurídica, determinados bienes integrantes de la denominada Marina Real Juan Carlos I a los que se refieren los siguientes párrafos y que resultan necesarios para la explotación, con sujeción a lo dispuesto en la condición segunda (Actividades autorizadas), de las infraestructuras ejecutadas por el CV07 sobre aquéllos, con el fin de satisfacer el crédito que éste contrajo con el Instituto de Crédito Oficial (ICO) para cumplir las obligaciones derivadas de la firma del Contrato de Ciudad Anfitriona de la 32ª Edición de la América’s Cup en Valencia (...)”.

Por lo que se refiere al régimen tributario, más concretamente las tasas de ocupación y actividad, merece destacarse la condición décimo tercera.1, referente a la tasa de ocupación, exigible por la ocupación privativa del dominio público por el CV07, y en particular, la letra d) de la misma, relativa a la “Bonificación a la tasa de ocupación”, en la que, de acuerdo con el informe de este Centro Directivo de 9 de diciembre de 2011, al que antes se hizo referencia, y atendiendo a la inclusión del CV07 en el supuesto recogido en el artículo 181, letra d), del TRLPEMM, se indica que, en el cálculo de la cuota de la tasa a satisfacer a la APV por dicho concepto, “ésta aplicará a favor del CV07, la bonificación del 50% recogida en el citado precepto respecto del conjunto de los espacios de dominio público amparados por este Convenio, por considerarse todos ellos destinados a la finalidad corporativa y, al mismo tiempo, directamente vinculados con la actividad portuaria”.

En cuanto a la tasa de actividad, la condición décimo tercera.2 se refiere a ella, disponiendo, de acuerdo igualmente con el informe de este Centro Directivo de 9 de diciembre de 2011, lo que sigue:

“El ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario devenga, con carácter general, la correspondiente tasa de actividad a favor de la APV. No obstante lo anterior, atendiendo a la condición del CV07 como Corporación de Derecho Público, se reconoce mediante el presente documento la condición del CV07 como sujeto pasivo exento de la tasa de actividad, de conformidad y con el alcance establecido en el artículo 170, apdo.f) del TR-LPEMM (...)”.

- 10) Por último, la condición décimo tercera.1.h) del convenio en cuestión, que lleva por rúbrica “La liquidación de la tasa de ocupación y el artículo 181.c) TRLPMM”, dispone que:

“Con base en lo anterior, la APV procederá a liquidar y/o rectificar las liquidaciones ya practicadas en concepto de tasa de ocupación sin perjuicio de proceder posteriormente a acomodar, en su caso, dichas liquidaciones al resultado del Informe de la Abogacía General del Estado a la que se le va a solicitar la emisión de dictamen sobre la viabilidad de la aplicación al CV07 de la bonificación a que se refiere el artículo 181 del TR-LPMM, en su letra c)”.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La cuestión sometida al parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado no es otra que la determinación de la procedencia de aplicar al CV07 la bonificación a la cuota de la tasa de ocupación prevista en la letra c) del artículo 181 del TRLPEMM y su compatibilidad con la bonificación prevista en la letra d) del mismo precepto.

El artículo 181 del TRLPEMM, bajo la rúbrica “Bonificaciones”, dispone que:

“La Autoridad Portuaria aplicará bonificaciones a la cuota de la tasa (se entiende de la tasa de ocupación), debiendo reflejarse en las condiciones de la concesión o autorización, en los siguientes supuestos:

(...)

- c) Cuando el titular de la concesión o autorización sea un órgano o entidad de las Administraciones públicas y el objeto de las mismas sean actividades de interés social o cultural: el importe de esta bonificación será del 50 por ciento de la cuota correspondiente a la tasa.”

El tenor literal del precepto transcrito pone de manifiesto que, para su aplicación por la APV, se exigen dos requisitos. En primer lugar, que el titular de la concesión o autorización sea un órgano o entidad de las Administraciones públicas; en segundo lugar, que el objeto de ese órgano o entidad de las Administraciones públicas sean actividades de interés social o cultural.

Comenzando por el primer requisito, resulta claro que el CV07 tiene la condición de entidad de la Administración Pública. En este sentido, el artículo 1 de los Estatutos del CV07 establece que “el Consorcio Valencia 2007, que fue creado para la celebración de la América’s Cup, a través del Convenio entre la Administración General del Estado, la Generalidad Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia, firmado el 1 de octubre de 2003, es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad de obrar para la consecución de sus fines”.

Sobre esta base, el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) proporciona un concepto de Administraciones Públicas que, aunque sea a los efectos de dicha Ley, puede servir de pauta y referente general cuando se trate de precisar lo que se haya que entender por ellas, disponiendo que:

“1.- Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.

2.- Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.”

Por su parte, el artículo 6 de la LRJ-PAC, relativo a los convenios de colaboración que celebren entre sí las distintas Administraciones Públicas y organismos o entidades vinculados o dependientes de ellas, en su apartado 5 dispone que “cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil (...)”.

Pues bien, no hay duda alguna de que el CV07 es una entidad de derecho público constituida por la Administración General del Estado, la Generalidad Valenciana y el Ayuntamiento de Valencia, teniendo, por tanto, claramente la consideración de Administración Pública, por lo que ha de entenderse que se cumple el primer requisito exigido por el artículo 181.c) del TRLPEMM para que dicha entidad pública pueda ser beneficiaria de la bonificación del 50 por ciento de la tasa de ocupación.

El segundo requisito, de necesaria concurrencia para la aplicación por la Autoridad Portuaria del beneficio fiscal, es que el objeto del CV07 esté constituido por actividades de interés social o cultural.

La primera reflexión que ha de realizarse versa sobre el término “objeto” utilizado por el artículo 181.c) del TRLPEMM y consiste en entender que, en el contexto de la bonificación, dicho término es sinónimo de fin, por lo que si entre los fines del CV07 se encuentran actividades de interés social o cultural pueden entenderse cumplido este segundo requisito y reconocer la bonificación.

Con carácter general, los conceptos de utilidad pública o interés social tienen una amplia tradición en el ordenamiento jurídico administrativo español. Puede citarse a estos efectos la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que los configura como causa de la expropiación, exigiendo para proceder a ella la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado (artículos 1 y 9 de la Ley). Por su parte, la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones fija el concepto de subvención, exigiendo, como requisito sine qua non, del mismo que “el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”. Finalmente, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas admite en su artículo 145 la cesión gratuita de bienes patrimoniales de la Administración General del Estado para la realización de fines de utilidad pública o interés social. Otro tanto puede decirse del artículo 44.1 del TRLPEMM, que regula la cesión gratuita de bienes de dominio público portuarios desafectados a favor de las Administraciones Públicas y para fines de utilidad pública o interés social.

En un plano teórico, y tomando como referencia, la Ley de Expropiación Forzosa, que no especifica el sentido de la distinción entre utilidad pública e interés social, se ha afirmado por la doctrina más autorizada que parece claro que por “utilidad pública” se entienden las exigencias de funcionamiento de la Administración (obras públicas, servicios públicos) o de sus concesionarios, en tanto que por “interés social” ha de entenderse cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario distinto del supuesto anterior. Dicho en otros términos, el adjetivo “público” remite a una organización pública beneficiaria y a las exigencias de su funcionamiento intrínseco; el adjetivo “social” intenta referir una operación de conformación o transformación social, que puede implicar también que el beneficiario sea eventualmente un ente público, aunque ya por razón diversa de su funcionamiento objetivo.

Partiendo de las anteriores consideraciones, es necesario determinar si, entre los fines del CV07, se encuentra la realización de actividades de interés social o cultural, para lo que resulta indispensable tomar en consideración los Estatutos de dicha entidad pública. Pues bien, su artículo 5, que lleva por título “Fines,” dispone lo siguiente:

“Tras la designación de Valencia como ciudad Sede de la XXXII y XXXIII edición y celebración de la Copa de América, y vista la pervivencia a largo plazo del Consorcio Valencia 2007, para la explotación de las infraestructuras, sus fines quedan enmarcados dentro del objetivo global de autofinanciación, propiciada por la consecución de una rentabilidad suficiente de los recursos de todo tipo que utilice.

Son fines específicos del Consorcio Valencia 2007 los siguientes:

- a) La adopción, ejecución y coordinación de cuantas actuaciones y medidas resulten necesarias para la explotación de las infraestructuras e instalaciones ejecutadas por el Consorcio Valencia 2007 con el objetivo de satisfacer el crédito que esta entidad contrajo para cumplir con las obligaciones del contrato de Ciudad anfitriona y sede de la 32ª edición de la Copa de América.
- b) La planificación, proyecto, ejecución y explotación de cuantas otras infraestructuras e instalaciones considere conveniente llevar a cabo en el ámbito territorial de los espacios que por cualquier título le sean asignados para su gestión.
- c) La potenciación de los impactos económicos, culturales y de imagen, así como la promoción y fomento de actividades náuticas que, sin perjuicio de las economías externas que puedan y deban suponer para la Ciudad, la Comunidad Autónoma y la Nación,



redundan en una mejora del atractivo de las infraestructuras e instalaciones que van a ser objeto de explotación por el Consorcio Valencia 2007, y faciliten así la obtención de una rentabilidad suficiente del conjunto de sus actuaciones' (por acuerdo del Consejo Rector del Consorcio de 9 de noviembre de 2012 se introdujo una modificación en este apartado c), para añadir al inicio la frase '...así como la promoción y fomento de actividades náuticas...')”

Como resulta claramente de la lectura del precepto, los fines del CV07, tras la celebración en su día de la Copa América de Vela, quedan enmarcados dentro del objetivo global de la autofinanciación, con el fin de conseguir una rentabilidad suficiente de los recursos de todo tipo que utilice, siendo un fin específico de la entidad la adopción, ejecución y coordinación de cuantas actividades y medidas resulten necesarias para la explotación de las infraestructuras e instalaciones ejecutadas por el propio Consorcio con el objetivo de amortizar el crédito que esta entidad contrajo para cumplir con las obligaciones del contrato de Ciudad anfitriona y sede de la 32ª edición de la Copa de América.

Para el cumplimiento de esos fines, y tras la firma el 18 de octubre de 2004 del Protocolo de Actuaciones suscrito por las tres Administraciones integrantes del CV07, se acordó que la financiación de las inversiones necesarias se realizaría “...mediante un crédito ICO, con aval del Estado, que se financiará con los retornos fruto de la explotación de las infraestructuras y con las aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado, necesarios,” señalándose asimismo que el Consorcio “destinará los beneficios derivados de la explotación, en primer lugar, a la devolución de los préstamos obtenidos”

Concluido el evento y con el fin de conseguir que el CV07 explotara las infraestructuras e instalaciones ejecutadas por la entidad con cargo al préstamo concedido por el Instituto de Crédito Oficial (ICO), obteniendo los beneficios precisos que le permitieran devolver el préstamo, se han articulado diversos instrumentos jurídicos, distinguiéndose claramente entre los bienes patrimoniales desafectados de la zona de servicio del puerto y los bienes de dominio público portuario.

Los bienes patrimoniales, anteriormente de dominio público portuario pero desafectados por Orden del Ministerio de Fomento de 31 de mayo de 1999, modificada por Orden de 19 de febrero de 2003, y por Orden de 30 de octubre de 2012, fueron objeto, previa autorización del Consejo de Ministros el 8 de marzo de 2013, de cesión gratuita por la APV al Ayuntamiento de Valencia, el 26 de abril siguiente, para fines de utilidad pública e interés social, de conformidad con el artículo 44.1 del TRLPEMM.

En el acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2013 (punto segundo) se dispone que:

“Sin perjuicio de las condiciones que pueda establecer la Autoridad Portuaria de Valencia en el correspondiente acuerdo de cesión al Ayuntamiento, esta autorización estará sometida a las siguientes condiciones, que deberán formar parte del mismo:

- a) La eficacia de la cesión de los bienes a los que se refiere el acuerdo anterior a favor del Ayuntamiento de Valencia, estará condicionada a la cesión por esta Corporación local y a título gratuito de los mismos bienes a favor del Consorcio Valencia 2007, por el plazo que sea necesario para garantizar la devolución por el Consorcio del préstamo al Instituto de Crédito Oficial. A tal efecto, el Ayuntamiento de Valencia deberá obligarse a formalizar, en la misma fecha de suscripción del acuerdo de cesión con la Autoridad Portuaria, el oportuno título a favor del Consorcio que permita la regularización y consolidación de su situación jurídica en la gestión y explotación de tales bienes, de acuerdo con lo señalado en el informe de la Abogacía General del Estado de 27 de diciembre de 2012 (...).

**Tercero:** Los bienes objeto de cesión deberán destinarse a los fines de utilidad pública o interés social que la justifican, que aparecen determinados en el Convenio de cooperación

suscrito el 14 de octubre de 1997 entre el Ministerio de Fomento, la Generalitat Valenciana, el Ayuntamiento de Valencia y la Autoridad Portuaria de Valencia para la “Modernización de las Infraestructuras del Puerto de Valencia” sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) del apartado segundo de este acuerdo.

**Cuarto:** La cesión de los bienes a que se refiere este acuerdo se regirá por lo dispuesto en el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y en los artículos 145 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y concordantes de su Reglamento (...)

Como se ha indicado, el 26 de abril de 2013 se firmó el convenio de cesión gratuita de los bienes patrimoniales desafectados entre la APV y el Ayuntamiento de Valencia, para fines de utilidad pública o interés social que, en principio, son los determinados en el Convenio de Cooperación de 14 de octubre de 1997. En el propio convenio de cesión (cláusula segunda.2) se dice lo siguiente:

“Atendiendo a las consecuencias derivadas de la organización y celebración de la 32ª edición de la America’s Cup en Valencia, a la creación y fines del Consorcio Valencia 2007, a los términos recogidos en los Acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia de 18 de diciembre de 2008 y de 24 de abril de 2013, y a los compromisos derivados de la firma del Protocolo de Actuaciones de fecha 18 de octubre de 2004, el Ayuntamiento de Valencia se obliga a poner a disposición del CV07, de forma gratuita y por el plazo que sea necesario para garantizar la devolución por el Consorcio del préstamo al Instituto de Crédito Oficial (ICO), el uso de los bienes y derechos objeto del presente Convenio y para el cumplimiento de los fines de este último que se enmarcan dentro del objetivo global de autofinanciación de un evento declarado de excepcional interés público (Disposición Adicional 34ª de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) como el anteriormente mencionado, y en consecuencia para su explotación por el CV07, configurándose ésta como mecanismo de financiación de la obra pública ejecutada por aquél en el ámbito de los espacios cedidos, con el objetivo último de reintegrar el préstamo concedido por el Instituto de Crédito Oficial.

A tal efecto, el Ayuntamiento otorgará a favor del CV07 el oportuno título o títulos que permita/n la regularización y consolidación de la situación jurídica de este último en la gestión y explotación de los bienes cedidos mediante el presente Convenio, teniendo para ello en cuenta lo señalado en el informe evacuado por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de fecha 27 de diciembre de 2012, ref. A.G. ENTES PUBLICOS 127/2012 (R-1114/12) y en la legislación patrimonial de la Administración Local”.

El título a que se refiere la cláusula transcrita se materializó en el convenio interadministrativo para la puesta a disposición a favor del CV07 de determinados bienes patrimoniales integrantes de la denominada Marina Real Juan Carlos I, firmado el día 26 de abril de 2013 por el Ayuntamiento de Valencia y el CV07, cuyo objeto es la cesión gratuita de los bienes al Consorcio de acuerdo con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana, que prevé la cesión gratuita de bienes de las entidades locales a otras Administraciones Públicas para su destino a fines de utilidad pública e interés social. De dicho convenio, y a los efectos de este informe, merece destacarse la cláusula segunda.1, en la que se estipula lo siguiente:

“El Excmo. Ayuntamiento de Valencia cede el uso de los bienes objeto del presente Convenio al CV07 para su explotación, con el objetivo de que éste reintegre el préstamo que le concedió el Instituto de Crédito Oficial para la financiación de las inversiones y las infraestructuras ejecutadas por el propio CV07, con motivo de la organización y celebración de la 32ª edición de la America’s Cup en Valencia(...).”

Pues bien, del tenor de las cláusulas de ambos convenios puede afirmarse que durante todo el tiempo en que los bienes patrimoniales objeto de los repetidos convenios sean usados y explotados bajo alguna de las fórmulas admisibles en Derecho por el CV07 para obtener de ellos los

recursos necesarios que le permitan amortizar el crédito concedido por el ICO para la construcción de las infraestructuras e instalaciones precisas para la celebración de la Copa América de Vela, se cumple el fin de interés social a que está condicionada la cesión gratuita de los bienes.

Por lo que respecta a los bienes de dominio público a los que se refiere el convenio interadministrativo para la puesta a disposición a favor del CV07 de determinados bienes integrantes de la denominada Marina Real Juan Carlos I, firmado también el día 26 de abril de 2013 por la APV y el CV07, es oportuno poner de manifiesto, una vez más, el objeto de convenio, plasmado en su condición primera, en la que se indica que la APV pone a disposición del CV07, atendiendo a su naturaleza jurídica, determinados bienes integrantes de la denominada Marina Real Juan Carlos I y que resultan necesarios para la explotación, con sujeción a lo dispuesto en la condición segunda ("actividades autorizadas"), de las infraestructuras ejecutadas por el CV07 sobre aquéllos, con el fin de satisfacer el crédito que éste contrajo con el ICO para cumplir las obligaciones derivadas de la firma del Contrato de Ciudad Anfitriona de la 32ª Edición de la América's Cup en Valencia.

De nuevo, queda claro, por tanto, que la finalidad de la puesta a disposición del CV07 de los bienes de dominio público para la realización de las actividades previstas en la condición segunda no es otra que la explotación de las infraestructuras ejecutadas por el Consorcio con la financiación del ICO, obteniendo los recursos necesarios para amortizar el crédito concedido.

Si, en definitiva, tanto la cesión gratuita de bienes patrimoniales de la APV al Ayuntamiento y de éste al CV07, como la puesta a disposición de bienes de dominio público de la APV al CV07 tienen como finalidad la explotación de los bienes por el CV07 a fin de que esta entidad obtenga los recursos necesarios para amortizar el préstamo concedido por el ICO, puede afirmarse con fundamento, a los efectos de la aplicación de la bonificación a la cuota de la tasa de ocupación que establece el artículo 181.c) del TRLPEMM, que el objeto o fin perseguido por el CV07, de acuerdo con el artículo 5 de sus Estatutos, es la realización de una actividad de interés social, haciéndose, por tanto, acreedor de la bonificación.

A mayor abundamiento, y para ratificar el carácter de interés social de la actividad realizada por el CV07, no está de más recordar lo que se indicó en el informe de este Centro Directivo de 27 de diciembre de 2012 (Ref. A.G. Entes Públicos 127/12), en el que, a propósito de una posible cesión gratuita de los bienes patrimoniales del Ayuntamiento de Valencia al CV07 (de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1373/1986, de 13 de junio, que tiene su correlato en el artículo 187 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Valenciana), se dice que:

"(...) parece razonable admitir que la cesión gratuita redundará en beneficio de los habitantes del término municipal de Valencia, teniendo en cuenta que la cesión se destina a proporcionar al CV07 el soporte jurídico necesario para explotar las edificaciones e instalaciones, obteniendo dicha entidad de esta forma los ingresos necesarios para amortizar el préstamo otorgado en su día por el Instituto de Crédito Oficial con la finalidad de financiar la ejecución de las infraestructuras necesarias para la organización y celebración de la Copa América 2007, lo que indudablemente redundó en beneficio de los habitantes de la ciudad de Valencia."

En resumen, a juicio de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, concurren en el CV07 los requisitos previstos legalmente para que pueda reconocérsele la bonificación en la cuota de la tasa de ocupación de los bienes de dominio público portuario prevista en el artículo 181.c) del TRLPEMM.

- II -

La segunda cuestión planteada en la solicitud de informe se refiere a la compatibilidad de la bonificación prevista en el artículo 181.c) del TRLPEMM con la que ya viene disfrutando el CV07 con fundamento en lo dispuesto en la letra d) del propio precepto.

En efecto, a raíz del informe de la Abogacía General del Estado de 9 de diciembre de 2011 (Ref. A.G. Entes Públicos 66/11) y como se ha expuesto anteriormente, la APV aplicó al CV07 la bonificación de la tasa de ocupación prevista en el artículo 181.d) del TRLPEMM, quedando adecuada constancia de ello en la condición décimo tercera.1.d) del convenio interadministrativo para la puesta a disposición a favor del CV07 de determinados bienes integrantes de la denominada Marina Real Juan Carlos I, de fecha 26 de abril de 2013, al que antes se hizo referencia.

Las razones jurídicas para considerar procedente la aplicación por la APV al CV07 de la bonificación indicada se contienen en el fundamento jurídico I del informe y se pueden resumir en la forma que seguidamente se expone.

En primer lugar, se entendió que el titular de la concesión –el CV07– ostenta la condición de corporación de derecho público al tratarse de una corporación interadministrativa constituida por varias Administraciones Públicas para una gestión común. Estas corporaciones administrativas pueden ser entre entes homogéneos (por ejemplo, las Mancomunidades de Municipios) o entre entes heterogéneos (los constituidos por el Estado, entes locales y entes autonómicos), que actualmente están configuradas como consorcios (artículo 6.5 de la LRJ-PAC). En segundo lugar, se consideró que su actividad, como exige la letra d) del artículo 181, se encuentra vinculada con la actividad portuaria; como se indica en el informe “(...) esa exigencia se cumple en el caso de que aquí se trata pues la actividad a desarrollar por el Consorcio sobre esos espacios se encuentra directamente vinculada a la actividad portuaria, más concretamente, a el uso náutico-deportivo. A ello no se opone el hecho de que, en estos momentos, tras la celebración del evento, el fin perseguido por el Consorcio sea la explotación de las infraestructuras e instalaciones ejecutadas, dentro de ese objetivo global, plasmado en sus estatutos, de autofinanciación propiciada por la consecución de una rentabilidad suficiente de los recursos que utilice”

Por consiguiente, dos fueron las razones para considerar que debía aplicarse al CV07 la bonificación del artículo 181 d) del TRLPEMM. En primer lugar, tratarse de una corporación de derecho público y, en segundo lugar, realizar una actividad que se encuentra directamente vinculada con la actividad portuaria.

Por el contrario, la aplicación por la APV al CV07 de la bonificación a la cuota del artículo 181.c) del TRLPEMM, como se ha tenido oportunidad de analizar en el informe, resulta condicionada al cumplimiento de dos requisitos de diferente índole: 1) que el titular de la concesión sea un órgano o entidad de una Administración Pública, condición esta última que indudablemente ostenta el CV07 y que no es incompatible con su simultánea consideración como corporación de derecho público, integrada por diversos entes públicos territoriales heterogéneos –Administración del Estado, Comunidad Autónoma y Ayuntamiento–; y 2) que tenga por objeto (fin) actividades de interés social, requisito vinculado, en este caso, a la explotación de las infraestructuras e instalaciones objeto de la concesión para amortizar el préstamo concedido por el ICO y que es independiente del hecho de que, al mismo tiempo, la totalidad o una parte de su actividad sobre los espacios ocupados se encuentre directamente vinculada a la actividad portuaria, concretamente, al uso náutico-deportivo a que se refiere el artículo 72.1.c) del TRLPEMM, requisito para hacerse acreedor a la bonificación prevista en el artículo 181.d).

En suma, si las bonificaciones establecidas en las letras c) y d) del artículo 181 del TRLPEMM se supeditan, como se ha indicado, al cumplimiento de requisitos distintos y si el cumplimiento de los requisitos exigidos por una bonificación no excluye o enerva el cumplimiento de los requisitos de la otra bonificación, lo coherente con todo ello es afirmar la compatibilidad de ambas bonificaciones. Este criterio queda confirmado por la previsión del inciso segundo del artículo 165 del citado texto legal, según el cual “la aplicación a una tasa de más de una bonificación de las previstas en esta ley se realizará de forma sucesiva y multiplicativa. A estos efectos, la cuota íntegra se multiplicará, sucesivamente, por los coeficientes reductores correspondientes, entendiéndose por coeficiente reductor la unidad menos el valor de la bonificación en tanto por uno”

Al tener el CV07 derecho a ambas bonificaciones procede acudir a lo dispuesto en el artículo 165 del TRLPEMM, precepto que permite la aplicación a una tasa de más de una bonificación de las previstas en la ley, diciendo que se realizará de forma sucesiva y multiplicativa, y añade que, "a estos efectos, la cuota íntegra se multiplicará sucesivamente, por los coeficientes reductores correspondientes, entendiéndose por coeficiente reductor la unidad menos el valor de la bonificación en tanto por uno".

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El Consorcio Valencia 2007 tiene derecho a la bonificación del 50 por ciento en la cuota de la tasa de ocupación del dominio público portuario prevista en el artículo 181.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

**Segunda.-** La bonificación del 50 por ciento en la cuota de la tasa de ocupación del dominio público portuario prevista en el artículo 181.c) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante es compatible con la bonificación del 50 por ciento en la cuota de dicha tasa prevista en el artículo 181.d) de dicho texto legal, y que ya tiene reconocida el Consorcio Valencia 2007.

## **172.- Informe sobre la cuantía a satisfacer en concepto de tasas portuarias de ocupación y actividad derivadas de un convenio interadministrativo suscrito entre la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz y el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz.**

### **Resumen**

Consulta formulada por la Abogacía del Estado en Cádiz en relación con la cuestión suscitada entre la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz y el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz sobre la cuantía a satisfacer en concepto de tasas portuarias de ocupación y actividad derivadas de un convenio interadministrativo suscrito al efecto entre ambas entidades.

Análisis de las cláusulas del convenio en cuestión y del encaje de la propuesta de rebaja de las tasas de ocupación y actividad en las previsiones del TRLPEMM, en la redacción dada a los preceptos correspondientes por la LPGE para el año 2014.

La modificación propuesta por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz en la cláusula sexta del convenio suscrito el 22 de enero de 2007 por dicha entidad pública con el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz para la utilización de una parcela de 3.333,50 m<sup>2</sup> situada en el puerto de la Zona Franca de Cádiz, relativa a las tasas de ocupación y de actividad que corresponde satisfacer al citado Consorcio, es conforme a Derecho.

**Ref:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/14(R- 446/14)

**Fecha:** 5 de junio de 2014

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Cádiz en relación con la cuestión suscitada entre la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz y el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz sobre la cuantía a satisfacer en concepto de tasas portuarias de ocupación y actividad derivadas de un convenio interadministrativo suscrito al efecto entre ambas entidades.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

- 1) Con fecha 9 de octubre de 2002 se concertó un convenio entre el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz (en adelante, CZFC) y la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz (en lo sucesivo, APBC) para la utilización de una parcela de 2.625 m<sup>2</sup> en la que el CZFC construiría unas instalaciones para el almacenamiento de productos destinados al tráfico marítimo. De conformidad con la cláusula tercera del convenio, "la actividad a desarrollar en esta parcela deberá estar directamente relacionada con el tráfico marítimo", fijándose en la cláusula quinta como cantidad que el CZFC debía abonar a la APBC por la cesión de la parcela y por trimestres adelantados la de 14.595,00 euros.
- 2) El 29 de noviembre de 2006, el Director de la APBC remitió una propuesta al CZFC en la que, tras indicar que hasta esa fecha la nave construida por el CZFC en la parcela no había tenido ocupación y que el propio CZFC estaba trabajando en la adaptación del almacén a las necesidades de la empresa arrendataria (AVTS), mostraba su preocupación porque la actividad de la citada empresa no iba a generar tráfico portuario o iba a ser muy escaso. Con fundamento en ello, el Director de la APBC propuso la suscripción de un

nuevo convenio en el que se previese la situación de que el almacén frigorífico construido en la parcela no generase un importante tráfico marítimo.

- 3) El 22 de enero de 2007 se suscribió un nuevo convenio, en sustitución del anterior de 9 de octubre de 2002, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 95.3 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (actualmente, artículo 73 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre –TRLPEMM–).

En la cláusula tercera del nuevo convenio se reconoce que el CZFC tiene construida en la parcela indicada una nave frigorífica, mereciendo especial mención la cláusula cuarta donde se dispone que:

“La actividad a desarrollar en esta parcela deberá estar directamente relacionada con el tráfico marítimo.

Si el Consorcio de la Zona Franca no consiguiera destinar el almacén frigorífico a actividades que generen un importante tráfico marítimo a través de los muelles del Puerto de la Bahía de Cádiz, se autoriza con carácter excepcional, a destinarlo a otras actividades económicas, que deberán ser comunicadas a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz”.

Por su parte, la cláusula sexta del mismo convenio dispone que:

“El Consorcio de la Zona Franca de Cádiz abonará a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, por la cesión de la parcela y por trimestres adelantados, la cantidad de:

- 17.134 euros anuales, si la actividad que se desarrolla en la parcela genera un tráfico marítimo superior a 20.000 toneladas anuales a través de los muelles del Puerto de la Bahía de Cádiz.
- 35.170 euros anuales, si la actividad que se desarrolla en la parcela genera un tráfico marítimo inferior a las 20.000 toneladas anuales a través de los muelles del Puerto de la Bahía de Cádiz, o incluso si la actividad no genera tráfico marítimo.

Los importes indicados corresponden a valores del año 2007 y serán aplicables a partir de la firma del presente Convenio y siempre que se realice actividad en la parcela, quedando suspendido el devengo del pago del importe de la cesión mientras la parcela esté sin actividad. Estos importes serán actualizados el primer día de cada año en función de la variación interanual experimentada por el IPC para el conjunto nacional total en el mes de octubre”.

- 4) El 31 de marzo de 2010 se firmó una adenda al convenio anterior para ampliar la superficie ocupada en 708 m<sup>2</sup> con el fin de mejorar el proceso productivo en el almacén frigorífico y cumplir con la normativa sanitaria. En la adenda se actualizaron las tasas por la ocupación del dominio público portuario, manteniendo la dualidad de cuantías en función de que se superasen o no los umbrales de tráfico marítimo antes reseñados.
- 5) El 14 de febrero de 2014, el CZFC propuso a la APBC la formalización de una nueva adenda al convenio en la que se estableciese que la tasa a abonar por la ocupación del dominio público portuario fuese la correspondiente a la situación en la que se generase un tráfico marítimo superior a 20.000 tm/año, que cifró en 22.966,10 euros (actualizado con el IPC), suprimiéndose los umbrales de tráfico marítimo; esta propuesta la justificó el CZFC en la difícil situación económica y en que la empresa AVTS no generaba tráfico por los muelles del Puerto de la Bahía de Cádiz.
- 6) El Director de la APBC solicitó, el 10 de abril pasado, informe al Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con dicha entidad pública sobre la adecuación y justificación de la modificación propuesta por la CZFC. El Director de la APBC propuso modificar la cláusula sexta del convenio en el sentido de fijar la tasa de ocupación con el tipo de gravamen establecido en el TRLPEMM, modificado por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 y la tasa de actividad en su

cuantía mínima, eliminando la suspensión del devengo de las tasas en la hipótesis de que la parcela estuviera sin actividad.

En consecuencia, propuso que la cláusula sexta del convenio quedase redactada como sigue:

“El Consorcio de la Zona Franca de Cádiz abonará a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz por la cesión de esta parcela y por trimestres adelantados la cantidad de:

- 22.474,99 euros /año, en concepto de tasa de ocupación.
- 11.239,50 euros/año, en concepto de tasa de actividad.

Los importes indicados corresponden a valores de 2014 y serán aplicables a partir de la firma del presente Convenio. Estos importes serán actualizados de acuerdo con lo previsto en los artículos 177 y 190 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por RD Leg. 2/2011”

No obstante, el evidente carácter de corporación de derecho público del CZFC, cuyo asesoramiento corresponde también a la Abogacía del Estado, y el conflicto de intereses entre ambos organismos determinaron que los órganos competentes de la APBC y del CZFC decidieran someter la cuestión al parecer definitivo de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para dilucidar la procedencia de la propuesta del Director de la APBC hay que partir del convenio vigente de 22 de enero de 2007 suscrito entre el CZFC y la APBC para la utilización de una parcela de 2.626 m<sup>2</sup>, que se amplió el 31 de marzo de 2010 en otros 708 m<sup>2</sup> más, situada en el Puerto de la Zona Franca de Cádiz y con destino a la construcción y explotación por el CZFC de una nave frigorífica.

Dicho convenio encuentra fundamento en el artículo 95.3 de la Ley 48/2003 (actualmente, artículo 73.3 del TRLPEM), en virtud del cual, cuando algún órgano de la Administración General del Estado o cualquier organismo o entidad vinculada o dependiente de la misma requiera la utilización del dominio público portuario, solicitará de la Autoridad Portuaria correspondiente los bienes de dominio público necesarios, quien autorizará dicha utilización siempre que sea compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso, debiendo suscribir el correspondiente convenio en el que se establecerán las condiciones de la misma, incluyendo las tasas que, en su caso, procedan y los costes que debe asumir aquél.

Pues bien, a la vista de las circunstancias del caso y en lo referente a las tasas a satisfacer por el CZFC, el Director de la APBC propuso, dentro de los márgenes de actuación que tienen las Autoridades Portuarias, fijar la cuantía de las tasas de ocupación y de actividad en función del tráfico marítimo portuario que pudiera generar la instalación, de tal forma que, tomando como referencia las 20.000 tm/año, la cuantía de tasa fuera mayor, si el tráfico fuese inferior a ese límite, y menor, si generaba un tráfico superior a dicho umbral o incluso si la actividad no generaba tráfico marítimo.

Sobre esta base, que este Centro Directivo considera correcta, se tuvo presente la Orden FOM/3572/2006, de 28 de noviembre, sobre valoración de terrenos, a la que se refería el artículo 19.5 de la Ley 48/2003, de la que resultó un valor del suelo de 108,766 euros/m<sup>2</sup> al que se aplicó, para el cálculo de la tasa de ocupación, el tipo de gravamen vigente del 5% (artículo 19.4.a.1º de la Ley 48/2003), resultando 5,4383 euros/año; este valor unitario se multiplicó por la superficie ocupada (2.625,58 m<sup>2</sup>), arrojando como cuota de la tasa de



ocupación la de 14.278,69 euros/año. A ello se sumó la tasa de servicios generales (20% de la tasa de ocupación, esto es, 2.855,74 euros/año), dando como resultado total la cuota de 17.134 euros/año, todo ello para el caso de que el tráfico fuere superior a 20.000 tm/año.

Para el caso de que el tráfico fuese inferior a 20.000 tm/año, se añadió, con ligeras correcciones a la cantidad citada y teniendo en cuenta una estimación de tráfico portuario de 52.000 tm/año, el importe de la tasa por el ejercicio de actividades comerciales (15.600 euros/año) y el importe de la tasa por servicios generales (5.651,64 euros/año), arrojando todo ello el importe total de 35.710 euros/año.

Estas cantidades, tras la ampliación de la superficie ocupada y la actualización con el IPC correspondiente, pasaron a ser 22.969,10 euros/año, para un tráfico superior a 20.000 tm/año, y 48.486,07 euros/años, para un tráfico inferior a 20.000 tm/año.

- II -

Pues bien, llegados a este punto, es necesario valorar jurídicamente la adecuación y justificación de la modificación propuesta que suprimiendo la dualidad existente según el tráfico marítimo fuese superior o inferior a 20.000 tm/año, y ante la realidad incuestionable, admitida por ambas partes, de que no ha sido posible en los doce años transcurridos desde la firma del Convenio de 2002 generar tráfico marítimo que utilice las instalaciones frigoríficas construidas por CZFC (realidad que se ha visto agravada por la actual crisis económica, que está poniendo en riesgo la continuidad de la empresa AVTS en la utilización de dichas instalaciones), consiste en exigir en concepto de tasa de ocupación la cuota de 22.474,99 euros/año y en concepto de tasa de actividad la cuota de 11.239,50 euros/año, siendo estos importes los correspondientes a valores de 2014 y actualizándose de acuerdo con lo previsto en los artículos 177 y 190 del TRLPEMM.

Para analizar la adecuación y justificación de la modificación que se propone y de las cuotas consiguientes hay que comenzar diciendo que la modificación propuesta encuentra justificación suficiente en las circunstancias del caso, anteriormente expuestas, que determinan que la APBC, haciendo uso de sus facultades, haya intentado compatibilizar en la medida de lo posible la utilización de las instalaciones frigoríficas construidas por el CZFC y arrendadas a la empresa AVTS con una rebaja de las tasas de ocupación y actividad, sin tener presente la anterior dualidad para el cálculo de las cuotas tributarias en función de la realización de un tráfico marítimo superior o inferior a 20.000 tm/año. A ello se une la eliminación de la suspensión del devengo de las tasas en la hipótesis de que la parcela estuviera sin actividad.

Sobre esta base, el cálculo de la tasa de ocupación y de la tasa de actividad es correcto y ajustado a las previsiones contenidas en los artículos 89 y 90 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 que han dado nueva redacción a los artículos 176 y 188 del TRLPEMM.

Comenzando por la tasa de ocupación, el valor del terreno, de acuerdo con lo previsto en la Orden FOM/3572/2006 (artículo 177 del TRLPEMM) y teniendo en cuenta las actualizaciones anuales procedentes, se ha fijado en 122,581808 euros/m<sup>2</sup>. A este valor unitario se le aplica el tipo del 5,5%, previsto en el artículo 176.1.a.1º del TRLPEMM, en la redacción dada al mismo por el artículo 89 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, lo que arroja un valor unitario anual de 6,741999 euros que, aplicado a la superficie actual de la parcela de 3.333,58 m<sup>2</sup>, da una cuota por tasa de ocupación de 22.474,99 euros/años, lo cual se considera jurídicamente correcto.

Por lo que se refiere a la tasa de actividad, se propone un porcentaje del 0,50 (50 por ciento) sobre la tasa de ocupación, ya que no existe tráfico marítimo, lo que da una cuota de 11.237,50 euros/año. Esta cuota, a la vista del artículo 188 del TRLPEMM, en la redacción

dada al mismo por el artículo 90 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, relativo a los criterios y límites para la fijación del tipo de gravamen de la tasa de actividad, se considera también jurídicamente correcta, teniendo en cuenta que el límite inferior en los casos de actividad con ocupación privativa del dominio público portuario se fija en un 20 por ciento de la cuota líquida anual de la tasa de ocupación correspondiente a los valores de los terrenos y de las aguas ocupadas.

Por otro lado, como dispone también la propuesta de nueva cláusula sexta del convenio, las actualizaciones de esos importes se harán de acuerdo con lo previsto en los artículos 177 y 190 del TRLPEMM, a los que ha dado también nueva redacción, con efectos de 1 de enero de 2014, la disposición final segunda, apartados Dos y Cinco, de la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## **CONCLUSION**

La modificación propuesta por la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz en la cláusula sexta del convenio suscrito el 22 de enero de 2007 por dicha entidad pública con el Consorcio de la Zona Franca de Cádiz para la utilización de una parcela de 3.333,50 m2 situada en el puerto de la Zona Franca de Cádiz, relativa a las tasas de ocupación y de actividad que corresponde satisfacer al citado Consorcio, es conforme a Derecho.

### **173.- Informe sobre declaración de lesividad de una resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia relacionada con la exención del pago de la tasa de actividad.**

#### **Resumen**

Consulta sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia de 28 de septiembre de 2011, por la que se otorgó a un Club Deportivo una concesión para la gestión de amarres de las instalaciones náutico- recreativas, en lo que se refiere a la exención del pago de la tasa de actividad.

Remisión al criterio del anterior informe de este Centro Directivo de 3 de julio de 2013 (Ref. A.G. Entes Públicos 52/13), con arreglo al cual para que los clubes náuticos puedan obtener la exención de la tasa de actividad que establece el artículo 170.f) del TRLPEMM, es preciso, además de que realicen actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, que se trate de entidades sin fines lucrativos del artículo 2 de la Ley 49/2002 o, para ser más preciso, que se trate de asociaciones declaradas de utilidad pública conforme a lo dispuesto en la LODA y en el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre.

Conclusión favorable a la declaración de lesividad, por no haber acreditado el club náutico beneficiario de la exención su condición de asociación de utilidad pública.

**Ref:** A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 21/14(R-693/14)

**Fecha:** 5 de agosto de 2014

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel

#### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia de 28 de septiembre de 2011, por la que se otorgó al CLUB DEPORTIVO XXX una concesión para la gestión de amarres de las instalaciones náutico-recreativas en la zona de Donibabe del Puerto de Pasaia, en el extremo de la misma relativo a la exención del pago de la tasa de actividad a dicha entidad. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

#### **ANTECEDENTES**

Expone la propuesta de resolución los siguientes antecedentes de la cuestión planteada:

“1.- Con fecha 15 de febrero de 2011, el CLUB XXX presentó una solicitud de concesión para la gestión de los amarres de las instalaciones náutico-recreativas en la zona de Donibabe del Puerto de Pasaia.

En el BOE de fecha 7 de marzo de 2011 (n.º 56), se publicó el anuncio por el que se sometía al trámite de competencia de proyectos la solicitud de concesión, no habiéndose presentado otras solicitudes que tuvieran el mismo o distinto objeto que la presentada por el peticionario.

2.- El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia, en sesión de 7 de abril de 2011, aprobó el pliego de condiciones para el otorgamiento de la concesión siendo remitido al peticionario con fecha 8 de abril.

XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

En el BOE de 19 de mayo de 2011 (n.º 119), se publicó el anuncio por el que se sometía a información pública la solicitud de concesión, no habiéndose formulado alegaciones a la misma.

- 3.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 8.2.f) de la Ley 33/2010, de 5 de agosto (actual artículo 170 f) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), con fecha 7 de junio de 2011 el referido club deportivo solicitó la exención del pago de la tasa de actividad, al tratarse de un ente sin fines lucrativos.
- 4.- Con fecha 12 de julio de 2011, la Dirección de la Autoridad Portuaria de Pasaia remitió un escrito a dicha entidad solicitándole la aceptación expresa de las condiciones bajo las que se proponía otorgar la concesión, siendo estas aceptadas expresamente el 15 de septiembre siguiente.
- 5.- El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia, en sesión de 28 de septiembre de 2011 acordó el otorgamiento al Club XXX de una concesión para la gestión de los amarres de las instalaciones náutico-recreativas en la zona de Donibabe del Puerto de Pasaia, por un plazo de quince años y una tasa de ocupación por importe de 88.504,49 €/año.

Al haber solicitado dicha entidad la exención de la tasa de actividad, alegando a estos efectos el carecer de fin lucrativo, la concesión se otorgó con la exención de la tasa de actividad.

La Resolución fue publicada en el BOE de 17 de octubre de 2011 (n.º 250).

- 6.- Con fecha 3 de julio de 2013, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico emitió informe determinando los criterios que deben regir la aplicación de la exención de la tasa de actividad prevista en el artículo 170 f) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, TRLPEMM), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

A la vista del referido informe, con fecha 4 de noviembre de 2013, el Director de la Autoridad Portuaria de Pasaia remitió escrito al citado club deportivo solicitando la acreditación, antes del día 27 de noviembre de 2013, de los requisitos necesarios para la exoneración del pago de la tasa de actividad, en los términos expuestos en aquel; extremo que no fue cumplimentado por dicha entidad.

- 7.- El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia, en sesión del 19 de junio de 2014, acordó iniciar el procedimiento de lesividad, con el fin de dejar sin efecto la exención de la tasa de actividad de la concesión otorgada por la Resolución del Consejo de Administración de 28 de septiembre de 2011 a la entidad en cuestión y seguir la tramitación que al efecto establece el artículo 35.2 del TRLPEMM, previa audiencia de los interesados.

Con fecha 23 de junio de 2014, según queda acreditado en el expediente, se notificó el acuerdo a la referida entidad, con el fin de que en el plazo de quince días hábiles formulase las alegaciones y aportase los documentos o justificaciones que estimase pertinentes, lo que llevó a cabo aquella mediante escrito presentado el 1 de julio siguiente.

- 8.- Con fecha 17 de julio de 2014, emitió informe el ente público Puertos del Estado, en el que se concluye que 'procede declarar la lesividad parcial de la Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia, de 28 de septiembre de 2011, por la que se acordó el otorgamiento al "Club XXX" de una concesión para la gestión de amarres de las instalaciones náutico-recreativas en la zona de Donibabe del Puerto de Pasaia, por ser contraria al ordenamiento jurídico la exención de la tasa de actividad, al efecto de que pueda interponerse demanda ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.'
- 9.- Mediante escrito del Secretario General Técnico de este Ministerio de 30 de julio de 2014, se recabó el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del

Estado sobre la declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la repetida Resolución, adjuntando a tales efectos el expediente tramitado y la propuesta de Resolución”.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que “cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”.

Por su parte, el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) dispone, en su redacción vigente (dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que “las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. En el mismo sentido, y por lo que se refiere a la esfera tributaria, en la que se insertan las liquidaciones revocadas a que se refiere el presente informe, el artículo 218.1, párrafo segundo, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) dispone que “la Administración tributaria podrá declarar lesivos para el interés públicos sus actos y resoluciones favorables a los interesados que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa”.

De los preceptos legales citados resulta que la declaración de lesividad se configura en nuestro Derecho como un acto administrativo que es requisito o presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración del Estado, en los casos en que la misma se proponga actuar como parte demandante en recursos contencioso-administrativos dirigidos contra sus propios actos declarativos de derechos (sentencias de 20 de enero de 1936, 27 de marzo de 1957 y 21 de marzo de 1961, entre otras). Sus efectos se centran, por tanto, en legitimar activamente a la Administración que demanda la anulación de sus propios actos, y, consiguientemente, en autorizar la interposición, admisión y tramitación del recurso contencioso-administrativo por ella promovido, sin perjuicio, como es natural, de las facultades del Tribunal competente para declarar si el acto impugnado es o no conforme a Derecho, y si realmente produce los efectos perjudiciales alegados por la Administración recurrente.

### - II -

Para determinar, con carácter general, si procede o no la declaración de lesividad es preciso detenerse en el examen de los requisitos que a tales efectos deben concurrir en un acto administrativo.

El artículo 43 de la LJCA exige, en primer lugar, y como ya quedó señalado, que el acto lesione los intereses públicos. A esta primera exigencia ha de unirse un segundo requisito, imprescindible para que sea procedente la declaración de lesividad. Este segundo requisito consiste en la ilegalidad del acto, esto es, en que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea nula de pleno derecho o anulable, conforme a lo establecido por los artículos 62 y 63, respectivamente, de la LRJPAC, si bien debe advertirse que cuando el acto sea nulo de pleno derecho, según dictamen en tal sentido del Consejo de Estado, la Administración podrá por sí misma anularlo de oficio, sin necesidad de la previa

declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 102 de la LRJPAC).

Aunque el artículo 43 de la antes mencionada LJCA destaque singularmente el requisito de la lesión, la exigencia del segundo presupuesto –la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico– se desprende con toda claridad de los principios básicos que informan nuestro sistema de justicia administrativa, así como de diversos preceptos concretos del articulado de la propia LJCA (cfr. entre otros, los artículos 31, 70 y 71). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido de manera reiterada, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 23 de marzo de 1993, en la que claramente afirma que el sólo hecho de resultar gravoso para la Administración la eficacia de un acto administrativo (en el caso se trataba de una expropiación) no concurriendo ningún tipo de irregularidad invalidante, no puede ser causa suficiente para declarar la lesividad del acto.

- III -

Pasando al examen del caso sobre el que se informa, debe indicarse que ya bajo la vigencia de la LJCA de 1956 parte de la doctrina científica consideraba superado el requisito clásico de la doble lesión, jurídica y económica, bastando, a juicio de dicha doctrina, que el acto incurriese en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pudiera ser declarado lesivo y anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Este mismo criterio venía sosteniéndose por un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Alto Tribunal de 22 de enero de 1988 (Ar. 326) declara que “todo lo cual supone la infracción de un bloque normativo que a tenor de la jurisprudencia caracteriza la lesividad regulada en el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque de la propia literalidad del precepto se deduce que la lesión a los intereses públicos no ha de ser necesariamente económica, sino que puede serlo también de otra naturaleza, en cuya consideración ha evolucionado la Jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de acoger criterios más amplios que le llevan a declarar que la pretensión anulatoria de lesividad puede estar motivada por el mero propósito de regularizar jurídicamente el acto causado con manifiesta vulneración de normas de derecho necesario.” En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 3 de diciembre de 1987 al señalar que “la más progresiva doctrina jurisprudencial no exige que la lesión tenga que traducirse necesariamente en una estimación económica, bastando la vulneración del Derecho” y las de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1465) y 6 de junio de 1995 (Ar. 4944) al declarar que “en la actualidad ha desaparecido la exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal como este Tribunal ha declarado en sus sentencias de 14 de marzo de 1980 y 22 de enero de 1988.” Este criterio doctrinal y jurisprudencial ha venido a encontrar refrendo legal en la vigente LJCA, habida cuenta de que su artículo 43 ha suprimido la alusión que el artículo 56 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 hacía al carácter de la lesión de los intereses públicos (“de carácter económico o de otra naturaleza”).

Es por todo ello por lo que tiene la máxima importancia determinar si la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia de 28 de septiembre de 2011, incurrió en infracción del ordenamiento jurídico.

- IV -

De acuerdo con lo expuesto, procede examinar si la concesión de la exención de pago de la tasa de actividad a favor del Club Deportivo XXX otorgada por el Consejo de la Autoridad Portuaria de Pasaia en su Resolución de 28 de septiembre de 2011 es ajustada a Derecho, cuestión a la que resultan aplicables las consideraciones jurídicas efectuadas por este Centro

Directivo en su informe de 3 de julio de 2013 (Ref. A.G. Entes Públicos 52/13), en cuyo apartado I se indicó lo siguiente:

“La primera cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo consiste en determinar si respecto de los clubes náuticos puede apreciarse la exención que, en relación con la tasa de actividad para el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario, establece el artículo 170.f) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM). Esta cuestión se suscita en razón de que algún club náutico ha considerado tener derecho a la mencionada exención por su condición de asociación sin ánimo de lucro, entendiéndose que no le resulta exigible ostentar la condición de entidad sin ánimo de lucro a que se refiere el artículo 171.4 del citado texto legal que precisa este concepto por remisión al artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

El artículo 170 del TRLPEMM dispone que ‘estarán exentos del pago de la tasa de actividad: (...) f) las corporaciones de derecho público y entidades sin fines lucrativos para aquellas actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, previa solicitud de la exención a la Autoridad Portuaria.’

Prescindiendo, por no ser del caso, de las corporaciones de derecho público, y por lo que se refiere a las entidades sin fines lucrativos –primera condición o requisito, de carácter subjetivo, que ha de cumplirse para poder disfrutar de la exención–, debe estarse, a fin de precisar el concepto de entidad sin fin lucrativo, a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 171 del TRLPEMM, y ello pese a la incorrección sistemática consistente, de una parte, en consignar ese número de apartado en un precepto que carece de los tres precedentes y, de otra parte, en establecer el artículo 171 el concepto de entidades sin fines lucrativos a efectos de las exenciones del pago de las tasas de utilización y ayudas a la navegación, siendo así que la definición de entidades sin fines lucrativos cobra más sentido en relación con la exención del pago de la tasa de actividad que establece el artículo 170. f) del TRLPEMM –puesto que se exige, como condición subjetiva, que se trate de una entidad sin fin de lucro–, y no en relación con las exenciones del pago de las tasas de utilización y ayudas a la navegación a la vista de los supuestos de exención de estas dos últimas figuras tributarias que establece el artículo 171 del precepto TRLPEMM.

Pues bien, el artículo 171.4 del TRLPEMM dispone que ‘a los efectos de esta ley se considerarán entidades sin fines lucrativos las enumeradas en el artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.’

El artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, a que se remite el anterior precepto, atribuye la condición de entidades sin fines lucrativos a las siguientes:

- a) Las fundaciones.
- b) Las asociaciones declaradas de utilidad pública
- c) Las organizaciones no gubernamentales de desarrollo a que se refiere la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional Para el Desarrollo, siempre que tengan alguna de las formas jurídicas a que se refieren los párrafos anteriores.
- d) Las delegaciones de fundaciones extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones.
- e) Las federaciones deportivas españolas, las federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español.
- f) Las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos a que se refieren los párrafos anteriores.’

Siendo los clubes náuticos clubes deportivos, habrá que estar, en primer término, a la definición que de los mismos se contiene en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte

que en su artículo 13 define a aquéllos como asociaciones privadas, integradas por personas físicas o jurídicas que tengan por objeto la promoción de una o varias modalidades deportivas, la práctica de las mismas por sus asociados, así como la participación en actividades y competiciones deportivas.

De dicha definición se deduce que el único supuesto del artículo 2 de la Ley 49/2002 en el que, a los efectos del posible reconocimiento de la exención que establece el artículo 170.f) del TRLPEMM, podrían tener encaje los clubes náuticos sería el consignado en la letra b). Ahora bien, dado que el artículo 2.b) de la Ley 49/2002 alude a 'asociaciones declaradas de utilidad pública', sería necesario, para poder reconocer la exención de que se trata a los citados clubes, que éstos, partiendo de su condición de asociaciones, sean declarados de utilidad pública.

La declaración de utilidad pública de las asociaciones aparece disciplinada en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA), cuyas previsiones han de ser completadas por el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre. El artículo 32 de citado texto legal determina los requisitos que han de cumplirse para la obtención de dicha declaración y el artículo 35 el procedimiento que debe seguirse al efecto. Por su parte, la disposición adicional primera de la LODA establece que 'las asociaciones deportivas que cumplan lo dispuesto en el artículo 32 de esta Ley podrán ser declaradas de utilidad pública, sin perjuicio de lo establecido en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte'.

A diferencia de las federaciones deportivas, del Comité Olímpico Español y del Comité Paralímpico Español a los que de forma expresa el artículo 2 e) de la Ley 49/2002 atribuye directamente la condición de entidades sin fines lucrativos y que, además, tienen reconocida en la propia Ley 10/1990 (artículos 44.1, 48.1 y 6, respectivamente) la condición de asociaciones o entidades de utilidad pública, las demás asociaciones privadas y, entre ellas, los clubes deportivos, en general, y los clubes náuticos, en particular, precisan, para poder tener derecho a la exención de la tasa de actividad establecida en el artículo 170.f) del TRLPEM, la declaración de utilidad pública, habida cuenta de la previsión del artículo 171.4 de este texto legal y su remisión al artículo 2 de la Ley 49/2002, debiendo, además, cumplir el resto de los requisitos exigidos por el citado artículo 170.f), es decir, que las actividades a desarrollar sobre dominio público portuario sean actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo.

En resumen, para que los clubes náuticos, como asociaciones privadas deportivas, puedan obtener la exención de la tasa de actividad que establece el artículo 170.f) del TRLPEMM, es preciso, además de que realicen actividades que se encuentren directamente vinculadas con la actividad portuaria y que sean de interés educativo, investigador, cultural, social o deportivo, que se trate de entidades sin fines lucrativos del artículo 2 de la Ley 49/2002 o, para ser más preciso, que se trate de asociaciones declaradas de utilidad pública conforme a lo dispuesto en la LODA y en el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre'.

Pues bien, en el supuesto que se examina el Club Deportivo XXX no ha acreditado, pese a haber sido requerido expresamente al efecto por la Autoridad Portuaria de Pasaia, ser una asociación de utilidad pública.

En el trámite de alegaciones conferido en el seno del presente expediente de declaración de lesividad, el Club Deportivo de referencia señala que "con fecha de 30 de diciembre (hay que entender, dado que las alegaciones se formulan el 8 de julio de 2014, que se refiere a 30 de diciembre de 2013) presentamos la solicitud de inclusión de la actividad prioritaria de mecenazgo en la Diputación Foral de Guipuzkoa con número de entrada 7040, que fue remitida a la APP en la entrada 19 con fecha de 7 de enero de 2014 para poder cumplir con los criterios de la Abogacía del Estado", adjuntando a su escrito de alegaciones copia del mencionado documento de solicitud, que obra en el expediente, al folio 193. Las alegaciones del Club Deportivo de Pesca Náutico Izquiero sólo acreditan que dicho Club ha instado la inclusión de



la actividad prioritaria de mecenazgo ante la Diputación Foral, pero no que dicho Club sea efectivamente una asociación de utilidad pública ni, lo que es más relevante a los efectos del presente procedimiento de declaración de lesividad, que lo fuera al tiempo de concederse la exención de pago de la tasa de actividad, el 28 de septiembre de 2011.

Ello determina que no concurra el presupuesto necesario para el otorgamiento de la exención del pago de la tasa de actividad, y que, consecuentemente, la Resolución del Consejo de Administración de la referida autoridad Portuaria de 28 de septiembre de 2011, que otorgó dicha exención, sea contraria a Derecho, siendo procedente declarar su lesividad como trámite previo a su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

**- V -**

Alcanzada la anterior conclusión, y habiéndose tramitado regularmente el procedimiento para la declaración de lesividad de la mencionada Resolución de 28 de septiembre de 2011, por haberse observado las previsiones del artículo 218 de la LGT y de los artículos de 7 a 9 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, este Centro Directivo debe hacer las dos siguientes indicaciones:

1) La declaración de lesividad ha de efectuarse necesariamente antes de que expire el plazo de cuatro años desde del día en que se notificó la repetida resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia de 28 de septiembre de 2011, ya que en otro caso no procedería la declaración de lesividad al rebasarse el límite temporal establecido en el artículo 218.3 de la LGT

2) Una vez efectuada la declaración de lesividad, deberían remitirse las actuaciones este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos), a fin de que se impartan las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición de la correspondiente demanda, la que deberá efectuarse necesariamente dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**Primera.-** Se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad y subsiguiente impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia de 28 de septiembre de 2011, por la que se otorgó al CLUB DEPORTIVO XXX una concesión para la gestión de amarres de las instalaciones náutico-recreativas en la zona de Donibabe del Puerto de Pasaia, en el extremo de la misma relativo a la exención del pago de la tasa de actividad a dicha entidad.

**Segunda.-** En relación con la declaración de lesividad de la mencionada resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Pasaia, deberían tenerse en cuenta las indicaciones recogidas en el fundamento jurídico V del presente informe.

## **174.- Informe sobre posible estimación de un recurso de reposición contra determinadas providencias de apremio de liquidaciones giradas en concepto de tasas portuarias.**

### **Resumen**

Consulta sobre posible estimación de un recurso de reposición interpuesto por la entidad “Muelle Uno, S.A.” contra determinadas providencias de apremio de liquidaciones giradas en concepto de tasas portuarias.

Anulación de las providencias dictadas por ser ello contrario al principio de confianza legítima ya que la concesionaria, una vez iniciada la vía ofrecida por el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Málaga de 30 de junio de 2014, no debía soportar las consecuencias de un inicio anticipado del procedimiento de apremio.

Lo expuesto, no es obstáculo para que, por una parte, se modifique el título concesional a fin de posibilitar la fórmula de compensación expuesta y, por otra, para que la cantidad pendiente de pago, una vez realizada la compensación, pueda ya en cualquier momento ser providenciada de apremio con exigencia de los recargos pertinentes.

**Ref:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 27/14 (R-981/14)

**Fecha:** 24 de noviembre de 2014

**Ponentes:** Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo de las previsiones contenidas en el punto 2 de la Instrucción 5/2014, de 1 de septiembre, sobre los supuestos y forma de elevar petición de informe por parte de los Abogados del Estado, entre otras, a la Subdirección General de los Servicios Consultivos, en relación con el artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Málaga sobre la posible estimación del recurso de reposición interpuesto por la entidad “Muelle Uno, S.A.” contra determinadas providencias de apremio de liquidaciones giradas en concepto de tasas portuarias.

A la vista de la consulta y teniendo en cuenta los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- | -

El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Málaga (en adelante, APM), en sesión celebrada el 30 de junio de 2014, analizó detenidamente la situación económica de la concesión otorgada el 26 de octubre de 2005 a la entidad “XXX, S.A.” para la construcción y explotación de “Marina de la Farola” por un plazo de 35 años. Las obras de construcción y explotación, según recoge el acuerdo del Consejo de Administración, se desarrollaron durante un plazo aproximado de seis años, finalizando en 2011. En el mes de diciembre de dicho año comenzó la fase de explotación.

La concesionaria tiene contraídas importantes deudas por tasas portuarias, que en su mayor parte y una vez transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario, se encuentran en periodo ejecutivo. El periodo ejecutivo se inició al día siguiente del vencimiento del plazo de ingreso en periodo voluntario de las liquidaciones pertinentes –artículo 161.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) en relación con el artículo 62 de la misma–, devengándose en ese mismo momento el recargo ejecutivo del 5% que establece el artículo 28.1 de dicho texto legal.

Así las cosas, el Consejo de Administración formuló una propuesta de actuación (punto 7 del acuerdo) que textualmente dice:

“En relación a lo anterior y con el fin de que el Concesionario haga frente a sus obligaciones contractuales con la Autoridad Portuaria, pueda saldar su deuda y mantenga la actividad económica en un contexto de dura recesión y caída importante del consumo, se proponen unas líneas de actuación que saldarían la deuda del Concesionario con la Autoridad Portuaria y permitirían dar cumplimiento al mandato que el Consejo de Administración de fecha 30 de abril 2013 resolvió en relación a la Modificación Concesional planteada en dicho Consejo”

Sobre esta base, acordó, entre otras actuaciones y por lo que aquí importa, las siguientes:

“(…)

2. ‘XXX, S.A.’ deberá presentar en el plazo máximo de dos (2) meses a partir de la recepción de la presente resolución la liquidación de las obras, donde figure la valoración individualizada para el Edificio Cultural, la Estación Marítima y el mayor coste del Aparcamiento, tal y como establece el otorgamiento concesional. A fecha de hoy, pese al requerimiento realizado el pasado 28 de abril, no lo ha aportado.
3. Contrastar por la Administración u Organismo Público Pertinente la valoración que el Concesionario aporte por la ejecución de las obras en su liquidación (edificio Cultural, Estación Marítima y mayor coste del Aparcamiento), como paso previo a la recepción de las mismas por parte de la Autoridad Portuaria. Se solicitará que dicho informe se presente en un plazo no superior a dos (2) meses, una vez que reciban la documentación aportada por el Concesionario, a fin de que no se demore más la recepción de los edificios.
4. Una vez establecida dicha valoración, y si la misma superara la cantidad ya abonada hasta la fecha, proponer la compensación de esta cantidad con la deuda que “XXX, S.A.” sigue manteniendo con la Autoridad Portuaria y que a fecha 18 de junio de 2014 asciende, una vez deducido el importe por suministros e IVA, a la cantidad de 2.934.948 € (IVA incluido), en lugar de la fórmula financiera que figura en el Otorgamiento Concesional”

- II -

El 18 de julio de 2014, la APM se dirigió a la concesionaria dándole cuenta de los diversos extremos del acuerdo del Consejo de Administración de 30 de junio de 2014, en el que se fijaba una deuda en concepto de tasas portuarias de 2.934.948 euros (cantidad en la que está incluida el recargo ejecutivo del 5%, según resulta de la información remitida) y, como se ha dicho, una propuesta concreta de actuación de la concesionaria.

Así las cosas, el 5 de agosto de 2014, dentro del plazo de dos meses concedido, la concesionaria, cumpliendo con lo prevenido en el punto 2 del citado acuerdo, presentó la liquidación de las obras con la valoración individualizada para el Edificio Cultural, la Estación Marítima y el mayor coste del Aparcamiento.

Dicha valoración, como dispone el punto 3 del acuerdo, necesitaba ser contrastada por la Administración u Organismo Público pertinente, en un plazo no superior a dos meses, como paso previo a la recepción de las obras y para aplicar, en su caso, la compensación de la cantidad resultante con la deuda por tasas propuesta en el punto 4 del acuerdo.

No consta que en el plazo indicado se realizase ese contraste por la Administración u Organismo Público pertinente, trámite esencial para la recepción de las obras y para la aplicación, en su caso, de la compensación.

El 16 de octubre de 2014 se dictaron por el Jefe de Gestión Financiera y Presupuestaria de la APM doce providencias de apremio, entre las que se encuentran las correspondientes a las liquidaciones por tasas portuarias objeto del acuerdo del Consejo de Administración de la APM de 30 de junio de 2014. Dichas providencias de apremio fueron notificadas a la concesionaria que interpuso, el 30 de octubre siguiente, recurso de reposición contra ellas solicitando su anulación.

Debe, por último, ponerse de manifiesto que, con fecha 5 de noviembre de 2014, la sociedad concesionaria presentó un escrito ante la APM aceptando la compensación proyectada por dicha entidad pública en los términos expuestos.

- III -

De los datos fácticos a los que se ha hecho referencia en los apartados anteriores se puede deducir con fundamento, en primer lugar, que la entidad concesionaria “XXX, S.A.” a 18 de junio de 2014, fecha de la que se parte en el acuerdo del Consejo de Administración de la APM de 30 de junio de 2014, tenía una deuda pendiente en concepto de tasas portuarias de 2.934.948 euros, incluidos intereses de demora y el recargo ejecutivo del 5%, pues, en dicha fecha, se había sobrepasado con creces el plazo de ingreso en periodo voluntario de las liquidaciones relativas a las tasas.

Aunque, una vez iniciado el periodo ejecutivo se podía haber dictado providencia de apremio, con la que se hubiera iniciado el procedimiento de igual nombre, con identificación de la deuda pendiente, liquidación de los recargos del artículo 28 de la LGT y requerimiento al obligado tributario para que efectuara el pago (artículos 161.3 y 167.1 de la LGT), lo cierto es que el 30 de junio de 2014, fecha de adopción del acuerdo por parte del Consejo de Administración de la APM, no se habían providenciado de apremio las deudas por tasas. Es más, en esa fecha y tomando como referencia la deuda pendiente (principal, intereses de demora y recargo ejecutivo), se había acordado por el Consejo de Administración de la APM iniciar un trámite específico de valoración individualizada y contradictoria de determinadas obras, como paso previo a una futura compensación de la cantidad resultante a satisfacer a la concesionaria con la deuda por tasas portuarias que la misma seguía manteniendo con la APM.

Iniciado, como se ha dicho, el primer trámite de ese proceso el 5 de agosto de 2014 con la valoración individualizada de las obras presentada por la concesionaria, resulta contrario a la doctrina de los actos propios y al principio de confianza legítima, especialmente esgrimido por la concesionaria en su recurso de reposición, que antes de que culminara ese proceso con la emisión del informe valorativo de contraste por parte de la Administración u Organismo Público pertinente y con la compensación propuesta se dictasen, el 16 de octubre siguiente, unas providencias de apremio (con inclusión de los recargos establecidos en el artículo 28 de la LGT) en relación con las deudas pendientes en concepto de tasas portuarias a las que precisamente se refería el acuerdo adoptado por el Consejo de Administración de la APM el 30 de junio de 2014.

Por otra parte, y como se ha expuesto, el artículo 167.1 de la LGT dispone que el procedimiento de apremio se iniciará mediante providencia notificada al obligado tributario en la que “se identificará la deuda pendiente (...)”. Siendo necesario, por tanto, que en la providencia de apremio se identifique (y cuantifique) la deuda pendiente y habiéndose acordado por la APM proponer la compensación de la cantidad pendiente a favor del concesionario (derivada de la valoración individualizada de las obras) con la deuda en concepto de tasas que mantenía con la misma, lo razonable y coherente es entender que hasta que no concluyese ese proceso y se supiese con precisión la cantidad que todavía quedaba pendiente de abono por el concesionario, no era posible “identificar” la deuda pendiente que ha de incluirse en la providencia de apremio como exige el artículo 167.1

de la LGT, siendo ello una razón más para anular las providencias de apremio dictadas con estimación del recurso de reposición.

Llegados a este punto y como quiera que una de las alternativas propuestas en la consulta de la Abogacía del Estado en Málaga consiste precisamente en la anulación de las providencias de apremio dictadas (por ser ello contrario al principio de confianza legítima), ya que la concesionaria, una vez iniciada la vía ofrecida por el acuerdo del Consejo de Administración de la APM de 30 de junio de 2014 sin haberse concluido por dicha entidad pública, no debía soportar las consecuencias del inicio del procedimiento de apremio, se está en situación de prestar conformidad a esa alternativa en los términos contenidos en este informe con la consiguiente estimación del recurso de reposición formulado.

Lo expuesto no es obstáculo para que, por una parte, se modifique el título concesional a fin de posibilitar la fórmula de compensación expuesta –punto 6.a) de acuerdo del Consejo de Administración de 30 de junio de 2014– y, por otra parte, para que la cantidad pendiente de pago una vez realizada la compensación pueda ya en cualquier momento ser providenciada de apremio con exigencia de los recargos pertinentes.

## **175.- Informe sobre la posibilidad de compensar los incrementos de las tasas de ocupación por nuevas valoraciones de los terrenos o aguas portuarias con las mejoras de las tasas que se liquidan en ese mismo título administrativo.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posibilidad de compensar los incrementos de las tasas de ocupación por nuevas valoraciones de los terrenos o aguas portuarias con las mejoras de las tasas que se liquidan en ese mismo título administrativo. Consideraciones jurídicas del régimen económico del sistema portuario y de la consideración de las tasas portuarias.

**Ref.:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 8/15 (R- 92/2015)

**Fecha:** 25 de febrero de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

El Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con Puertos del Estado ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Illes Balears sobre la posibilidad de compensar los incrementos de las tasas de ocupación por nuevas valoraciones de los terrenos o aguas portuarias con las mejoras de tasas que se liquidan en ese mismo título administrativo. La consulta viene acompañada del preceptivo informe.

A la vista de la consulta y de los antecedentes que han servido de base a la misma, emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1) Por resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria de Baleares (APB), de fecha 30 de julio de 2008, se adjudicó la concesión para la explotación de puestos de amarre en la Ribera Norte del Puerto de Eivissa con una ocupación de superficie de tierra de 34.775 m<sup>2</sup> y 88.015 m<sup>2</sup> de espejo de agua, lo que hace un total de 122.790 m<sup>2</sup>.

Conforme figura en el Pliego de Bases concesional, la tasa a abonar por la ocupación privativa del dominio público ascendía a la cantidad de 763.645,55 euros. El licitador, hoy concesionario, en su oferta, realizó una importante mejora del importe de la tasa por un importe de 3.736.354,45 euros.

2) Por Orden FOM/307/2011, de 19 de enero, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 16 de febrero, se aprueba la valoración de los terrenos y lámina de agua de la zona de servicio del puerto de Eivissa. Dicha Orden, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sustituye y deja sin efecto, en lo referente al puerto de Ibiza, a la Orden Ministerial de 20 de diciembre de 1988 (apartado cuarto de la Orden).

3) Según se indica en el proyecto de informe remitido, el valor atribuido en la nueva Orden a los terrenos concesionales supone un espectacular aumento respecto al valor del bien calculado en el momento de otorgar la concesión, solo tres años antes. En concreto, la nueva cuantía de la tasa de ocupación para el año 2011 se fija en 1.050.489,76 euros/año, 1.155.538,73 euros/año para el año 2012, 1.295.826,57 euros/año para el año 2013, 1.391.325,64 euros/año para el año 2014, 1.486.824,71 euros/año para el año 2015 y 1.582.323,78 euros/año para el año 2016.

4) Es importante tener en cuenta, como también se señala en el proyecto de informe, que no resulta aplicable a la APB el límite del 20% de incremento de la tasa a que hace referencia el artículo 178.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina

Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), por aplicación de la disposición transitoria 2ª.2.a) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (LREPS), expresamente mantenida en vigor por la disposición transitoria segunda.2 del citado Texto Refundido, al tratarse la concesión a la que se refiere el informe de una concesión en la que la cuantía de la tasa de ocupación ha sido calculada de acuerdo a valoraciones de terrenos aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

5) La implantación de las nuevas valoraciones de terreno, sigue diciendo el proyecto de informe, supone una auténtica desestabilización del equilibrio económico de la concesión, no prevista en la fase de licitación, que, de haberse conocido por el licitador antes de plantear su oferta, es seguro que hubiera causado el correspondiente ajuste económico-financiero y, por ende, la modificación a la baja de la mejora de tasas ofertadas.

Ante ello, la Dirección de la APB solicita informe a la Abogacía del Estado consultante sobre la posibilidad de compensar los incrementos de la tasa de ocupación con las mejoras de las tasas que rigen la concesión o autorización, las cuales – se añade – se hubieran moderado en la oferta del licitador de conocerse en qué momento se iban a producir las variaciones de la valoración de terrenos y aguas portuarios y en qué cuantía.

6) La Abogacía del Estado en Illes Balears ha elaborado un proyecto de informe donde llega a las siguientes conclusiones:

1. La tasa es un tributo, mientras que la mejora de la tasa ofertada por el licitador no es un tributo, no tiene naturaleza tributaria.
2. Esta Abogacía del Estado rechaza la posible compensación de ambas deudas, al no darse los requisitos legalmente previstos para que proceda por no tratarse de deudas que recíprocamente tienen entre sí la APB y los posibles concesionarios (ex artículo 1195 y 1196 del CC, en relación con el artículo 70 de la LGT).
3. Las OOMM de 2011 con las nuevas valoraciones de terrenos y láminas de agua de los puertos de la Autoridad Portuaria de Baleares pueden suponer una alteración de las circunstancias que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión que puede romper el equilibrio económico-financiero de la concesión y, por lo tanto, hacer imposible alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión. Posibilidad ésta no querida por la Ley.
4. Por ello, esta Abogacía del Estado considera que en este supuesto concreto en que así suceda, procede la aplicación del artículo 89 del TRLPEMM, es decir, la revisión de las concesiones que se encuentren en los casos taxativos analizados en este informe. En el bien entendido que cada concesión con sus circunstancias concurrentes deberá analizarse de forma separada.
5. En la modificación de la concesión, como consecuencia de la revisión de la misma, ésta podría consistir en una reducción del importe de la mejora, en el mismo importe en que se actualiza la tasa de ocupación como consecuencia de la entrada en vigor de las nuevas OOMM. Esta modificación no sería una modificación sustancial.
6. De lo que se trata es de una alteración del precio por aplicación de las cláusulas de revisión o actualización previstas en la Ley (artículo 178 TRLPEMM), revisión que duplica el precio inicialmente pactado, lo que determina una alteración sustancial de las condiciones del otorgamiento de la concesión, de tal forma que las nuevas condiciones (que en ningún caso hubieran determinado la concurrencia de más licitadores) pueden impedir alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión. El importe final a pagar por el concesionario no se ve reducido, siendo el mismo que determinó la adjudicación por ser muy superior al resto de ofertas. Por todo ello, esta Abogacía del Estado entiende que con esta modificación no se ve afectado el principio de libre concurrencia.”

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

### - I -

En primer lugar, como no podía ser de otro modo, este Abogado del Estado Coordinador no puede por menos que hacer suyas las consideraciones jurídicas realizadas en el fundamento de derecho I del proyecto de informe remitido acerca del régimen económico del sistema portuario y de la consideración de las tasas portuarias, entre las que se encuentra la tasa de ocupación, como auténticos tributos, cuyo régimen jurídico se contiene en el TRLPEMM, en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos y en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

No ocurre lo mismo con las mejoras de las tasas, como se encarga de recordar el artículo 180 del TRLPEMM, fiel trasunto del artículo 19.8 de la LREPS, que, bajo la rúbrica “Oferta de importes adicionales en concursos”; después de disponer que, en los concursos convocados por la Autoridad Portuaria para el otorgamiento de las concesiones o autorizaciones, los Pliegos de Bases podrán contener, entre los criterios para su resolución, el de que los licitadores oferten importes adicionales a los establecidos en las tasas, añade que, “las cantidades adicionales ofertadas, al carecer de naturaleza tributaria, no estarán sometidas al régimen de actualización previsto en el artículo 178.1.”

### - II -

De la misma forma, el que suscribe hace suyas también íntegramente las consideraciones jurídicas realizadas en el fundamento de derecho II del proyecto de informe remitido acerca de la imposibilidad de aplicar la compensación del incremento de la tasa de ocupación con la mejora de la tasa ofertada al no concurrir los requisitos exigidos por la LGT para que proceda la compensación, comenzando por la existencia de dos personas (APB y concesionario) que sean recíprocas acreedoras y deudoras la una de la otra ya que el único deudor de ambas deudas es el concesionario siendo, además, una de las deudas, la tasa actualizada, de naturaleza tributaria y la otra, la mejora de la tasa, de naturaleza no tributaria.

### - III -

Ante la imposibilidad de tener presente el instituto de la compensación y a la vista del incremento en la tasa de ocupación derivado de la nueva valoración de los terrenos de agua y tierra ocupados por el concesionario, la Abogacía del Estado consultante entiende que se ha producido una alteración de las circunstancias que sirvieron de base al otorgamiento de la concesión, alteración que puede romper el equilibrio económico- financiero de la misma y hacer, por tanto, imposible alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión, posibilidad no querida por la ley.

Sobre esa base, considera procedente la revisión de la concesión –ex artículo 89.1.a) del TRLPEMM– y la modificación de la misma como consecuencia de la revisión, que podría consistir en una reducción del importe de la mejora en el mismo importe en que se actualiza la tasa de ocupación consecuencia de la nueva valoración de los terrenos.

Este Abogado del Estado Coordinador no comparte la opinión de la Abogacía del Estado en Illes Balears considerando, por el contrario, que no hay base jurídica para la revisión propuesta ni, por ende, para la reducción del importe de la mejora en el mismo importe en que se actualiza la tasa de ocupación.



Para razonar esta conclusión hay que comenzar haciendo referencia a la naturaleza jurídica de la concesión de dominio público, de la que la concesión demanial portuaria es una especie.

En este sentido, aunque han existido opiniones favorables a la consideración de la concesión demanial como un contrato, la opinión mayoritaria, avalada por la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1980, 2 de diciembre de 1980, 12 de abril de 1985 y 5 de diciembre de 1994, entre otras), ha sido calificar la concesiones de dominio público como actos administrativos esencialmente unilaterales, si bien necesitados de la colaboración del particular, puesto que la solicitud del mismo es presupuesto de su existencia y la aceptación de la concesión requisito una vez de su validez y otras de su eficacia. La falta de relación causal entre la prestación administrativa (puesta a disposición de la porción demanial de cuyo aprovechamiento se trata) y la actividad privada que el concesionario despliega sobre dicha porción unido al régimen de revisión de oficio y extinción son argumentos adicionales para negar que la relación jurídica surgida del otorgamiento de una concesión de dominio público posea carácter bilateral ni por su origen ni por sus efectos.

Siendo ello así, resulta congruente que el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, incluya, en su apartado 1.o), entre los negocios y relaciones jurídicas excluidos del ámbito de aplicación de la Ley, a “las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos de los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”.

Lo expuesto hace inviable una aplicación indiscriminada de la normativa en materia de contratos del sector público, en especial de los preceptos relativos a la modificación de los contratos (artículos 105 y siguientes), como se postula en el proyecto de informe remitido. A mayor abundamiento tampoco resultaría de aplicación dicha normativa al caso suscitado pues dichos preceptos están pensando en una modificación del objeto del contrato, de las prestaciones objeto del mismo por determinadas circunstancias, supuesto que no se dan en absoluto en el caso sometido a informe en el que lo que se pretende es una revisión de las condiciones económicas de la concesión derivadas de una revisión de la cuota tributaria de la tasa de ocupación que se venía satisfaciendo.

Lo expuesto, obliga a acudir a la legislación específica en materia de concesiones sobre dominio público portuario constituida, por un lado, por los artículos 81 y siguientes del TRLPEMM, que se dedican a las concesiones demaniales y, por otro lado, por los artículos 161 y siguientes dedicados a las tasas portuarias.

Pues bien, comenzando por estos últimos, uno de los principios básicos aplicables a las tasas portuarias es el principio de equivalencia, recogido en el artículo 163 del TRLPEMM, según el cual, “los ingresos por las tasas portuarias de cada Autoridad Portuaria, junto con los demás recursos económicos, responderán al principio de equivalencia con los costes de puesta a disposición de suelo e infraestructuras y con los costes de los servicios prestados directamente por la Autoridad Portuaria, los cuales deberán cubrir los gastos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, las cargas fiscales, la depreciación de sus bienes e instalaciones, sus obligaciones financieras y un rendimiento razonable sobre el activo corriente neto medio del ejercicio, excluyendo el inmovilizado en curso, los activos por impuestos diferidos y los deudores comerciales no corrientes, que permita hacer frente a la financiación de las nuevas inversiones (...)”. Por su parte, el artículo 164 a) concreta un poco más al añadir que el importe de la tasa de ocupación se fijará tomando como referencia el valor del mercado correspondiente al bien de dominio público portuario ocupado.

Admitiendo, como no podía ser de otro modo, la importancia del principio de equivalencia en materia de tasas (que tiene una naturaleza distinta del principio de equivalencia de las prestaciones en las concesiones de servicio o de obra pública - de indudable carácter contrac-

tual - , principio que, en ese ámbito, actúa a modo de contrapeso del principio de riesgo y ventura) la propia normativa específica portuaria ha regulado con detalle la forma de lograr esa equivalencia, de forma especial en las tasas de ocupación, teniendo en cuenta que las concesiones de dominio público portuario tienen normalmente un plazo de duración bastante amplio.

Esa equivalencia se logra, en casos como el presente, adecuando el importe de la tasa de ocupación a satisfacer a la nueva valoración de los terrenos que sirven de base para el cálculo de su importe (artículo 175.a) del TRLPEMM) estando previsto en el propio Texto Refundido, de forma precisa y previsible, las actualizaciones de la cuota tributaria de la tasa de ocupación consecuencia de las nuevas valoraciones.

En efecto, el artículo 177.3 del TRLPEMM, que tiene como antecedente al artículo 19.5 de la LREPS, vigente cuando se otorgó la concesión que ha dado pie a este informe, dispone que:

“Además, las valoraciones podrán revisarse para la totalidad de la zona de servicio y de los terrenos afectados a ayudas a la navegación, cada cinco años y, en todo caso, deberán revisarse al menos cada 10 años. Asimismo, deberán revisarse cuando se apruebe o modifique la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios, en la parte de la zona de servicio que se encuentre afectada por dicha modificación o cuando se produzca cualquier circunstancia que pueda afectar a su valor. Cuando se incorpore un nuevo terreno se le asignará el valor correspondiente a los terrenos del área funcional de similares características”

Por su parte el artículo 178.2 del TRLPEMM (anteriormente era el artículo 19.6 de la LREPS) añade que “la cuota íntegra de la tasa en las concesiones y autorizaciones será, además, revisada de acuerdo con las nuevas valoraciones que sean aprobadas por el Ministro de Fomento de conformidad con lo establecido en el artículo anterior”

Pues bien, estas prevenciones legales que, como se ha expuesto, posibilitan (cuando han pasado 5 años) y obligan, en todo caso (al menos cada 10 años) a la revisión de la valoración de los terrenos que sirven de base a la tasa de ocupación en unos plazos muy precisos y, además, cuando se apruebe o modifique la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios, estaban vigentes y, por tanto, eran perfectamente conocidas o debieron serlo cuando el hoy concesionario decidió acudir, previa solicitud formulada al efecto, al concurso convocado por la APB, de conformidad con el artículo 86.1.c) del TRLPEMM, para la explotación de puestos de amarre en el puerto de Eivissa y, lo que es más importante, debieron tenerse presentes cuando el licitador, a la vista de que el Pliego de Bases contenía, entre los criterios para la resolución del concurso, el que los licitadores ofertasen importes adicionales a los establecidos para la tasa de ocupación, posibilidad admitida en el artículo 180 del TRLPEMM, ofertó una cantidad adicional muy importante de la tasa de ocupación exigible en ese momento.

A la vista de lo expuesto, resulta bastante obvio que no se dan las circunstancias necesarias para acordar una revisión de las condiciones de la concesión, con reducción del importe de la mejora de la tasa en el mismo importe en que se actualiza la tasa de ocupación consecuencia de la nueva valoración de los terrenos, al amparo del artículo 89.1.a) del TRLPEMM, como se propone en el proyecto de informe.

El artículo 89.1.a) dispone que “la Autoridad Portuaria revisará las condiciones de una concesión, modificándolas, de oficio o a instancia de parte, cuando se den las siguientes circunstancias:

- a) Cuando se hayan alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento, de tal forma que las circunstancias objetivas que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión hayan variado de modo que no sea posible alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión”

A juicio de este Centro Directivo, la aprobación dos años y medio aproximadamente después del otorgamiento de la concesión y de acuerdo con lo previsto en la normativa

portuaria, que autoriza plenamente la revisión de las valoraciones en unos plazos concretos, de una nueva valoración de los terrenos ocupados por la concesión, y la consiguiente actualización de las tasas consecuencia de esa nueva valoración, dada su absoluta previsibilidad, no ha implicado una alteración de los supuestos determinantes de su otorgamiento ni, por tanto, puede decirse que las circunstancias objetivas que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión hayan variado de modo que no sea posible alcanza sustancialmente la finalidad de la concesión.

El licitador, lo mismo que, a través del Pliego de Bases, conoció que, entre los criterios para la resolución del concurso convocado para otorgar la concesión, estaba la oferta de mejoras adicionales a los establecidos para la tasa de ocupación, formulando su oferta en términos tales que pudo inclinar definitivamente a la APB a otorgarle la concesión, también pudo y debió conocer que los valores tenidos en cuenta por la APB para fijar, en aquellos momentos, el importe de la tasa podían ser revisados en el futuro de acuerdo con el artículo 177.3 del TRLPEMM, con la consecuencia prevista en el artículo 178.2, la revisión de la cuota íntegra de la tasa, como así ocurrió en todos los puertos de Baleares, incluido Eivissa, a principios de 2011.

Sobre esa premisa, pudo perfectamente, aun desconociendo el momento en que podía producirse y el alcance de la nueva valoración, acomodar, en su caso, su oferta a esta previsible circunstancia y más cuando la última valoración, que sirvió de base al cálculo de la tasa de ocupación contenida en el Pliego, se remontaba al año 1988, por lo que existía una evidente desfase de la misma con el actual valor de mercado del bien de dominio público portuario ocupado que, como se ha expuesto (artículo 164.a) del TRLPEMM), sirve de referencia para fijar el importe de la tasa.

Si, en estos momentos, se admitiese la revisión de la concesión en la forma propuesta por la Abogacía del Estado consultante, aparte de estar jugándose, a estos efectos, con dos magnitudes no homogéneas, como son el importe de la tasa actualizada, de naturaleza tributaria, y la mejora de la propia tasa, de naturaleza no tributaria, se estaría alterando el principio de libre competencia, ya que, de haber sabido los restantes licitadores que, cuando se produjera una revisión de la valoración de los terrenos, era posible reducir la mejora ofrecida por algún licitador en el mismo importe en que aumentaba el importe de la tasa, es muy posible que hubieran cambiado sustancialmente sus ofertas económicas.

En virtud de lo expuesto, el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con Puertos del Estado formula la siguiente

## CONCLUSION

En el concurso convocado en su día por la Autoridad Portuaria de Baleares para el otorgamiento de una concesión con destino a la explotación de puestos de amarre en la Ribera Norte del puerto de Eivissa (Baleares), no hay base jurídica para la reducción del importe de la mejora de la tasa de ocupación ofertada por el licitador, hoy concesionario, en el mismo importe en que se actualiza la tasa de ocupación, consecuencia de la nueva valoración de los terrenos y láminas de agua en el puerto derivada de la aprobación de la Orden FOM/307/2011, de 19 de enero.

## **176.- Informe sobre la exigencia de la tasa de ocupación y de la tasa de actividad por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arousa al Concello de Villagarcía de Arousa por la instalación en dominio público portuario de un emisario submarino de aguas residuales procedente de una depuradora.**

### **Resumen**

Consulta sobre la exigencia de la tasa de ocupación y de actividad a un Ayuntamiento por la instalación en el dominio público portuario de un emisario submarino de aguas residuales procedente de una depuradora. Análisis sobre el concepto y finalidad de la autorización administrativa para la ocupación del dominio público por razón de un determinado uso que se pretende realizar en el mismo.

**Ref.:** A.G.SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 10/15 (R-120/2015)

**Fecha.:** 20 DE MARZO DE 2015.

**Ponente.:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Pontevedra (Vigo) sobre la discrepancia surgida entre la citada Abogacía y la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado acerca de la exigencia de la tasa de actividad por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arousa (Pontevedra) al Concello de Villagarcía de Arousa por la instalación en dominio público portuario de un emisario submarino de aguas residuales procedentes de una depuradora. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe

**-|-**

Aunque la discrepancia de pareceres se centra en la tasa de actividad, este Centro Directivo estima oportuno examinar también la cuestión relativa a la exigencia de la tasa de ocupación

Comenzando por la tasa de ocupación, la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y la Marina Mercante (LPEMM) se refería en su artículo 69 a los cánones exigibles por la ocupación o aprovechamiento del dominio público y por la prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades industriales o comerciales en el ámbito portuario. Dichos cánones tenían la consideración de precios públicos. Uno de ellos, como se ha dicho, era el canon de ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, antecedente de la actual tasa de ocupación. Respecto de dicho canon y, tratándose de la ocupación de bienes de dominio público portuario por parte de órganos y entidades de la Administración del Estado, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en sus informes A.G. Patrimonio 53/94, A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 2/98 y A.G. Interior 2/2000 entendió que había de distinguirse dos supuestos:

- 1) La ocupación de bienes de dominio público portuario de titularidad estatal y de construcciones o instalaciones asentadas sobre el mismo, de titularidad igualmente estatal, por órganos de la Administración del Estado para el ejercicio de las funciones que legalmente le están encomendadas.

En este caso, y dado que no era necesario el otorgamiento de una concesión demanial como título habilitante para la ocupación de los citados bienes por los órganos indicados, ya que la titularidad del dominio público y la titularidad del derecho de uso y aprovechamiento

corresponden a una misma Administración (la Administración General del Estado), no podía exigirse el tributo.

2) La ocupación de instalaciones y construcciones erigidas sobre terrenos de dominio público de titularidad estatal por las Autoridades Portuarias con cargo exclusivo a sus presupuestos y que, por consiguiente, son de titularidad de dichas entidades.

En este otro caso, por el contrario, resultaba procedente la exigencia del canon de ocupación por las Autoridades Portuarias, titulares de esas instalaciones o construcciones sobre el demanio público estatal por la cesión del uso de esas instalaciones o construcciones a la Administración del Estado, aunque debía excluirse de la base del mismo el valor del suelo ocupado, por ser éste propiedad del sujeto pasivo del canon (la indicada Administración General del Estado).

La Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de reforma de la LPEMM, en su artículo único.<sup>26</sup> dio nueva redacción al artículo 69, que llevaba por rúbrica “Canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario”, regulando los elementos esenciales del canon (hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible, tipo de gravamen y devengo devengo). El apartado 1 de dicho precepto definía el hecho imponible del canon, disponiendo que “la ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario en virtud de una concesión o autorización devengará el correspondiente canon en favor de la Autoridad Portuaria”. No se hacía mención alguna a posibles exenciones.

El planteamiento contenido en los informes de este Centro Directivo antes indicados pudo seguir, por tanto, manteniéndose.

La Ley 48/2003, de 26 de noviembre de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general (LREPS) reguló y sistematizó, por primera vez, sustituyendo a los antiguos cánones, las tasas portuarias que pasaron a ser desde entonces tributos regidos plenamente por el principio de reserva de ley.

Pues bien, el artículo 17 de dicho texto legal se refirió a las exenciones del pago de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario, declarando exentos a:

“a) Los órganos y entidades de las Administraciones públicas que lleven a cabo en el ámbito portuario o marítimo actividades de vigilancia, inspección, investigación y protección del medio ambiente marino y costero, de protección de los recursos pesqueros, represión del contrabando, seguridad pública y control de pasajeros, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional”

Como se observa, la LREPS dio un paso muy importante, pues, al establecer una exención subjetiva a favor de los órganos y entidades de las Administraciones Públicas (cualesquiera que fuesen éstas), puso claramente de manifiesto que, en principio, cualquier ocupación del dominio público, en virtud de una concesión o autorización en favor de esos órganos o entidades, devengaría la correspondiente tasa (artículo 19.1 de la LREPS) al declarar únicamente exentos a los órganos y entidades de las Administraciones Públicas que llevasen a cabo en el ámbito portuario o marítimo las actividades que indicaba el artículo 17 a).

Se llega así a la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LREPS, que dio nueva redacción al Título I de la LREPS y, en concreto, a su Capítulo III, relativo a las tasas portuarias. En este sentido, el nuevo artículo 8.1.a), relativo a las exenciones, declaró exentos del pago de la tasa de ocupación regulada en dicha Ley a:

“a) Los órganos y entidades de las Administraciones públicas que por necesidades de funcionamiento deban situarse en el dominio público portuario, por llevar a cabo en el ámbito portuario o marítimo actividades de control oficial de mercancías, vigilancia, inspección y desarrollo tecnológico, inspección y protección del medio ambiente marino y costero, de protección de los recursos pesqueros, represión del contrabando, lucha

XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

contra el tráfico ilícito de drogas, seguridad pública y control de pasajeros y mercancías, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional”

El precepto transcrito ha pasado a ser el artículo 169 a) del actual Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM).

Como se observa, la Ley 33/2010 y, por extensión, el TRLPEMM, además de ampliar el elenco de actividades susceptibles de acogerse a la exención, restringe la posibilidad de su reconocimiento, pues para que los órganos y entidades de las Administraciones Públicas puedan estar exentos de esa tasa de ocupación es preciso que “por necesidades de funcionamiento deban situarse en el dominio público portuario” para el desarrollo de las actividades de que se trata.

A la vista de ello, parece claro el designio del legislador, especialmente desde la entrada en vigor de la Ley 33/2010, de sujetar la ocupación del dominio público en virtud de una concesión o autorización, por parte de un órgano o una entidad de una Administración Pública, al pago de la tasa de ocupación de la que únicamente quedan exentos los órganos y entidades citados que, por necesidades de funcionamiento, deban situarse en el dominio público portuario y, además, para las concretas actividades que detalla el precepto.

El término “autorización”, contenido en el artículo 173 del TRLPEMM que define el hecho imponible de la tasa de ocupación (“el hecho imponible de esta tasa consiste en la ocupación del dominio público portuario, y del vuelo y subsuelo del mismo, en virtud de una concesión o autorización...”), incluye cualquier autorización otorgada a un órgano o a una entidad de la Administración Pública, incluso aquella que tenga su origen en el convenio a que se refiere el artículo 73.3 del TRLPEMM (que tiene su antecedente en el artículo 95.3 de la LREPS). No se advierte razón alguna de peso para incluir en el hecho imponible de la tasa únicamente a las ocupaciones que tengan su origen en una concesión o autorización administrativa de las previstas en los artículos 81 y siguientes y 74 y siguientes del TRLPEMM y no las que tengan su origen en el artículo 73.3.

Para fundamentar este criterio hay que comenzar diciendo que el apartado 3 del artículo 73 del TRLPEMM se refiere al supuesto en el que algún órgano de la Administración General del Estado o cualquier organismo o entidad vinculada o dependiente de la misma requiera la utilización del dominio público portuario, caso en el que solicitará de la Autoridad Portuaria correspondiente los bienes de dominio público necesarios. El organismo portuario autorizará dicha utilización siempre que sea compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso, debiendo suscribir el correspondiente convenio en el que se establecerán las condiciones de la utilización, incluyendo las tasas que, en su caso, procedan, y los costes que debe asumir el petionario. Cuando la Autoridad Portuaria considere que la solicitud es incompatible con la normal explotación del puerto, la elevará a Puertos del Estado quien, una vez emitido el correspondiente informe, lo trasladará al Ministro de Fomento para resolver el otorgamiento de la autorización, atendiendo al interés general.

Mediante la suscripción de un convenio se pretende ofrecer un cauce sencillo a los órganos estatales para los casos en que requieran la utilización del dominio público portuario, sin necesidad de que tengan que acudir, con carácter general, al cauce ordinario del trámite de competencia de proyectos o de concurso de la concesión. Esta circunstancia no impide que en estos supuestos se pueda hablar de autorización, aunque la misma venga acompañada de la suscripción de un convenio y de la necesidad de abonar la correspondiente tasa de ocupación.

Las razones que llevan a esta conclusión se basan no sólo en la literalidad del artículo 173 del TRLPEMM, que alude de forma genérica a “concesión o autorización” sin referirlas de forma exclusiva a las concesiones y autorizaciones reguladas en los preceptos antes indicados del TRLPEMM (artículos 74 y siguientes y artículos 81 y siguientes), sino también en la

circunstancia de que el propio artículo 73.3, párrafo primero, del TRLPEMM está disponiendo expresamente la obligación de incluir entre las condiciones del convenio "...las tasas que, en su caso, procedan .." y entre las tasas derivadas de la "utilización del dominio público portuario" (esta expresión es la que se menciona artículo 73.3, párrafo primero) se encuentra, indudablemente, la tasa de ocupación.

A mayor abundamiento, en el caso de utilización del dominio público portuario por otras Administraciones distintas de la del Estado el propio artículo 73.3, párrafo tercero, del TRLPEMM hace depender la posible autorización y el convenio de ocupación del hecho de que la legislación de la Comunidad Autónoma respectiva prevea en su legislación un régimen similar de utilización de bienes demaniales de su titularidad por la Administración General del Estado (o sus organismos públicos) para su dedicación a un uso o servicio de su competencia. A falta de esa previsión, deberán solicitar el otorgamiento de la correspondiente concesión o autorización de acuerdo con lo establecido en la propia ley (con la necesidad de pago de la correspondiente tasa de ocupación).

Siendo ello así en estos casos, no parece admisible que la sujeción o no al pago de la tasa se haga depender de la aplicación de ese principio de reciprocidad, lo cual determinaría un tratamiento desigualitario, a estos efectos, entre los órganos de las Administraciones Públicas de Comunidades Autónomas y de Corporaciones Locales (así como de entidades públicas dependientes de unas y otras) integrados en una Comunidad Autónoma con una legislación que contenga esa previsión, en cuyo caso la utilización del dominio público portuario por dichos órganos no estaría sujeta a la tasa, y aquellos órganos de Administraciones Públicas integradas en una Comunidad Autónoma en cuya legislación no se contenga esa previsión y que, al tener que solicitar formalmente la correspondiente concesión o autorización, estarían sujetos al pago de la tasa indicada.

Parece, por tanto, más razonable que cualquier concesión o autorización para la utilización del dominio público portuario por parte de órganos y entidades de las Administraciones Públicas, incluida la que derive de la aplicación del artículo 73.3 del TRLPEMM, con suscripción del oportuno convenio, esté sujeta al pago de la tasa de ocupación, del que únicamente quedarán exentas las actividades mencionadas en el artículo 169 a) del TRLPEMM, sin perjuicio de la posible aplicación de la bonificación en la cuota prevista en el artículo 181.2º c) del propio TRLPEMM

## -II-

Por lo que se refiere a la tasa de actividad, procede examinar si está sujeta a este tributo, al margen y con independencia de la tasa de ocupación, "la utilización del dominio público portuario consistente en la parcela 05-028 de 4902 m del total de la longitud del emisario submarino de 4952 m (...) con destino a la colocación de un emisario submarino para el vertido de aguas residuales urbanas a la Ría de Arosa, procedentes de la estación depuradora (EDAR) situada en Punto de Ferrazo," según se dice en el apartado primero del "Acuerdo" del "Convenio sobre la puesta a disposición del Concello de Villagarcía del dominio público para la colocación de un emisario submarino."

El artículo 183, párrafo primero, del TRLPEMM define el hecho imponible de la tasa de actividad en los siguientes términos: "El hecho imponible de esta tasa consiste en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario, sujetas a autorización por parte de la Autoridad Portuaria."

A la vista de la definición del hecho imponible, resulta necesario examinar, a fin de precisar su alcance, los dos elementos constitutivos del mismo: a) ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios; y b) autorización por la Autoridad Portuaria del ejercicio de estas actividades.

A) Actividades comerciales, industriales y de servicios.

A1) Actividades Comerciales.

A modo de definición general, el artículo 3.1 del TRLPEMM, al precisar el concepto de puertos comerciales, define las “actividades comerciales portuarias” como “las operaciones de estiba, desestiba, carga, descarga, transbordo y almacenamiento de mercancías de cualquier tipo, en volumen o forma de presentación que justifiquen la utilización de medios mecánicos o instalaciones especializadas”, añadiendo el apartado 2 de dicho precepto que “tendrán asimismo, la consideración de actividades comerciales portuarias el tráfico de pasajeros, siempre que no sea local o de ría, y el avituallamiento y reparación de buques”. Ahora bien, junto con este concepto genérico, el artículo 104 del TRLPEMM enumera entre los servicios que se prestan en los puertos, los servicios comerciales –artículo 104.3– cuyo régimen jurídico se regula en los artículos 138 a 141 del propio texto legal. El apartado 1 del artículo 138 dispone que “a los efectos previstos en esta Ley, son servicios comerciales las actividades de prestación de naturaleza comercial, no teniendo carácter de servicios portuarios, estén vinculados a la actividad portuaria”.

Definidos, en los términos que acaban de indicarse, los servicios comerciales, no puede desconocerse que los artículos 138 y 139 diferencian todavía los conceptos de “servicios comerciales” (los definidos en el artículo 138.1) y actividades comerciales que no son servicios comerciales. Así, el artículo 138.2 dispone que “el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios en el dominio público portuario se someterán al régimen jurídico previsto en esta ley para los servicios comerciales” y el artículo 139.2 establece que “la prestación de servicios comerciales y el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios por terceros requerirá la obtención de autorización de la Autoridad Portuaria”. Como se ha indicado, ambos preceptos –artículos 138 y 139– diferencian lo que en sentido estricto son servicios comerciales, definidos en el artículo 138.1, y lo que son actividades comerciales.

Así las cosas, ha de entenderse que, puesto que al definir el hecho imponible de la tasa de actividad, el artículo 183 del TRLPMM se refiere al ejercicio de actividades comerciales, dan lugar al devengo de la tasa tanto ejercicio de servicios comerciales (definidos en el artículo 138.1) como el ejercicio de actividades comerciales, entendiéndose estas últimas en su sentido común y ordinario (comercial: “perteneciente al comercio y a los comerciantes”; “Diccionario de la Real Academia Española acepción 1”; comercio “negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros o mercancías”: (Diccionario de la Real Academia Española, acepción 1).

A.2) Actividades Industriales.

No define el TRLPEMM lo que se entiende por actividades industriales haciendo referencia genérica a ellas en los artículos 62.2 y 72.1.d) –“usos, complementarios o auxiliares de los anteriores, incluidos los relativos a actividades logísticas y de almacenaje y los que correspondan a empresas industriales (...) cuya localización en el puerto esté justificada por su realización en el tráfico portuario, por el volumen de los tráficos marítimos que generan o por los servicios que prestan a los usuarios del puerto”–.

A la falta de definición en el TRLPEMM de lo que se entiende por actividades industriales, habrá de estarse al concepto común u ordinario (cfr. artículo 12.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), y así considerar como industria el “conjunto de operaciones materiales ejecutados para la obtención y transformación o transporte de uno o varios productos naturales” (Diccionario de la Real Academia, acepción 2). Queda, pues, comprendida en el hecho imponible de la tasa de actividad la realización de una actividad industrial en el sentido ordinario o común definido.

A.3) Actividades de Servicios.



El artículo 104 del TRLPEMM enumera los servicios que se prestan en los puertos, distinguiendo servicios generales, servicios portuarios, servicios comerciales y servicios de señalización marítima.

Prescindiendo de los servicios generales (definidos o enumerados en el artículo 106), y no devengándose la tasa de actividad por la prestación del servicio de señalización marítima (al dar lugar al devengo de la tasa de ayudas a la navegación –artículo 161.2.d) y artículo 237–), resulta indudable que quedan sometidos a la tasa de actividad (además de los servicios comerciales, según lo dicho en el subapartado A1), los servicios portuarios definidos en el artículo 108. 2 del TRLPEMM, como así lo corrobora el artículo 187 sobre el que se volverá más adelante. Ahora bien, cabe reproducir aquí lo dicho anteriormente a propósito de los servicios comerciales. En efecto, como se ha indicado, el artículo 138.2 del TRLPEMM diferencia, de una parte, servicios comerciales y, de otra parte, actividades de servicios (que no son servicios comerciales), ya que este precepto alude (además de a actividades comerciales e industriales) a actividades de servicios para indicar seguidamente que éstas (junto con las actividades comerciales e industriales) se someterán “al régimen jurídico previsto en esta Ley para los servicios comerciales”, y la misma diferenciación entre servicios comerciales y actividades de servicios establece el artículo 139.2 (“La prestación de servicios comerciales y el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios por terceros requerirá la obtención de autorización de la Autoridad Portuaria”)

En consecuencia, al aludir el hecho imponible de la tasa de actividad al ejercicio de actividades de servicios, quedan comprendidos en él la realización de servicios portuarios, la realización de servicios comerciales y la realización de actividades de servicios, esto es, de actividades que consisten en la prestación de servicios distintas de los servicios comerciales y servicios portuarios.

Delimitadas en los términos indicados las actividades cuya realización da lugar al hecho imponible de la tasa de actividad, debe entenderse que la actividad que se realiza a través del emisario subterráneo a que se refiere el convenio concertado por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arousa y el Concello de Villagarcía es un servicio, más concretamente, y puesto que se trata del vertido de aguas residuales urbanas procedentes de una estación depuradora, de un servicio de titularidad y competencia municipal, conforme resulta del artículo 25.2 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) que señala como competencia del Municipio la de “abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales”

B) Autorización por la Autoridad Portuaria del ejercicio de la actividad cuya realización da lugar al hecho imponible de la tasa de actividad

Para que se realice el hecho imponible de la tasa, es necesario que la actividad de que se trate (comercial, industrial o de servicios) esté sujeta a autorización de la Autoridad Portuaria.

El artículo 139.2 del TRLPEMM dispone que “la prestación de servicios comerciales y el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios por terceros requerirá la obtención de autorización de la Autoridad Portuaria.”

Así las cosas, y puesto que la actividad a que se refiere el presente informe constituye un servicio de competencia municipal impuesta por norma con rango de ley (LRBRL) y que, en cuanto a tal, los Municipios están obligados a prestar en todo caso, cabe plantearse si precisa de autorización de la Autoridad Portuaria.

A juicio de este Centro Directivo, el anterior interrogante merece una contestación afirmativa, y ello en razón de las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, el artículo 139.2 del TRLPEMM impone el requisito de obtener autorización del organismo portuario sin establecer distingo o matización alguna.

- 2) En segundo lugar, no puede desconocerse la funcionalidad de la exención establecida, en relación con la tasa de actividad, por el artículo 170 a) del TRLPEMM. A diferencia del supuesto de no sujeción, en el que, por definición, no se realiza el hecho imponible, el supuesto de exención implica la realización del hecho imponible, bien que por razones de política legislativa (económicas, sociales, etc) no surge, pese a realizarse el hecho imponible, la obligación de pagar el tributo. Siendo ello así, el artículo 170 a) del TRLPEMM declara exentos de pago de la tasa de actividad a “los órganos y entidades de las Administraciones Públicas, respecto de las actividades a que se refiere el párrafo a) del artículo anterior”, y el párrafo a) del artículo 169 declara exentos de pago de la tasa de ocupación a “los órganos y entidades de las Administraciones públicas que por necesidades de funcionamiento deban situarse en el dominio público portuario, por llevar a cabo en el ámbito portuario o marítimo actividades de control oficial de mercancías, vigilancia, investigación y desarrollo tecnológico, inspección y protección del medio ambiente marino y costero, de protección de los recursos pesqueros, represión del contrabando, lucha contra el tráfico ilícito de drogas, seguridad pública y control de pasajeros y de mercancías, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquéllas relacionadas con la defensa nacional”

Pues bien, si el artículo 170 a) del TRLPEMM únicamente declara exentas de la tasa de actividad a las actividades de las Administraciones Públicas que enumera el artículo 169 a) del propio texto legal, ello demuestra, habida cuenta de la significación técnico-jurídica que tiene la exención tributaria, que las demás actividades, esto es, las actividades no comprendidas en el artículo 169 a) del TRLPEMM, y que obviamente las Administraciones Públicas están obligadas a realizar por estar así establecido en normas legales, están sometidas a tributar por la tasa de actividad y, por tanto, han de precisar de la correspondiente autorización de la Autoridad Portuaria, ya que la tributación por dicha tasa (es decir, la realización de su hecho imponible) exige que la actividad esté autorizada por el organismo portuario.

- 3) En tercer lugar, la autorización de la Autoridad Portuaria respectiva que establece el artículo 139.2 del TRLPEMM no es tanto de la actividad en sí misma considerada, sino que resulta del hecho de realizarse la actividad en el dominio público portuario cuya gestión y tutela compete a aquélla. Obviamente, no corresponde al organismo portuario, por ser cuestión ajena a su competencia, la autorización de una actividad industrial, comercial o de servicios considerada en su contenido; tal autorización corresponderá, en su caso, a la Administración Pública competente en materia de industria o comercio. Ahora bien, si no corresponde a la Autoridad Portuaria autorizar el ejercicio de la actividad considerada abstractamente y en sí misma, sí le corresponde autorizar su ejercicio (o denegar la autorización) por una circunstancia específica y que cae dentro de su competencia, cual es la de realizarse precisamente en el dominio público portuario. Puesto que corresponde a la Autoridad Portuaria la gestión y tutela del dominio público portuario, a dicha entidad le corresponde determinar si una concreta actividad que pretende realizarse en el demanio portuario es o no compatible con el mismo, habida cuenta de los usos que se permiten en él y, más aún, si las concretas condiciones en que se pretende realizar esa actividad, (emplazamiento, incidencias o repercusión en el tráfico portuario, medio ambiente, etc) son admisibles o no. Este es justamente el sentido y razón de ser de la autorización del organismo portuario. En este sentido, cabe traer a colación, por tratarse de un supuesto que guarda gran analogía con la cuestión de que ahora se trata, un informe de este Centro Directivo de 18 de septiembre de 2008 (ref. A.G Fomento 17/08) en el que, a propósito de la exigencia de autorización (por la Confederación Hidrográfica del Júcar) para la ocupación del dominio público hidráulico (por la Demarcación de Carreteras del Estado en Aragón) para la construcción de una obra, se dice lo siguiente:

“(…) Ahora bien, el concepto de autorización administrativa integrante, como se ha dicho, del hecho imponible del canon de que aquí se trata no puede establecerse, cuando se trata de una autorización demanial, como es del caso, sobre la relación jurídica de propiedad que entraña el dominio público, sino desde la perspectiva o enfoque genuino y propio del concepto

general de autorización administrativa como figura de control o intervención administrativa, esto es, como una técnica de control que posibilita la realización de un acto, actividad o situación, sea material o jurídica, previa constatación de que ese acto, actividad o situación no es contrario al interés público o general que se tutela precisamente a través de la autorización.

Partiendo de esta conceptualización de la autorización administrativa como técnica de control en los términos que acaban de indicarse, la circunstancia de que la autorización administrativa tenga por objeto el demanio (en el caso que se examina, el dominio público hidráulico) tan sólo comporta una singularización o particularización del interés público que ha de tutelarse, es decir, que ha de tomarse en consideración para comprobar que se puede realizar el acto, actividad o situación que se pretende: puesto que se trata del dominio público hidráulico, y dado que el uso y gestión del mismo está presidido, conforme se deduce de diversos preceptos del TRLA, por los principios o reglas de conservación, protección y mejora del propio dominio público hidráulico, protección del medio ambiente y restauración de la naturaleza, la autorización administrativa de una ocupación y uso del dominio público hidráulico ha de comprobar o controlar no sólo si la finalidad de la ocupación y uso de ese dominio es conforme con los referidos principios, sino también si las concretas y específicas circunstancias en que tendrá lugar esa ocupación y uso son también conformes con tales principios, imponiendo en otro caso las necesarias condiciones, requisitos o correcciones.

Pues bien, tal es lo que acontece con la autorización solicitada a la Confederación Hidrográfica del Júcar por la Demarcación de Carreteras del Estado en Aragón y concedida por dicho Organismo de cuenca –solicitud de autorización y otorgamiento de la misma que de por sí constituyen un argumento en favor del criterio de que la ocupación de una parte de la Rambla de Baladín requiere de autorización administrativa, aunque esa ocupación tenga por finalidad la construcción de una obra de paso de titularidad de la Administración del Estado–. En efecto, como se deduce del contenido de la resolución de la Confederación Hidrográfica del Júcar por la que se concedió la autorización, ésta atendió a las concretas y específicas circunstancias de la obra para determinar si la misma, en su diseño o configuración, era compatible y adecuada con la protección del dominio público hidráulico y no repercutía negativamente en el mismo; así resulta claramente tanto del encabezamiento de la citada resolución, en la que se dice que “la actuación propuesta no disminuye la sección de desagüe del cauce afectado” y que es “adecuado el dimensionamiento de la misma,” como de las previsiones contenidas en las condiciones particulares y generales de la autorización.

El criterio que aquí se sostiene sobre el concepto y finalidad de la autorización administrativa para la ocupación del dominio público por razón de un determinado uso que se pretende realizar en el mismo, y con arreglo al cual la autorización es una técnica de control que tiene por objeto constatar o comprobar que ese uso es adecuado o compatible con la naturaleza del dominio público de que se trata, siendo, por tanto, intrascendente que ese uso (y ocupación) del demanio se pretenda realizar por un particular o por una Administración Pública queda confirmado en las normas sectoriales del dominio público, pudiendo traerse a colación, a estos efectos, el dominio público marítimoterrestre y del dominio público portuario.

En relación con el primero –dominio público marítimoterrestre–, el artículo 51.1 de la Ley 28/1988, de 28 de julio, de Costas, dispone que “estarán sujetas a previa autorización administrativa las actividades en las que, aun sin requerir obras o instalaciones de ningún tipo, concurren circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad, y asimismo la ocupación del dominio público marítimoterrestre con instalaciones desmontables o con bienes muebles.” Como se desprende de la lectura de este precepto, la exigencia de autorización viene determinada por una razón objetiva que atiende a la actividad que se pretende realizar en razón de la concurrencia de las circunstancias indicadas en el precepto, y no por una razón subjetiva que atiende a la condición del sujeto que pretende realizar esa actividad y que puede ser tanto un particular como una Administración Pública, como se desprende del artículo 84.6 de la propia Ley de Costas, e incluso la propia Administración del Estado, titular del dominio público marítimoterrestre.

En relación con el segundo –dominio público portuario–, el artículo 99 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general dispone que “estarán sujetas a autorización de la Autoridad Portuaria: a) La utilización de instalaciones portuarias fijas por los buques, el pasaje y las mercancías, que se regirá por el Reglamento de Explotación y Policía y las correspondientes ordenanzas portuarias; b) La ocupación del dominio público portuario con bienes muebles o instalaciones desmontables o sin ellos, por plazo no superior a tres años, que se otorgará de conformidad con lo dispuesto en la siguiente sección.” Al igual que lo que acontece con el dominio público marítimo-terrestre, en el dominio público portuario la exigencia de autorización atiende, como se desprende claramente del precepto transcrito, a una razón objetiva, esto es, a la actividad u ocupación que se pretende realizar, y no a una razón subjetiva, es decir, a la condición del sujeto, a lo que para nada se refiere el artículo 99 de la Ley 48/2003, y que, en consecuencia, puede ser tanto un particular como una Administración Pública. Es más, aun siendo la Administración del Estado la titular del dominio público portuario (se entiende, de los puertos de interés general), la propia Ley 48/2003 prevé el supuesto de que algún órgano de la propia Administración General del Estado o algún organismo o entidad vinculada a la misma requiera la utilización del dominio público portuario, estableciendo para este caso la necesidad de que se obtenga la pertinente autorización de la respectiva Autoridad Portuaria; así, el artículo 95.3 de dicho texto legal establece que “cuando algún órgano de la Administración General del Estado o cualquier organismo o entidad vinculada o dependiente de la misma requiera la utilización del dominio público portuario, solicitará de la Autoridad Portuaria correspondiente los bienes de dominio público necesarios, quien autorizará dicha utilización siempre que sea compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso, debiendo suscribir el correspondiente convenio en el que se establecerán las condiciones del mismo...”

Debe pues, concluirse, a la vista de las consideraciones precedentes, que la colocación del emisario subterráneo en el dominio público portuario para el vertido de aguas residuales urbanas procedentes de una estación depuradora es un servicio de competencia municipal que está sometido a autorización de la respectiva Autoridad Portuaria.

Se cumplen, a la vista de cuanto se lleva dicho, los requisitos exigidos por el artículo 183 del TRLPEMM para apreciar la realización del hecho imponible: la actividad de que se trata es una actividad de servicio (servicio de competencia del Municipio según el artículo 25.2 c) de la LRBRL) que, además, está sometida a autorización del organismo portuario y no se encuentra comprendida en la exención que establece el artículo 170 a) en relación con el artículo 169 a) del repetido texto legal.

Llegados a este punto, debe examinarse, finalmente, el posible obstáculo que para la exigencia de la tasa de actividad supone el artículo 187 del TRLPEMM. Esta cuestión se suscita en razón de que este precepto legal, al establecer los criterios para la fijación de la base imponible de la tasa de que se trata, no prevé un supuesto tan específico como el que aquí se examina. Dicho precepto establece lo siguiente:

“Para la fijación de la base imponible se aplicarán los siguientes criterios:

- a) En los servicios y actividades de manipulación de carga, la base imponible será el número de unidades de carga manipuladas, medidas en toneladas, número de contenedores u otros elementos de transporte tipificados, vehículos o cualquier otra unidad de presentación de la mercancía.
- b) En el servicio al pasaje, será el número de pasajeros y vehículos en régimen de pasaje embarcados y desembarcados.
- c) En los servicios técnico-náuticos, será el número de unidades de arqueo bruto (GT) de los buques servidos o el número de servicios prestados
- d) En el servicio de recogida de desechos procedentes de buques, será la cantidad recogida o el número de servicios prestados
- e) En el resto de servicios y actividades portuarios, así como de las auxiliares y complementarias, la base imponible será el número de unidades representativas de la cuantía

del servicio prestado o de la actividad desarrollada o el número de servicios prestados. Cuando no sea posible su medición, será el volumen de negocio desarrollado en el puerto.

- f) En el caso de actividades relativas a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, será el número de unidades representativas de la cuantía de la actividad desarrollada o el volumen de negocio desarrollado en el puerto”

A la vista del precepto transcrito, que no alude *expressis verbis* al ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios (pese a constituir su realización el hecho imponible de la tasa), el único supuesto en el que tiene encaje el caso a que se refiere el presente informe sólo puede ser el contemplado en la epígrafe e), relativo al “resto de servicios y actividades portuarias”. Ahora bien, aun así se suscita la dificultad de que no resultaría posible aplicar el parámetro supletorio que establece el inciso final de dicho epígrafe e) –“cuando no sea posible su medición, será el volumen de negocio desarrollado en el puerto”. En efecto, este parámetro es aplicable en los casos de actividad industrial, comercial y de servicios que genera un determinado volumen de negocio por la actividad desarrollada en el puerto, pero no cuando se trata de una actividad que en realidad forma parte de la que se desarrolla fuera del dominio público portuario (el vertido de aguas residuales por el emisario subterráneo forma parte del servicio municipal de evacuación y tratamiento de aquéllas y que no tiene lugar en su totalidad en el dominio público portuario), a lo que todavía haya que añadir la dificultad de cuantificar el “volumen de negocio” de ese servicio municipal para luego para imputar la parte que en dicho volumen de negocios corresponde al emisario subterráneo.

Pues bien, considera este Centro Directivo que la dificultad indicada (y cuya superación exigiría la reforma de los artículos 187 y 188 del TRLPEMM para recoger en estos preceptos reglas específicas concernientes a supuestos como el que aquí se trata), puede salvarse aplicando el límite inferior del 20% de la cuota líquida anual de la tasa de ocupación que establece el artículo 188. b). 2º 1 del repetido texto legal. Es cierto que, de conformidad con el artículo 188, ha de efectuarse una liquidación con arreglo a las prescripciones del apartado b) 1º y sólo si la cuota resultante de ello fuese inferior al límite establecido en el apartado b). 2º. 1 se aplicaría este último, por lo que no resultaría plenamente correcto proceder en la forma apuntada –aplicar directamente el límite inferior del apartado b) 2º. 1, consistente en el 20% de la cuota líquida anual de la tasa de ocupación–.

Ahora bien, una vez que la actividad de que aquí se trata está sujeta a la tasa de actividad y no exenta, no sería coherente que no pudiera exigirse cuota alguna, pues ello equivaldría a negar la realización del hecho imponible y desconocer el mandato legal de exigir el pago de la tasa.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

**Tercera.-** El Concello de Vilagarcía de Arousa está sujeto, sin exención alguna, al pago de la tasa de ocupación y al pago de la tasa de actividad que le gire la Autoridad Portuaria de Vilagarcía de Arousa por la utilización del dominio público portuario con la instalación en él de un emisario submarino de evacuación de aguas residuales y por la actividad inherente al mismo.

## **177.- Informe sobre el órgano competente para incoar, tramitar y resolver un expediente de declaración de lesividad de un acuerdo dictado por el Director de una Autoridad Portuaria sobre devolución de un ingreso indebido en concepto de tarifa portuaria.**

### **Resumen**

Consulta sobre el órgano competente para incoar, tramitar y resolver un expediente de declaración de lesividad de un acuerdo dictado por el Director de una Autoridad Portuaria sobre devolución de un ingreso indebido en concepto de tarifa portuaria. Régimen jurídico de la revisión de oficio en actos administrativos no tributarios y en actos administrativos de naturaleza tributaria.

**Ref.:** A.G. ENTES PÚBLICOS 41/15 (R- 393/2015)

**Fecha:** 23 de junio de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre el órgano competente para incoar, tramitar y resolver un expediente de declaración de lesividad de un acuerdo dictado por el Director de una Autoridad Portuaria sobre devolución de un ingreso indebido en concepto de antigua tarifa portuaria. En relación con dicha solicitud y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Ante todo, debe precisarse que en el supuesto que motiva la consulta el acuerdo dictado por el Director de una Autoridad Portuaria sobre devolución de un ingreso indebido en concepto de antiguas tarifas portuarias, dando cumplimiento a diversas resoluciones del Ministerio de Fomento del año 2007, constituye un acto administrativo en materia tributaria, pues esta naturaleza tenían los actos de determinación de las antiguas tarifas, conforme se deduce claramente del fundamento jurídico sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005, de 20 de abril, que declaró inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (tanto en su redacción originaria como en la derivada de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre), al calificar las tarifas por servicios portuarios como prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria.

Hecha la anterior precisión, para dar adecuada respuesta a la cuestión suscitada es preciso distinguir entre la revisión de oficio de actos administrativos no tributarios y la revisión de oficio de actos administrativos tributarios.

Comenzando por la revisión de oficio de actos administrativos no tributarios y, dentro de ella, por su declaración de lesividad, ésta se rige por el artículo 103 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Los apartados 4 y 5 de ese precepto se refieren a la competencia para declarar la lesividad disponiendo que “si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia” (apartado 4) y que “si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano superior de la entidad” (apartado 5).

A diferencia de su primitiva redacción, el artículo 103.3 de la LRJ-PAC no contempla el supuesto de que el acto que se pretenda declarar lesivo provenga de un organismo o entidad pública dependiente o vinculado a la Administración General del Estado. Es evidente, por tanto, que, sin desconocer la existencia de los organismos o entidades públicas vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas territoriales, la reforma introducida en dicho precepto legal por la Ley 4/1999 quiso reconducir globalmente la regla de competencia para la declaración de lesividad a tres planos, coincidentes con las tres Administraciones territoriales: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y la Administración Local.

En lo que respecta a la determinación de los órganos de la Administración del Estado competentes para acordar la declaración de lesividad, sigue teniendo plena validez la disposición adicional decimosexta.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), que distingue, a estos efectos, entre la Administración General del Estado y los organismos y entidades públicas dependientes o vinculadas a ella. Dicha disposición adicional preceptúa lo siguiente:

“Serán competentes para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables:

- a) El Consejo de Ministros, respecto de sus propios actos y de los dictados por los Ministros.
- b) En la Administración General del Estado:

Los Ministros, respecto de los actos de los Secretarios de Estado y de los dictados por órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado.

Los Secretarios de Estado, respecto de los actos dictados por los órganos directivos de ellos dependientes.

- c) En los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado:

Los órganos a los que estén adscritos los Organismos, respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de éstos.

Los máximos órganos rectores de los Organismos, respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes.

(...):”

Expuesto el régimen jurídico de la revisión de oficio de los actos administrativos no tributarios en el ámbito de la Administración del Estado, la revisión de oficio de los actos administrativos tributarios en el ámbito de la referida Administración se ha regido siempre por la legislación tributaria. En efecto, la disposición adicional quinta.2 de la LRJ-PAC indica que “la revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma”, remisión que en la fecha de promulgación de la LRJ-PAC debía entenderse hecha a la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, y, actualmente, a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), lo cual pone claramente de manifiesto el designio del legislador de excluir del ámbito de la regulación administrativa general todo lo relativo a la revisión (de oficio y a instancia de parte interesada) de actos administrativos en materia tributaria que, de esta forma, ha de regirse por su normativa específica. Así lo confirma la disposición adicional decimosexta.2 de la LOFAGE, según la cual “la revisión de oficio de los actos administrativos en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma”.

Debiendo, pues, estarse a las previsiones de la LGT, y por lo que respecta a la declaración de lesividad, su artículo 218 dispone que, “en el ámbito de la Administración General del Estado, la declaración de lesividad corresponderá al Ministro de Hacienda” (que, de acuerdo con el artículo 9.2 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el

Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, podrá delegarla).

A la vista de la locución “Administración General del Estado” empleada en el artículo 218.4 de la LGT se suscita la cuestión de si el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas es competente para declarar lesivos los actos administrativos en materia tributaria dictados por las Autoridades Portuarias.

En principio, podría entenderse que, puesto que el artículo 218.4 de la LGT alude a la “Administración General del Estado”, en esta locución no han de considerarse comprendidos las entidades y organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración del Estado, y ello con fundamento en que el artículo 2 de la LRJ-PAC alude en apartados distintos a la “Administración General del Estado” –apartado 1.a)– y a “las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas” –apartado 2–. Ello tendría por consecuencia, acudiendo al tenor literal del artículo 218.4 de la LGT, que no fuera competencia del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas la declaración de lesividad de los actos administrativos en materia tributaria dictados por una entidad u organismo público vinculado o dependiente de la Administración del Estado.

Pues bien, el anterior criterio –incompetencia del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, al tratarse de declaración de lesividad de actos (en materia tributaria) dictados por organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración del Estado– no es atendible, y ello en razón de la ponderación conjunta de las consideraciones que seguidamente se exponen.

1) En primer lugar, las previsiones del artículo 5 de la LGT.

Este precepto dispone lo siguiente:

- “1. A los efectos de esta Ley, la Administración Tributaria estará integrada por los órganos y entidades de derecho público que desarrollen las funciones reguladas en sus títulos III, IV y V .
2. En el ámbito de competencias del Estado, la aplicación de los tributos, el ejercicio de la potestad sancionadora y la función revisora en vía administrativa corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda, en tanto no haya sido expresamente encomendada por Ley a otro órgano o entidad de derecho público.

En los términos previstos en su Ley de creación, dichas competencias corresponden a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, salvo la declaración de nulidad de pleno derecho regulada en el artículo 217 y las reclamaciones económico-administrativas reguladas en el capítulo IV del título V de la presente Ley.

3. Las Comunidades Autónomas y las entidades locales ejercerán las competencias relativas a la aplicación de los tributos y el ejercicio de la potestad sancionadora derivada de dicha aplicación, así como la función revisora en vía administrativa de los actos dictados en el ejercicio de aquellas, con el alcance y en los términos previstos en la normativa que resulte aplicable y su sistema de fuentes.

(...):”

Partiendo de la premisa de que en el concepto de Administración Tributaria están comprendidos órganos y entidades de derecho público que realicen las funciones de aplicación de los tributos, el ejercicio de la potestad sancionadora y la revisión (de actos en materia tributaria) en vía administrativa, deben hacerse las siguientes indicaciones:

- El artículo 5 distingue la Administración Tributaria del Estado (apartado 2) y la Administración Tributaria de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales (apartado 3). En cada una de estas tres Administraciones Tributarias están integrados los



órganos y entidades de derecho público que ejercen las funciones indicadas. Así, y por lo que respecta a la Administración Tributaria del Estado, están integrados en ella los órganos de la Administración del Estado y las entidades públicas vinculadas o dependientes de la misma que ejerzan las repetidas funciones.

- En el ámbito del Estado, esto es, en el ámbito de la Administración Tributaria del Estado (constituida, como se ha dicho, por los órganos de la Administración del Estado y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella que realicen las funciones de aplicación de los tributos, ejerzan la potestad sancionadora y la revisión de actos en vía administrativa), estas tres funciones corresponden por expresa determinación legal (apartado 2, párrafo primero) al Ministerio de Economía y Hacienda (actualmente, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas), salvo que hayan sido expresamente encomendadas por norma con rango de ley a otro órgano o entidad pública.
- Puesto que en el ámbito del Estado o, lo que es igual, en el ámbito de la Administración Tributaria del Estado la función revisora en vía administrativa corresponde al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, salvo que una norma con rango de ley la haya atribuido a otro órgano de la propia Administración del Estado o a una entidad de derecho público vinculada o dependiente de la aludida Administración, las Autoridades Portuarias no tienen como competencia la función revisora de sus actos en materia tributaria, ya que no consta a este Centro Directivo la existencia de una norma con rango de ley que haga expresa y formal atribución (como exige el artículo 5.2, párrafo primero, de la LGT) a las Autoridades Portuarias de la revisión en vía administrativa de sus actos en materia tributaria.

A la vista, pues, de las consideraciones precedentes, ha de concluirse que la locución “Administración General del Estado” que utiliza el artículo 218.4 de la LGT ha de interpretarse inexcusablemente en consonancia con el artículo 5.2 del propio texto legal, esto es, dicha locución ha de ser entendida como “Administración Tributaria del Estado” o como “ámbito de competencias del Estado”, como expresamente dice el artículo 5.2, párrafo primero, de la LGT, comprendiendo, por tanto, dicha locución los órganos de la Administración del Estado y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la propia Administración del Estado con la consecuencia, según lo dicho, de que no corresponde a las Autoridades Portuarias el ejercicio de la potestad revisora de sus actos administrativos en materia tributaria.

- 2) En segundo lugar, cuando la LGT se refiere al procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, para lo que declara competente al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, ya no utiliza la locución “en el ámbito de la Administración General del Estado”, como en el artículo 218.4, sino que emplea la locución “en el ámbito de las competencias del Estado”.

Pues bien, no tendría sentido que para la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho sea competente, sin distinción alguna, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y, en cambio, tratándose de revisión de oficio de actos anulables no sea competente el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas si estos actos hubiesen sido dictados por entidades u organismos públicos dependientes de la Administración del Estado, si se tiene en cuenta: a) la regla, verdaderamente capital, del artículo 5.2 de la propia LGT, antes analizada, que taxativamente atribuye la competencia para la función revisora al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; y b) que esa distinción o diferencia de competencia (Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en todos los casos de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho, Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en los casos de revisión de oficio de actos anulables dictados por la Administración General del Estado y no por los organismos públicos dependientes de ella) sería contraria al designio del legislador de establecer un régimen jurídico uniforme en punto a la revisión de oficio de los actos administrativos en materia tributaria como se deduce claramente de la interpretación de conjunto de la LRJ-PAC (disposición adicional quinta), de la LOFAGE (disposición adicional decimosexta.2) y de la propia LGT (artículo 5).

- 3) En tercer lugar, y como se ha indicado anteriormente, la disposición adicional decimosexta.2 de la LOFAGE reenvía a la normativa tributaria en todo lo relativo a la revisión de oficio de los actos administrativos en materia tributaria. Siendo ello así, carecería de sentido que, acudiendo a la normativa tributaria en la que se regulan con detalle los procedimientos especiales de revisión de actos dictados en materia tributaria y, en concreto, los de declaración de nulidad de pleno derecho (artículo 217) y declaración de lesividad (artículo 218), se llegara al mismo resultado (o casi idéntico) si se aplicase el régimen de la disposición adicional decimosexta de la LOFAGE, y tal es lo que ocurriría si se entendiese que el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas es el competente para la declaración de lesividad de los actos en materia tributaria cuando éstos se dictan por un órgano de la Administración General del Estado y que, en cambio, no lo es cuando el acto se dicta por un órgano de una entidad pública dependiente de la Administración General del Estado.
- 4) En cuarto lugar, el criterio que aquí se mantiene queda confirmado desde otra perspectiva, cual es el régimen competencial de la revisión, a instancia del interesado, de los actos administrativos en materia tributaria (reclamación económico-administrativa) y que se trae aquí a colación como punto de referencia, puesto que, en última instancia, responde al mismo planteamiento que la revisión de oficio: la reforma o la revocación de un acto administrativo en materia tributaria por incurrir en vicio de ilegalidad.

Pues bien, con este carácter de criterio de referencia, debe indicarse que contra los actos de gestión de los tributos realizados por entidades u organismos públicos dependientes de la Administración del Estado han de interponerse las correspondientes reclamaciones económico-administrativas y éstas han de ser resueltas por órganos de la Administración del Estado como son los Tribunales Económico-Administrativos y sin que a esta regla se sustraigan las reclamaciones contra los actos de gestión tributaria dictados por las Autoridades Portuarias. Así, el artículo 226 a) de la LGT dispone que podrá reclamarse en vía económico-administrativa en relación con la materia de aplicación de los tributos que realicen la Administración General del Estado y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la misma. Se demuestra así, una vez más, que es designio del legislador el establecer, desde la perspectiva competencial, un régimen jurídico uniforme: la atribución de la competencia a órganos de la propia Administración del Estado como son los Tribunales Económico-Administrativos abstracción hecha de que el acto de gestión tributaria haya sido dictado por un órgano de la Administración General del Estado o por un órgano de una entidad pública dependiente de la misma.

- 5) En quinto lugar, no puede perderse de vista que el artículo 35.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), al referirse a la revisión de oficio de los actos dictados en materia tributaria por los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias –Consejo de Administración y Presidente, conforme resulta de su artículo 29.a)–, atribuye la competencia para la resolución de los procedimientos de revisión de oficio al Ministro de Hacienda u órgano en quien delegue, según lo dispuesto en la LGT y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma (artículo 35.2. e).

Pues bien, esta norma revela, una vez más, el designio del legislador de atribuir la competencia revisora de los actos administrativos en materia de gestión tributaria al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, y ello pese a dictarse los actos no por un órgano de la Administración del Estado, sino por un órgano de una entidad pública dependiente o vinculada a la Administración del Estado como es una Autoridad Portuaria. En este punto, debe precisarse que la circunstancia de que el artículo 35.2 del TRLPEMM aluda a actos (en materia tributaria) dictados por los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias para atribuir su declaración de lesividad al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y no a los actos (en materia tributaria) dictados por los órganos de gestión de las Autoridades Portuarias carece de relevancia, pues no tendría sentido que, tratándose de actos administrativos en materia tributaria, la regla de competencia del Ministro de Hacienda y Administraciones

Públicas quebrase cuando el órgano que dictó el acto fuese un órgano de gestión de una Autoridad Portuaria.

En conclusión, y por razón de todas las razones expuestas, el órgano competente para resolver una declaración de lesividad de un acto administrativo en materia tributaria dictado por el Director de una Autoridad Portuaria es el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

- III -

La segunda cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo consiste en determinar la competencia para iniciar y tramitar el procedimiento de declaración de lesividad.

Debiendo estarse, por expresa remisión de la disposición adicional decimosexta. 2 de la LOFAGE a la normativa tributaria, se observa la existencia, en el extremo de que ahora se trata y por lo que respecta a las Autoridades Portuarias, de una laguna legal en la determinación del órgano competente para iniciar y tramitar el procedimiento de declaración de lesividad cuando se trate de actos administrativos en materia de gestión tributaria dictados por los órganos de gestión de las Autoridades Portuarias (como son los Directores de estas entidades públicas).

En efecto, el artículo 7 del Reglamento General de desarrollo de la Ley 57/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, dispone que "el procedimiento de declaración de lesividad de actos anulables se iniciará de oficio mediante acuerdo del órgano que establezca la norma de organización específica, a propuesta del órgano que dictó el acto o de cualquier otra de la misma Administración Pública." Pues bien, no existe en la normativa portuaria un precepto que determine a qué órgano corresponde acordar la iniciación de oficio del procedimiento de declaración de lesividad de actos anulables en materia tributaria dictados por el órgano de gestión de la respectiva Autoridad Portuaria.

Esta laguna legal ha de colmarse, a juicio de este Centro Directivo, al apreciarse identidad de razón, mediante la aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) de la previsión contenida en el artículo 35.2.b) del TRLPEMM, según el cual en los supuestos de actos dictados en materia tributaria por los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias los procedimientos podrán iniciarse por acuerdo del órgano que dictó el acto, de oficio o a instancia de persona interesada, o por orden del Ministro de Fomento, de oficio o por petición razonada del Consejo Rector de Puertos del Estado.

La tramitación del procedimiento, aplicando analógicamente de nuevo el artículo 35.2.b) TRLPEMM, corresponde al Ministerio de Fomento, que habrá de remitir el expediente tramitado a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, órgano al que le corresponderá la formulación de la propuesta de resolución del procedimiento de declaración de lesividad, según resulta del artículo 19.1.k) del Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, que aprueba la estructura orgánica del Ministerio. La Secretaría General Técnica de dicho Departamento ministerial recabará el preceptivo informe a la Abogacía General del Estado (artículo 8.5 de Real Decreto 520/2005) y remitirá el expediente al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para su resolución (salvo que esta competencia haya sido delegada por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas).

- IV -

Se recaba, por último, el parecer de este Centro Directivo en cuanto al órgano competente para la incoación, tramitación y resolución de un procedimiento de declaración de lesividad

de un acuerdo dictado por el Director de una Autoridad Portuaria en el ámbito de sus propias competencias en materia no tributaria.

Comenzando por la determinación del órgano competente para declarar la lesividad de estos actos administrativos en materia no tributaria, resulta claro que la competencia correspondería al Consejo de Administración de la propia Autoridad Portuaria, por el juego combinado del artículo 103.3 de la LRJ-PAC y de la disposición adicional decimosesta.1. c), último párrafo, de la LOFAGE.

El artículo 103.3 de la LRJ-PAC, con una referencia global a la Administración General del Estado, en la que habría que integrar, como ya se ha expuesto, a los organismos públicos adscritos a la misma, señala que la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente. Por su parte, la disposición adicional decimosesta.1.c) de la LOFAGE concreta ese órgano cuando se trate de actos dictados por los organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado, estableciendo en su último párrafo que corresponderá a los máximos órganos rectores de los organismos, respecto de los actos dictados por los órganos de ellos dependientes. Dada la indudable dependencia del Director, como órgano de gestión, del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, que nombra al mismo (artículo 33.1 del TRLPEMM), resulta indudable la competencia del indicado Consejo para declarar la lesividad de los actos dictados por el Director en el ámbito de sus propias competencias en materia no tributaria.

A dicho Consejo de Administración, como órgano competente para resolver, le corresponde también acordar la iniciación del procedimiento de lesividad de esos actos (artículo 30.5.o del TRLPEMM). En cuanto a la tramitación, corresponderá también al propio Consejo de Administración, aunque podría delegarla en su Presidente (artículo 31.2.g del TRLPEMM).

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** El órgano competente para la declaración de lesividad de un acto administrativo en materia tributaria dictado por el Director de una Autoridad Portuaria es el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

**Segunda.-** La iniciación del procedimiento de lesividad de actos administrativos en materia tributaria dictados por el Director de una Autoridad Portuaria corresponde a los órganos mencionados en el artículo 35.2.b) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre. La tramitación del procedimiento corresponde al Ministerio de Fomento.

**Tercera.-** El órgano competente para declarar la lesividad de los actos administrativos no tributarios dictados por el Director de una Autoridad Portuaria es el Consejo de Administración de dicha Autoridad.

**Cuarta.-** La iniciación del procedimiento de declaración de lesividad de actos administrativos no tributarios corresponde al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria. La tramitación del procedimiento corresponde al propio Consejo que, no obstante, podrá delegarla en su Presidente.

## **178.- Informe sobre la posible declaración de lesividad de la resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería por la que se autorizó el pago a X,S.A. de una determinada cantidad en concepto de tarifas portuarias.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posible declaración de lesividad de la resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería. Análisis de la declaración de lesividad como acto administrativo que actúa de presupuesto procesal en los recursos contenciosos-administrativos. Exámen de los requisitos que han de concurrir para que sea procedente la declaración de lesividad: Lesión de intereses públicos y disconformidad con el Ordenamiento Jurídico. Exámen de la prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos y la prescripción a obtener las devoluciones de ingresos indebidos.

### **A.E. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 14/15 (R- 453/2015)**

**Fecha:** 13 de julio de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posible declaración de lesividad de la resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería de 21 de mayo de 2014 por la que autorizó el pago a X, S.A. de la cantidad de 151.153,75 euros, en concepto de tarifa portuaria T-3, en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 1869/99, 2304/99 y 2700/99. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue.

### **ANTECEDENTES**

Primero.- Expone la propuesta de resolución que obra en el expediente remitido los antecedentes de la cuestión planteada en los siguientes términos:

“1.- Con fechas 28 de febrero, 27 de marzo y 25 de abril de 2007, el Ministerio de Fomento resolvió cinco recursos de alzada, de los llamados ‘per saltum’ (art. 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) interpuestos por X, S. A., contra liquidaciones practicadas por varias Autoridades Portuarias, entre ellas, la entonces Autoridad Portuaria de Almería-Motril, en concepto de tarifas por servicios portuarios prestados. Estas resoluciones correspondían a los expedientes 2304/99 (Resolución de 28 de febrero de 2007); 1869/99 y 2709/99 (Resoluciones de 27 de marzo de 2007); y 1385/99 y 1700/99 (Resoluciones de 25 de abril de 2007).

En dichas resoluciones el Ministerio de Fomento estimó en parte los recursos interpuestos, declarando nulas las liquidaciones recurridas en cada uno de ellos como consecuencia de la nulidad de la Orden Ministerial que daba cobertura a estas liquidaciones por vulneración del principio de reserva de Ley, obligando a las Autoridades Portuarias afectadas a practicar nuevas liquidaciones en los términos previstos en el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las organizaciones empresariales y del sistema portuario.

El Ministerio de Fomento procedió a realizar la notificación de las Resoluciones recaídas en los expedientes 1869/99, 2304/99 y 2709/99, al domicilio señalado por la entidad recurrente (D. XXX ... , C/ ....., 7-2º Madrid), por correo certificado con acuse de recibo. Intentada la entrega de las mismas, el Servicio de Correo devolvió la documentación al remitente, figurando en los avisos de recibo 'desconocido/a' como causa de la no entrega. En estos recibos aparece, además, la firma y número de identificación del empleado de Correos y la fecha del intento de notificación de cada una de ellas (20 de marzo de 2007 (2304/99), 9 de abril de 2007 (1869/99) y 10 de abril de 2007 (2709/99)).

Mediante oficios de fechas 25 de abril y 4 de mayo de 2007, el Ministerio de Fomento procedió a remitir las aludidas notificaciones, junto con otras que también resultaron infructuosas, a Puertos del Estado con el fin de que fueran entregadas a los interesados si su domicilio fuese conocido por ese organismo.

Puertos del Estado procedió a efectuar la notificación de estas tres Resoluciones junto con otras en las que la recurrente era X, S.A., a la dirección que le constaba como delegación de esa compañía en Madrid (Av. ....., en Madrid), figurando el 21 de mayo de 2007 en el acuse de recibo correspondiente como fecha de recepción.

2.- La Sala Primera del Tribunal Constitucional en Sentencia 74/2010, de 18 de octubre (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010), declaró inconstitucional y nulo el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, en la redacción dada al mismo por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio.

3.- Mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2011, presentado en Correos el 7 siguiente, dirigido a la Autoridad Portuaria de Motril, X, S.A. solicitó 'la devolución de los ingresos indebidos correspondientes a las liquidaciones de tarifas practicadas por esa Autoridad Portuaria, declaradas nulas por virtud de sendas Resoluciones que se adjuntan a este escrito: Las Resoluciones adjuntas, según se acredita en el anexo al documento nº 1 del expediente, eran las de 25 de abril de 2007 (expedientes 1385/99 y 1700/99).

En este punto debe señalarse que, por Real Decreto 940/2005, de 1 de agosto, la Autoridad Portuaria de Almería-Motril se segregó en las Autoridades Portuarias de Motril y de Almería y que las liquidaciones recurridas por X correspondían a servicios prestados en el Puerto de Almería, por lo que la Autoridad Portuaria de Motril reenvió el citado escrito a la Autoridad Portuaria de Almería.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2011, presentado en Correos ese mismo día, dirigido a la Autoridad Portuaria de Almería, X, S.A. manifestó que su anterior solicitud de devolución, de fecha 6 de mayo, 'se refiere a la totalidad de cantidades indebidamente percibidas por esa Autoridad Portuaria por el concepto indicado, sin que quepa limitar su importe a las declaradas nulas por virtud de Resoluciones que adjuntábamos al referido escrito.'

Asimismo, mediante escrito de fecha 21 de noviembre de 2011, con fecha de registro en el Servicio de Correos de 30 de noviembre, X, S.A. reiteró la solicitud realizada en sus anteriores escritos.

4.- Con fecha 17 de marzo de 2014, X, S.A. acusó recibo a la Autoridad Portuaria de Almería del pago del importe de 134.404,14 euros en concepto de ejecución de las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Fomento en los expedientes 1385/99 y 1700/99, advirtiendo que quedaban pendientes de abono las cantidades correspondientes a otros tres expedientes: 2304/99 (Resolución de 28 de febrero de 2007), 1869/99 (Resolución de 27 de marzo de 2007) y 2709/99 (Resolución de 27 de marzo de 2007).

5.- Con fecha 3 de abril de 2014, la Autoridad Portuaria de Almería solicitó a Puertos del Estado la devolución de los expedientes 2304/99, 1869/99 y 2709/99, con el fin de identificar las liquidaciones impugnadas y su importe para atender la solicitud presentada por X, S.A..

En contestación a este requerimiento, Puertos del Estado remitió a la Autoridad Portuaria copia de los citados expedientes adjuntando, asimismo, copia del resguardo de la notificación de las Resoluciones del Ministerio de Fomento dictadas en esos expedientes, realizada a X, S.A el 21 de mayo de 2007, a efectos del cómputo del plazo de prescripción.

6.- Con fecha 21 de mayo de 2014, la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería autorizó el abono de la cantidad de 151.153,75 euros a X (83.142,44 euros correspondían al principal de la deuda y 68.011,31 euros correspondían a intereses), en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 1869/99, 2304/99 y 2709/99. El abono se realizó con fecha 23 de mayo de 2014.

7.- Con fecha 26 de mayo de 2014, la Autoridad Portuaria de Almería solicitó a Puertos del Estado el pago de los 68.011,31 euros en concepto de intereses abonados a X, S.A..

En este sentido, debe apuntarse que la obligación de pago por parte de las Autoridades Portuarias en cumplimiento de las resoluciones anulatorias de liquidaciones practicadas por las mismas como consecuencia de la nulidad de la Orden de tarifas (acto expreso del Ministerio de Fomento y no de las respectivas Autoridades Portuarias) que le sirve de cobertura deriva, desde el punto de vista jurídico, como ha declarado el Tribunal Constitucional, de un supuesto de responsabilidad del Estado legislador, habiendo declarado reiteradamente ese Tribunal la falta de encaje constitucional de la conversión de las tasas portuarias en precios privados que se llevó a cabo en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Estos supuestos de responsabilidad están actualmente consagrados en el artículo 139.3 de la LRJAP-PAC.

Por este motivo, desde Puertos del Estado se tramitaron cuatro créditos, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para hacer frente a la devolución de las cantidades correspondientes a las sentencias y resoluciones administrativas firmes y no prescritas que obligaban a la devolución con intereses de las cantidades satisfechas por las tarifas portuarias, así como un suplemento de crédito aprobado con cargo al Fondo de Contingencia de 2005, destinado exclusivamente al pago de intereses.

Al no estar incluidos los importes correspondientes a las liquidaciones anuladas en virtud de las resoluciones recaídas en los expedientes 1869/99, 2304/99 y 2709/99 en las solicitudes que la Autoridad Portuaria tramitó en su momento, ésta procedió a solicitar a Puertos del Estado el pago del importe abonado a X, S.A. en concepto de intereses, con cargo al suplemento de crédito de 2005 destinado exclusivamente al pago de intereses, para lo cual remitió la documentación correspondiente, según el procedimiento establecido a tal fin.

8.- Con fecha 24 de junio de 2014, Puertos del Estado comunicó a la Autoridad Portuaria de Almería que las Resoluciones relativas a los referidos expedientes 2304/99, 1869/99 y 2709/99 estaban prescritas por lo que no procedía su abono, ya que la notificación de las mismas a X, S.A. se realizó el 21 de mayo de 2007 y la solicitud de X, S.A. de devolución de ingresos indebidos referida a esos expedientes se realizó el 26 de mayo de 2011, transcurrido el plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos que establece el artículo 66.d) de la LGT.

Con fecha 1 de agosto de 2014, la Autoridad Portuaria de Almería procedió a solicitar a X, S.A. la devolución de las cuantías indebidamente satisfechas por el referido motivo.

9.- En sesión de 27 de marzo de 2015, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Almería acordó remitir el expediente de declaración de lesividad por pago indebido de cantidad a X, S.A. en concepto de tarifas portuarias T-3 en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 1869/99, 2304/99 y 2709/99, al órgano competente a través de Puertos del Estado, a los efectos de sustanciar la tramitación correspondiente.

Mediante escrito de la Autoridad Portuaria de Almería de 30 de marzo de 2015, recibido por X, S.A. el 8 de abril de 2015, se concedió a esta entidad trámite de audiencia para que pudiera

aportar cuantas alegaciones, documentos y justificaciones estimase oportunas. Con fecha 20 de abril, X, S.A. presentó escrito de alegaciones.

10.- Con fecha 22 de abril de 2015, tuvo entrada en Puertos del Estado el expediente de declaración de lesividad por pago indebido de cantidad en concepto de tarifas portuarias T-3 a X, S.A. en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 1869/99, 2304/99 y 2709/99, junto con el escrito de alegaciones presentado por X, S.A., con el fin de impulsar su correspondiente tramitación.

Requerido por parte de Puertos del Estado el acuerdo de incoación del procedimiento de declaración de lesividad, la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería, con fecha 30 de abril de 2015, acordó iniciar el expediente de declaración de lesividad por pago indebido de cantidad en concepto de tarifas portuarias T-3 a X, S.A. (expedientes 1869/99, 2304/99 y 2709/99). Dicho acuerdo fue notificado a X, S.A. el 4 de mayo de 2015, concediéndole nuevo trámite de audiencia.

11.- Con fecha 25 de mayo de 2015, tuvo entrada en Puertos del Estado escrito de la Autoridad Portuaria de Almería remitiendo el citado acuerdo de incoación, así como la documentación acreditativa del trámite de audiencia realizado sin que a esa fecha se hubieran recibido alegaciones por parte de X, S.A..

12.- Con fecha 29 de mayo de 2015, emitió informe el ente público Puertos del Estado, en el que se concluye que: ‘...se estima que existe fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad de la resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería, de 21 de mayo de 2014, por la que se autorizó el pago a X, S.A. de la cantidad de 151.153,75 euros.’

13.- Con fecha 17 de junio de 2015, la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, remitió el expediente a la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”

Segundo.- Con fecha 18 de junio de 2015 el Secretario General Técnico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas solicita, de acuerdo con los artículos 1.3.d) y 3.1.a) del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, informe a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la posible declaración de lesividad de la Resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería de 21 de mayo de 2014 reseñada en el encabezamiento del presente informe, adjuntando la propuesta de resolución oportuna.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que “cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”

Por su parte, el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) dispone, en su redacción vigente (dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que “las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.” En el mismo sentido, y por lo que se refiere a la esfera tributaria, en la que se insertan las liquidaciones a que se refiere el presente informe, el artículo 218.1, párrafo segundo, de la Ley 58/2003,



de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) dispone que “la Administración tributaria podrá declarar lesivos para el interés públicos sus actos y resoluciones favorables a los interesados que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa.”

De los preceptos legales citados resulta que la declaración de lesividad se configura en nuestro Derecho como un acto administrativo que es requisito o presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración del Estado, en los casos en que la misma se proponga actuar como parte demandante en recursos contencioso-administrativos dirigidos contra sus propios actos declarativos de derechos (sentencias de 20 de enero de 1936, 27 de marzo de 1957 y 21 de marzo de 1961, entre otras). Sus efectos se centran, por tanto, en legitimar activamente a la Administración que demanda la anulación de sus propios actos, y, consiguientemente, en autorizar la interposición, admisión y tramitación del recurso contencioso-administrativo por ella promovido, sin perjuicio, como es natural, de las facultades del Tribunal competente para declarar si el acto impugnado es o no conforme a Derecho, y si realmente produce los efectos perjudiciales alegados por la Administración recurrente.

- II -

Para determinar, con carácter general, si procede o no la declaración de lesividad es preciso detenerse en el examen de los requisitos que a tales efectos deben concurrir en un acto administrativo.

El artículo 43 de la LJCA exige, en primer lugar, y como ya quedó señalado, que el acto lesione los intereses públicos. A esta primera exigencia ha de unirse un segundo requisito, imprescindible para que sea procedente la declaración de lesividad. Este segundo requisito consiste en la ilegalidad del acto, esto es, en que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea nula de pleno derecho o anulable, conforme a lo establecido por los artículos 62 y 63, respectivamente, de la LRJ-PAC, si bien debe advertirse que cuando el acto sea nulo de pleno derecho, según dictamen en tal sentido del Consejo de Estado, la Administración podrá por sí misma anularlo de oficio, sin necesidad de la previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 102 de la LRJ-PAC).

Aunque el artículo 43 de la antes mencionada LJCA destaque singularmente el requisito de la lesión, la exigencia del segundo presupuesto —la desconformidad del acto con el ordenamiento jurídico— se desprende con toda claridad de los principios básicos que informan nuestro sistema de justicia administrativa, así como de diversos preceptos concretos del articulado de la propia LJCA (cfr. entre otros, los artículos 31, 70 y 71). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido de manera reiterada, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 23 de marzo de 1993, en la que claramente afirma que el sólo hecho de resultar gravoso para la Administración la eficacia de un acto administrativo (en el caso se trataba de una expropiación) no concurriendo ningún tipo de irregularidad invalidante, no puede ser causa suficiente para declarar la lesividad del acto.

- III -

Pasando al examen del caso sobre el que se informa, debe indicarse que ya bajo la vigencia de la LJCA de 1956 parte de la doctrina científica consideraba superado el requisito clásico de la doble lesión, jurídica y económica, bastando, a juicio de dicha doctrina, que el acto incurriese en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pudiera ser declarado lesivo y anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Este mismo criterio venía sosteniéndose por un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Alto Tribunal de 22 de enero de 1988 (Ar. 326) declara que “todo lo cual supone la infracción de un bloque normativo que a tenor

de la jurisprudencia caracteriza la lesividad regulada en el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque de la propia literalidad del precepto se deduce que la lesión a los intereses públicos no ha de ser necesariamente económica, sino que puede serlo también de otra naturaleza, en cuya consideración ha evolucionado la Jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de acoger criterios más amplios que le llevan a declarar que la pretensión anulatoria de lesividad puede estar motivada por el mero propósito de regularizar jurídicamente el acto causado con manifiesta vulneración de normas de derecho necesario." En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 3 de diciembre de 1987 al señalar que "la más progresiva doctrina jurisprudencial no exige que la lesión tenga que traducirse necesariamente en una estimación económica, bastando la vulneración del Derecho" y las de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1465) y 6 de junio de 1995 (Ar. 4944) al declarar que "en la actualidad ha desaparecido la exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal como este Tribunal ha declarado en sus sentencias de 14 de marzo de 1980 y 22 de enero de 1988." Este criterio doctrinal y jurisprudencial ha venido a encontrar refrendo legal en la vigente LJCA, habida cuenta de que su artículo 43 ha suprimido la alusión que el artículo 56 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 hacía al carácter de la lesión de los intereses públicos ("de carácter económico o de otra naturaleza").

Es por todo ello por lo que tiene la máxima importancia determinar si la Resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería de 21 de mayo de 2014 reseñada en el encabezamiento del presente informe incurre en infracción del ordenamiento jurídico.

#### - IV -

Tal y como se indica en el fundamento de derecho tercero de la propuesta de resolución, la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería inició el procedimiento de declaración de lesividad de su resolución de 21 de mayo de 2014, por entender que concurría causa de anulabilidad del artículo 63 de la LRJAP-PAC, al no resultar procedente la devolución a X, S.A. de los importes correspondientes a las liquidaciones por tarifa T-3 anuladas por las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 2304/99, 1869/99 y 2709/99, al haberse superado el plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos. En este sentido, la Autoridad Portuaria de Almería sostiene que, dado que la notificación de estas resoluciones se realizó con fecha 21 de mayo de 2007 y que la solicitud de X, S.A. fue registrada por el Servicio de Correos el día 26 de mayo de 2011, resulta claro que transcurrió el plazo de cuatro años previsto en el artículo 66.d) de la LGT, al no constatarse la existencia de actos interruptivos del mismo.

Según afirma la Autoridad Portuaria, la resolución autorizando el pago y cuya anulación se pretende se adoptó al entender, por error, que el escrito de solicitud de devolución de cantidades abonadas indebidamente por la tarifa T-3 de fecha 6 de mayo de 2011 se refería también a las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 2304/99, 1869/99 y 2709/99. Sin embargo, tal y como se recoge en los antecedentes, dicha solicitud se refería únicamente a las resoluciones del Ministerio de Fomento de 25 de abril de 2007 (expedientes 1385/99 y 1700/99). La devolución de los importes correspondientes a las liquidaciones anuladas mediante las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 2304/99, 1869/99 y 2709/99 se solicitó en el escrito registrado el 26 de mayo de 2007, en el que la interesada solicitaba la devolución de "la totalidad de las cantidades indebidamente percibidas por la Autoridad Portuaria por el concepto indicado".

#### - V -

Centrada así la cuestión, deben analizarse las alegaciones de X, S.A. sobre el particular.

La citada entidad, si bien no formuló alegaciones en el trámite concedido al efecto tras la incoación formal del expediente por la Presidenta de la Autoridad Portuaria el 30 de abril de 2015,

sí lo hizo de forma previa al inicio del mismo, en escrito presentado el 22 de abril del mismo año, oponiéndose a la existencia de la prescripción invocada por la citada Presidenta como base de la lesividad del acuerdo de devolución de fecha 21 de mayo de 2014, por tres razones:

- a) No consta que las tres resoluciones del Ministerio de Fomento, parcialmente estimatorias en parte de los recursos per saltum formulados, fueran notificadas en la fecha que se da por supuesta debido a la falta de virtualidad y fehaciencia del acuse de recibo de la notificación efectuada.
- b) La supuesta notificación realizada de las tres resoluciones no se realizó en el lugar específicamente destinado al efecto, en contra de lo dispuesto en el artículo 59.2 de la LRJ-PAC.
- c) El indebido cómputo del plazo de prescripción, planteando dos alternativas que, en cualquier caso, determinarían que la solicitud de devolución no estuviera prescrita.

## - VI -

Comenzando con los supuestos defectos en la notificación de las tres resoluciones del Ministerio de Fomento, este Centro Directivo hace suyas las consideraciones que se recogen al respecto en la propuesta de resolución remitida que, sin citarla, tiene en cuenta una constante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la finalidad propia de las normas sobre notificaciones y las consecuencias, en su caso, de su incumplimiento. En ese sentido, baste recordar que la finalidad de las notificaciones es llevar a conocimiento de los interesados los actos y resoluciones, con objeto de que estos puedan defender convenientemente sus derechos e intereses. Por ello, sólo afectan a la validez de las notificaciones aquellos defectos que lesionan el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sancionado en el artículo 24.1 de la Constitución Española (sentencias del Tribunal Constitucional nos 155/1989, de 5 de octubre, FJ 2; 59/1998, de 16 de marzo FJ 3; y 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 17 de febrero de 2014, entre otras).

Pues bien, como se indica en el fundamento de derecho cuarto de la propuesta de resolución remitida a este Centro Directivo, la notificación de las resoluciones del Ministerio de Fomento tuvo lugar el 21 de mayo de 2007, a través del Servicio de Correos, objetándose, en primer lugar, por X, S.A. que no se hizo indicación en el acuse de recibo del cargo, razón de permanencia en el lugar o relación del firmante del documento con el destinatario, exigencia recogida en el antiguo artículo 271.2 del Reglamento de los Servicios de Correos, aprobado por Decreto 1653/1964, pero no en el artículo 41.3 del Reglamento en vigor, aprobado por Real Decreto 1829/1999. A mayor abundamiento, y como sigue diciendo la propuesta de resolución, en el mismo acuse de recibo se estampó el sello de entrada de la empresa con la fecha de recepción por la misma, habiendo sido considerada correcta la notificación así efectuada, aunque no se identifique al empleado, por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como la sentencia de 25 de abril de 2000, citada en la propuesta. Ningún comentario adicional merece la alegación de la empresa relativa a la realización de un solo envío para las tres resoluciones o el empleo de etiquetas adhesivas que, en absoluto, desvirtúan la plena validez de la notificación.

Pasando ya a la alegación relativa a la falta de realización de la notificación de las resoluciones en el lugar específicamente destinado al efecto, contraviniendo así, a juicio de la entidad interesada, lo dispuesto en el artículo 59.2 de la LRJ-PAC, baste poner de manifiesto- la innecesariedad de tener presente lo dispuesto en el segundo párrafo del citado artículo, que obliga a una repetición de la notificación tres días después del intento previo y en hora distinta en el mismo domicilio, pues la exigencia en cuestión está prevista únicamente cuando, siendo conocido el domicilio del interesado, no pudiera hacerse cargo nadie de la notificación, haciéndose constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación.

En el presente caso, la primera notificación realizada por el Ministerio de Fomento fue infructuosa en el domicilio indicado para notificaciones por la empresa, siendo devuelto el envío por el Servicio de Correos por “desconocido”, lo que determinó, de acuerdo con el artículo 43.c) del

vigente Reglamento del Servicio de Correos, que no fuera necesario ya un segundo intento de entrega.

Ello trajo como consecuencia que, por aplicación directa de las previsiones del propio artículo 59.2, primer párrafo, de la LRJ-PAC, se practicara la notificación en cualquier lugar adecuado y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de ese artículo. Ese lugar no fue otro que la dirección correspondiente a las oficinas de la empresa (Avda. .... Madrid) cuya realidad no fue negada en momento alguno por su representante, realizándose la misma por Puertos del Estado, ente público adscrito al Ministerio de Fomento, a petición de este último, dada la evidente relación de dicho ente con el objeto del recurso. No existe, por otro lado, precepto alguno que impida al Ministerio recabar la colaboración del ente público indicado con el fin de conseguir la notificación de las resoluciones de unos recursos administrativos interpuestos ante el Departamento ministerial el mismo contra unas liquidaciones dictadas por las Autoridades Portuarias.

Deben rechazarse, por tanto, las alegaciones de la empresa en este punto.

## - VII -

La entidad interesada invoca como alegación de fondo el indebido cómputo del plazo de prescripción, planteando dos alternativas que, en cualquier caso, determinarían que la solicitud de devolución no estuviera prescrita.

Por un lado, afirma que “procede la aplicación de los artículos 66.c) y 67 de la LGT según los cuales, el plazo de cuatro años para ‘solicitar’ la devolución de ingresos indebidos comienza a computarse desde el día siguiente a aquél en que la devolución pudo solicitarse o que adquiriera firmeza la resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado”.

En este punto, X, S.A. alega que los recursos interpuestos ante el Ministerio de Fomento son recursos ordinarios ante un órgano distinto del que practicó la liquidación que se anula, por lo que el Ministerio de Fomento no devuelve el ingreso, sino que anula la liquidación y comunica la resolución a las Autoridades Portuarias afectadas para que procedan a practicar la re-facturación de la deuda, pero que, por virtud de determinadas sentencias posteriores del Tribunal Constitucional, resultó imposible. Es decir, que el Ministerio de Fomento no generó un automático derecho a obtener la devolución, sino que ésta ha de ser solicitada por el interesado, de forma que lo que existe en este caso es un derecho a solicitar la devolución, no un derecho a obtener la devolución. Así, el plazo de prescripción comenzaría a correr, en virtud del artículo 66.c) de la Ley 58/2003, de 17 de noviembre, General Tributaria (LGT) “desde el día siguiente a aquel en que adquiriera firmeza la sentencia o resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado o resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado”, o lo que es lo mismo, a los dos meses de la notificación de las resoluciones del Ministerio de Fomento en cuestión, al no haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional frente a las mismas, por lo que a esa fecha devinieron firmes y consentidas.

Por otro lado, sostiene que, en cualquier caso, no se puede considerar el 21 de mayo de 2007 como día a quo de la prescripción del derecho a la devolución.

X alega en este sentido que las resoluciones del Ministerio de Fomento no sólo no ordenan la devolución de ingresos, sino que expresamente indican el deber de las Autoridades Portuarias de proceder a la práctica de nuevas liquidaciones “en los términos previstos en el apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, en la redacción dada a este precepto por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio”.

Sin embargo, la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción que le dio la disposición final segunda de la Ley 25/2006, fue anulada por el Tribunal Constitu-

cional en su sentencia nº 74/2010, de 18 de octubre (publicada en el BOE el 18 de noviembre de 2010), desapareciendo para la Autoridad Portuaria la posibilidad de refacturar y, por lo tanto, la única posibilidad para cumplir las resoluciones del Ministerio de Fomento era proceder a la devolución de los importes recibidos por las liquidaciones anuladas. Por lo que X, S.A. concluye que “el 18 de noviembre de 2010, fecha de publicación en el BOE de la STC 74/2010 –cfr. art. 38.1 LOTC– nació el derecho a la devolución íntegra de la tarifa pagada, insusceptible ya de refacturación y, por tanto, ese día comenzó a correr el plazo de prescripción de 4 años para solicitar la devolución”.

Pues bien, dando respuesta a las alegaciones de la repetida sociedad, se exponen a continuación los motivos por los que en este supuesto debe aplicarse, en contra de lo alegado por X, S.A., el apartado d) del artículo 66 de la LGT y no el apartado c) y debe considerarse el 21 de mayo de 2007 como dies a quo del plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución.

La LGT distingue en su artículo 66 entre la prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos (apartado c) y la prescripción del derecho a obtener las devoluciones de ingresos indebidos (apartado d).

Por su parte, el artículo 221.2 de la LGT dispone que “cuando el derecho a la devolución se hubiera reconocido mediante el procedimiento previsto en el apartado 1 de este artículo o en virtud de un acto administrativo o una resolución económico-administrativa o judicial, se procederá a la ejecución de la devolución en los términos que reglamentariamente se establezcan”. A nivel reglamentario, el artículo 20 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, preceptúa que “reconocido el derecho a la devolución mediante cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo 15 o cuando mediante ley se declare la condonación de una deuda o sanción, se procederá a la inmediata ejecución de la devolución”; finalmente, el artículo 15.1.c) del citado Real Decreto 520/2005 dispone que el derecho a la devolución de ingresos indebidos podrá reconocerse, entre otros casos: “en virtud de la resolución de un recurso administrativo o reclamación económico-administrativa o en virtud de una resolución judicial firme”.

La diferencia entre el reconocimiento del derecho a la devolución del ingreso indebido y la ejecución de la devolución está presente, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995, como lo está, obviamente, en la propia LGT (art. 221) y en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que se refiere de forma independiente al procedimiento para el reconocimiento de ese derecho (Sección 2ª del Capítulo V –artículos 17 a 19–) y a la ejecución de la devolución (Sección 3ª del mismo Capítulo –artículo 20–).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995 se reconoce claramente la compensación como forma de ejecución de la devolución de ingresos indebidos consecuencia de la previa anulación de una liquidaciones provisionales ingresadas y se distingue “(...) entre el procedimiento de reconocimiento del derecho a la devolución de los ingresos indebidos, que debe culminar siempre por razones jurídicas y de congruencia lógica, en el acuerdo de devolución de la totalidad de las cantidades ingresadas indebidamente, y el procedimiento de ejecución que puede desembocar en el pago en dinero del total, o en la extinción por compensación de la parte concurrente de los créditos y débitos si éstos estuvieran ya liquidados, y el pago en dinero del exceso, si lo hubiere”.

La distinción que establece el Tribunal Supremo en dicho fallo es plenamente aplicable en el caso suscitado y permite diferenciar entre el derecho a obtener la devolución del ingreso indebido, que nace cuando se dictan las oportunas resoluciones del Ministerio de Fomento, que anulan las correspondientes liquidaciones, y la ejecución de la devolución que puede efectuarse mediante compensación entre lo indebidamente ingresado y el débito que, en su caso, nazca a favor de la Autoridad Portuaria al efectuar la refacturación.

El hecho cierto de que la Autoridad Portuaria, en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento, tuviera que efectuar una nueva liquidación y compensación, en los términos

previstos en la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción dada a la misma por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, no afecta al reconocimiento del derecho a la devolución del ingreso indebido, que se sitúa en el momento en que se dicta la resolución que anula la liquidación, sino que afecta, en su caso, a la forma en que tal devolución debe llevarse a cabo, que es la compensación con la cantidad que, en su caso, resulte de la nueva liquidación que se practique al amparo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999.

La diferencia entre el derecho a solicitar la devolución de un ingreso indebido y el derecho a obtener la devolución de un ingreso indebido tiene, como no podía ser de otra forma, reflejo en materia de prescripción, ya que el primer caso es el recogido en el artículo 66.c) de la LGT, teniendo el plazo de prescripción como dies a quo los indicados en el artículo 67.1, párrafo cuarto, en tanto que el segundo caso queda recogido en el artículo 66.d) de la propia LGT teniendo el plazo de prescripción como dies a quo los indicados en el artículo 67.1, párrafo último, distintos de los anteriores.

En el caso a que se refiere el presente informe se trata de un supuesto de reconocimiento del derecho a la devolución en virtud de tres resoluciones administrativas –artículo 221.2 LGT y artículo 15.1.c) Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo–, por lo que resulta de aplicación el artículo 66.d) de la LGT y no el artículo 66.c) de este texto legal.

Si bien es cierto que la parte dispositiva de las tres resoluciones del Ministerio de Fomento únicamente declaran nulas y dejan sin efecto las liquidaciones giradas, ordenando la práctica de nuevas liquidaciones, lo cierto es que implícitamente está reconociendo el derecho a la devolución de ingresos indebidos de la sociedad interesada, consecuencia automática de la anulación de las liquidaciones y del previo ingreso de las mismas en su momento, aunque trate de neutralizar el efecto derivado de esa devolución con la práctica de nuevas liquidaciones por el mismo importe y por la aplicación, como medio extintivo de la devolución tributaria, de la figura de la compensación.

En buena técnica jurídica, la anulación de un acto de liquidación tributaria cuando este último ha dado lugar a un ingreso supone el reconocimiento del derecho a la devolución del ingreso realizado, al margen de las fórmulas para ejecutar o llevar a efecto esa devolución y de que, por ministerio de la ley y para un caso muy singular, se haya previsto una fórmula que posibilita que las liquidaciones anuladas puedan ser nuevamente exigidas mediante la práctica de nuevas liquidaciones, de conformidad con lo determinado en la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción dada a la misma por la Ley 25/2006, de 17 de julio.

Tratándose de un supuesto de reconocimiento al derecho de devolución de un ingreso indebido, para determinar el dies a quo del cómputo del plazo de cuatro años de prescripción del derecho a obtener la devolución del artículo 66.d) LGT ha de estarse necesariamente al art. 67.1, último párrafo, de la propia LGT que establece que dicho plazo empezará a contarse “desde el día siguiente a la fecha de notificación del acuerdo donde se reconozca el derecho a percibir la devolución...”. Por lo tanto, habrá que estar a la fecha de notificación a la interesada de las tres resoluciones del Ministerio de Fomento que anularon las liquidaciones para determinar si ha transcurrido el plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución.

Sobre esta base, como ya se ha expuesto, el hecho de que la Autoridad Portuaria no practicara una nueva liquidación seguida de la oportuna compensación, no afecta al nacimiento del derecho a obtener la devolución del ingreso indebido reconocido en las resoluciones del Ministerio de Fomento, cuyo plazo de prescripción debe contarse desde la fecha de notificación de la resolución que reconozca el derecho a la devolución, sin que pueda diferirse, por tanto, a la fecha de publicación en el BOE, el 18 de noviembre de 2010, de la sentencia del Tribunal Constitucional 74/2010, de 18 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción de la disposición final segunda de la Ley 25/2006, resolviendo una cuestión planteada casi tres años después de dictarse las resoluciones del Ministerio de Fomento, concretamente el 8 de febrero de 2010. Ese fallo

impidió, como es lógico, desde la fecha de su publicación, que se pudiera acudir ya al sistema de refacturación, pero, en absoluto, afectó al plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos iniciado con la notificación de las resoluciones.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la notificación de las referidas resoluciones tuvo lugar el 21 de mayo de 2007 y dado que la solicitud de X, S.A. de devolución de ingresos indebidos es de fecha 26 de mayo de 2011, puede concluirse que había transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años del derecho a obtener la devolución, sin que conste en el expediente la existencia de actos interruptivos de dicho plazo.

Por este motivo, se estima que la resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería 21 de mayo de 2014, por la que se autorizó el pago a X,S.A. de la cantidad de 151.153,75 euros, incurre en el supuesto de anulabilidad previsto en el artículo 63.3 de la LRJ-PAC, que determina la anulabilidad de las actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

## - VIII -

Alcanzada la anterior conclusión, y habiéndose tramitado regularmente el procedimiento para la declaración de lesividad de la mencionada Resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería 21 de mayo de 2014, por haberse observado las previsiones del artículo 218 de la LGT y de los artículos de 7 a 9 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, este Centro Directivo debe hacer las dos siguientes indicaciones:

1) La declaración de lesividad ha de efectuarse necesariamente antes de que expire el plazo de cuatro años contando desde del día en que se dictó la repetida Resolución de 21 de mayo de 2014, ya que, en otro caso, no procedería la declaración de lesividad al rebasarse el límite temporal establecido en el artículo 218.2 de la LGT. Por otra parte, y so pena de caducidad del procedimiento (artículo 218.3), la declaración de lesividad deberá adoptarse antes del 30 de julio de 2015.

2) Una vez efectuada la declaración de lesividad, deberían remitirse las actuaciones a este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos), a fin de que se impartan las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición de la correspondiente demanda, la que deberá efectuarse necesariamente dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad y subsiguiente impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa de la resolución de la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Almería 21 de mayo de 2014, por la que se autorizó el pago a X, S.A. de la cantidad de 151.153,75 euros, en concepto de tarifas portuarias T-3, en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 1869/99, 2304/99 y 2700/99.

**Segunda.-** En relación con el procedimiento de declaración de lesividad de las mencionadas resoluciones, deberían tenerse en cuenta las indicaciones recogidas en el fundamento jurídico VIII del presente informe.

## **179.- Informe sobre posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la regla 18ª de la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas que regula la tasa de ocupación de la concesión demanial con destino a reparaciones navales y mecánico-eléctricas.**

### **Resumen**

Naturaleza de la declaración de lesividad como acto administrativo que actúa de presupuesto procesal en los recursos contenciosos-administrativos. Exámen de los requisitos que han de concurrir para que sea procedente la declaración de lesividad: Lesión de intereses públicos y disconformidad con el Ordenamiento Jurídico.

**Ref.:** A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 26/15 (R-826/2015)

**Fecha:** 7 de diciembre de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la regla 18ª de la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de fecha 29 de mayo de 2015, que regula la tasa de ocupación de la concesión demanial otorgada a X, S.L., con destino a “Reparaciones Navales y Mecánico-Eléctricas en general”, en el extremo relativo al tipo de gravamen aplicable a la lámina de agua. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

### **ANTECEDENTES**

1) Expone la propuesta de resolución los siguientes antecedentes de la cuestión planteada:

“1.- Por Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de fecha 29 de mayo de 2015, se acordó lo siguiente:

‘Otorgar concesión administrativa de dominio público portuario con destino a ‘Reparaciones Navales y Mecánico-Eléctricas en general’ en una superficie de 9.837,42 m<sup>2</sup>, que comprende zona terrestre, de maniobra y lámina de agua, situada en el Dique Reina Sofía Sur, Área 3 del Puerto de Las Palmas, realizada por la entidad ‘X, S.L.

- Fijar las siguientes condiciones, de acuerdo con lo establecido en la ORDEN FOM/938/2008, de 27 de marzo, que aprueba el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal (...)

Por cuanto aquí interesa, en el apartado primero de la Regla 18a del citado otorgamiento, se estableció lo siguiente:

‘Regla 18. Tasas.

1 a.- Tasa de Ocupación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 173 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, el hecho imponible de esta tasa consiste en la ocupación del dominio público portuario en virtud de una concesión, incluyendo la prestación de los servicios comunes del puerto relacionados con el dominio público ocupado.



XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

El sujeto pasivo contribuyente de la Tasa es el titular de la concesión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 174 del citado Texto Refundido.

El devengo se producirá en el momento de notificación de la resolución de otorgamiento de la concesión, siendo exigible por semestres adelantados.

**BASE IMPONIBLE:** El valor del bien de dominio público ocupado estará integrado por los siguientes conceptos:

1. El valor de los terrenos ocupados.

De acuerdo con la Valoración de los Terrenos y Lámina de Agua de la Zona de Servicio del Puerto de Las Palmas, que incluye Salinetas y Arinaga, y de los terrenos adscritos a la señalización marítima de la isla de Gran Canaria, aprobada por Orden FOM/ 1910/ 2014, de 3 de octubre, el valor que corresponde a la parcela objeto de esta concesión, ubicada en el Área Funcional 3 es de 174,21 euros/ m<sup>2</sup> (valor 2015).

Valor de los terrenos (Vt): 174,21 €/ m<sup>2</sup> x 6.302 m<sup>2</sup> = 1.097.871,42 €

2. El valor de los rellenos:

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 175.b) del TRLPEMM cuando el espacio de agua se otorgue en concesión para su relleno, el valor del mismo será el asignado a los terrenos de similar utilidad que se encuentren más próximos. En este caso será el valor asignado al Área Funcional 3, es decir, 174,21 euros/ m<sup>2</sup> (valor 2015).

Valor de los rellenos (Vr): 174,21 €/ m<sup>2</sup> x 1.430,97 m<sup>2</sup> = 249.289,28 €.

De acuerdo con lo establecido en el art. 181.a. 1º del TRLPEMM se aplicarán bonificaciones a la cuota de la tasa en los siguientes supuestos:

'a) Cuando los sujetos pasivos realicen inversiones en obras de relleno, consolidación o mejora de terrenos.

La cuantía de la bonificación se determinará en función de la inversión realizada, de conformidad con los siguientes criterios:

1º Cuando el proyecto de una concesión incluya la realización de inversiones en obras de relleno a cargo del concesionario, la bonificación se cuantificará en función de la altura media de relleno hasta una cota de un metro por encima de la pleamar viva equinoccial, el coste unitario medio del relleno (por m<sup>3</sup>, el valor por m<sup>2</sup> de la superficie objeto de relleno y el tipo de gravamen anual, ambos conceptos a efectos del cálculo de la tasa de ocupación, y los años de la concesión, con arreglo a la siguiente fórmula:

$$b = \{(k \times Cr \times 10000 \times h) / (Vt \times t \times n)\}, 1 \text{ (b} \leq 75\%)$$

donde

b = Bonificación (%) redondeada a la primera cifra decimal, aplicable desde el momento de finalización de las obras, según el plazo aprobado.

Cr = Coste medio del relleno establecido por la Autoridad Portuaria (€/ m<sup>3</sup>, calculado en el momento de otorgamiento de la concesión.

h = Altura media del relleno hasta un metro por encima de la pleamar viva equinoccial (m).

Vt = Valor de la superficie que vaya a ser objeto de relleno, a efectos de la concesión de dominio público (€/ m<sup>2</sup>) en el momento de otorgamiento de la concesión.

t = Tipo de gravamen anual (%), fijado en el otorgamiento de la concesión.

n = Plazo restante de la concesión en el momento de la finalización de las obras.

k = 1,20 para n menor o igual a 10 años y k = 1,15 para n mayor que 10 años.'

A estos rellenos se les aplicará por tanto una bonificación del máximo previsto del 75%.

La aplicación del máximo coeficiente legal de bonificación, 75%, previsto en el citado artículo 181.a).1º del Texto Refundido queda determinado en función de la fórmula prevista

en el mismo, según Informe Técnico justificativo, de fecha 27 de marzo de 2015, incorporado a este expediente.

No obstante lo anterior, debido a que el cálculo del coeficiente de la bonificación se ha hecho con los datos obrantes en el proyecto básico, en caso de que estos datos varíen considerablemente en el proyecto constructivo, la Autoridad Portuaria podrá revisar esta bonificación.

### 3. El valor de la lámina de agua.

De acuerdo con la Valoración de los Terrenos y Lámina de Agua de la Zona de Servicio del Puerto de Las Palmas (incluyendo Salinetas y Arinaga) y de los terrenos adscritos a la señalización marítima de la isla de Gran Canaria, aprobada por Orden FOM/ 1910/ 2014, de 3 de octubre, el valor que corresponde a la lámina de agua objeto de esta concesión, ubicada en el Área A4 Zona 1.4, es de 77, 13 euros/m<sup>2</sup> (valor 2015).

Valor de la lámina de agua (V1a): 77, 13 € / m<sup>2</sup> x 2.104,45 m<sup>2</sup> en total 162.316,23 €.

### 4. El valor de las instalaciones, y el valor de su depreciación anual. Estos valores, permanecerán constantes durante el período concesional. De acuerdo con la valoración de las instalaciones realizada por la entidad Y, Valoraciones Técnico Económicas, aceptada expresamente por esta Autoridad Portuaria con fecha 18 de julio de 2014, su valor asciende a 556.416 euros. Por tanto:

Valor de las instalaciones (Vi): 556.416 euros.

Valor depreciación anual (Vda): (Vi) 556.416 E/ 24 años = 23.184 €/año.

TIPO DE GRAVAMEN ANUAL: 4% al valor de los terrenos y el 2% del valor de las obras e instalaciones, al ser una actividad portuaria cuyo objeto es la reparación naval, y el 100% del valor de depreciación anual asignada a la instalación.

CUOTA: Resultado de multiplicar la base imponible por el tipo de gravamen. Por lo que la fórmula sería la siguiente:

$$TO= 4\%(Vt) + 4\%(V1a) + 4\%(25\%V r) + 2\%(V0+ Vda)$$

Por tanto, la TO = 43.914,86 + 6.492,65 + 2.492,89 + 11.128,32 + 23.184 = 87.212, 72 €/ año.

Siendo:

TO = Tasa de ocupación Vt = Valor terrenos

V1a = Valor lámina de agua Vr = Valor rellenos

Vi = Valor instalaciones

Vda= Valor depreciación anual.

Por tanto, actualmente la cuota de la tasa de ocupación sería de 87.212, 72 euros/año (valor 2015).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 178 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, modificada por Ley Orgánica 9/ 2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público, se podrá proceder a la variación de la cuota íntegra de la tasa, en lo que respecta a la ocupación de terrenos y aguas a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado u otra que, en su caso, se apruebe a estos efectos.

Será, además, revisada de acuerdo con las nuevas valoraciones que sean aprobadas por la persona titular del Ministerio de Fomento.'

2. Con fecha de 17 de agosto de 2015, el Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas formuló propuesta de inicio del procedimiento de declaración de lesividad de la Regla 18.1 que regula la tasa de ocupación de la concesión demanial otorgada a X, S.L. por dicha Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas con fecha 29 de mayo de 2015 con destino a 'Reparaciones Navales y Mecánico-Eléctricas en general', y ello por ser contraria al artículo 176 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 5 de septiembre, dado que el tipo de gravamen a aplicar a la lámina de agua ocupada sería el 5,5% y no el 4%, puesto que la reducción del 1,5% que establece el apartado 2 del mencionado artículo 176, no es aplicable a la lámina de agua, sino únicamente a los terrenos e instalaciones.

3. Con base en dicha propuesta de la Dirección, por Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de fecha 15 de septiembre de 2015, se acordó iniciar el procedimiento de declaración de lesividad de la Regla 18.1 que regula la tasa de ocupación en los siguientes términos:

'Este Consejo de Administración en sesión celebrada con fecha 15 de septiembre de 2015 ha resuelto:

- Iniciar el procedimiento de declaración de lesividad de la Regla 18.1 que regula la tasa de ocupación de la concesión demanial otorgada a X, S.L. por Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas con fecha 29 de mayo de 2015 con destino a 'Reparaciones Navales y Mecánico-Eléctricas en general', y ello por ser contraria al artículo 176 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto 1/2011, de 5 de septiembre, dado que el tipo de gravamen a aplicar a la lámina de agua ocupada sería el 5,5% y no el 4%, puesto que la reducción del 1,5% que establece el apartado 2 del mencionado artículo 176, no es aplicable a la lámina de agua, sino únicamente a los terrenos e instalaciones.
- De conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 8.3 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, mediante el presente acto se notifica el inicio del procedimiento de declaración de lesividad, que interrumpe el plazo de prescripción de la deuda tributaria, y se le emplaza para su personación y comparecencia en el presente expediente concediéndole un trámite de audiencia de quince (15) días, contados a partir del día siguiente al de la presente notificación, al objeto de que en el mismo pueda aportar cuantas alegaciones, documentos y justificantes estime pertinentes a su derecho.'

Mediante escrito de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 18 de septiembre de 2015, se concedió a la entidad X, S.L. trámite de audiencia para que pudiera aportar cuantas alegaciones, documentos y justificaciones estimase oportunas. Con fecha 5 de octubre siguiente, la entidad presentó escrito de alegaciones.

4. Con fecha 10 de noviembre de 2015, emitió informe el ente público Puertos del Estado, en el que se concluye que: 'no procede la declaración de lesividad de la Regla 18.1 que regula la tasa de ocupación de la concesión demanial otorgada a X, S.L. por Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas con fecha 29 de mayo de 2015 con destino a 'Reparaciones Navales y Mecánico-Eléctricas en general', por estimar que no es contraria al artículo 176 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto 1/2011, de 5 de septiembre.'

5. Con fecha 27 de noviembre de 2015, la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, remitió el expediente a la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas."

2) Mediante escrito del Secretario General Técnico de 2 de diciembre de 2015, se recaba el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, adjuntando a tales efectos el expediente tramitado y la propuesta de Resolución.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### - I -

El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que “cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”.

Por su parte, el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ PAC) dispone, en su redacción vigente (dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que “las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”. En el mismo sentido, y por lo que se refiere a la esfera tributaria, en la que se inserta la regla 18.1, que regula la tasa de ocupación, del título concesional a que se refiere el presente informe, el artículo 218.1, párrafo segundo, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) dispone que “la Administración tributaria podrá declarar lesivos para el interés público sus actos y resoluciones favorables a los interesados que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa”.

De los preceptos legales citados resulta que la declaración de lesividad se configura en nuestro Derecho como un acto administrativo que es requisito o presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración del Estado, en los casos en que la misma se proponga actuar como parte demandante en recursos contencioso-administrativos dirigidos contra sus propios actos declarativos de derechos (sentencias de 20 de enero de 1936, 27 de marzo de 1957 y 21 de marzo de 1961, 26 de junio de 1984, 23 de abril de 2002, 31 de marzo de 2008 y 17 de octubre de 2011, entre otras). Sus efectos se centran, por tanto, en legitimar activamente a la Administración que demanda la anulación de sus propios actos, y, consiguientemente, en autorizar la interposición, admisión y tramitación del recurso contencioso-administrativo por ella promovido, sin perjuicio, como es natural, de las facultades del Tribunal competente para declarar si el acto impugnado es o no conforme a Derecho, y si realmente produce los efectos perjudiciales alegados por la Administración recurrente.

### - II -

Para determinar, con carácter general, si procede o no la declaración de lesividad es preciso detenerse en el examen de los requisitos que a tales efectos deben concurrir en un acto administrativo.

El artículo 43 de la LJCA exige, en primer lugar, y como ya quedó señalado, que el acto lesione los intereses públicos. A esta primera exigencia ha de unirse un segundo requisito, imprescindible para que sea procedente la declaración de lesividad. Este segundo requisito consiste en la ilegalidad del acto, esto es, en que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea nula de pleno derecho o anulable, conforme a lo establecido por los artículos 62 y 63, respectivamente, de la LRJ PAC, si bien debe advertirse que cuando

el acto sea nulo de pleno derecho, según dictamen en tal sentido del Consejo de Estado, la Administración podrá por sí misma anularlo de oficio, sin necesidad de la previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 102 de la LRJ PAC).

Aunque el artículo 43 de la antes mencionada LJCA destaque singularmente el requisito de la lesión, la exigencia del segundo presupuesto –la disconformidad del acto con el ordenamiento jurídico– se desprende con toda claridad de los principios básicos que informan nuestro sistema de justicia administrativa, así como de diversos preceptos concretos del articulado de la propia LJCA (cfr. entre otros, los artículos 31, 70 y 71). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido de manera reiterada, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 23 de marzo de 1993, en la que claramente afirma que el sólo hecho de resultar gravoso para la Administración la eficacia de un acto administrativo (en el caso se trataba de una expropiación) no concurriendo ningún tipo de irregularidad invalidante, no puede ser causa suficiente para declarar la lesividad del acto.

### - III -

Pasando al examen del caso sobre el que se informa, debe indicarse que ya bajo la vigencia de la LJCA de 1956 parte de la doctrina científica consideraba superado el requisito clásico de la doble lesión, jurídica y económica, bastando, a juicio de dicha doctrina, que el acto incurriese en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pudiera ser declarado lesivo y anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Este mismo criterio venía sosteniéndose por un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Alto Tribunal de 22 de enero de 1988 (Ar. 326) declara que “todo lo cual supone la infracción de un bloque normativo que a tenor de la jurisprudencia caracteriza la lesividad regulada en el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque de la propia literalidad del precepto se deduce que la lesión a los intereses públicos no ha de ser necesariamente económica, sino que puede serlo también de otra naturaleza, en cuya consideración ha evolucionado la Jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de acoger criterios más amplios que le llevan a declarar que la pretensión anulatoria de lesividad puede estar motivada por el mero propósito de regularizar jurídicamente el acto causado con manifiesta vulneración de normas de derecho necesario.” En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 3 de diciembre de 1987 al señalar que “la más progresiva doctrina jurisprudencial no exige que la lesión tenga que traducirse necesariamente en una estimación económica, bastando la vulneración del Derecho” y las de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1465) y 6 de junio de 1995 (Ar. 4944) al declarar que “en la actualidad ha desaparecido la exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal como este Tribunal ha declarado en sus sentencias de 14 de marzo de 1980 y 22 de enero de 1988.” Este criterio doctrinal y jurisprudencial ha venido a encontrar refrendo legal en la vigente LJCA, habida cuenta de que su artículo 43 ha suprimido la alusión que el artículo 56 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 hacía al carácter de la lesión de los intereses públicos (“de carácter económico o de otra naturaleza”).

Es por todo ello por lo que tiene la máxima importancia determinar si la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 29 de mayo de 2015 incurrió en infracción del ordenamiento jurídico.

### - IV -

De acuerdo con lo expuesto, procede examinar si se ajusta o no a Derecho la regla 18ª.1ª del título de la concesión demanial otorgada por resolución del Consejo de Administración de

la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 29 de mayo de 2015 a la entidad X, S.L., que regula la tasa de ocupación.

Como se expone en la propuesta de resolución, la Autoridad Portuaria de Las Palmas entiende que, en la regulación de la tasa de ocupación contenida en la regla 18ª.1ª del título concesional, se ha incumplido la normativa aplicable, dado que el tipo de gravamen que ha de aplicarse a la lámina de agua ocupada es el 5,5 % y no el 4%, puesto que la reducción en 1,5 puntos porcentuales del tipo de gravamen de la tasa de ocupación prevista en el artículo 176.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), en la redacción dada al mismo por el artículo 89 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2014 (LPGE 2014), es de aplicación únicamente a terrenos e instalaciones y no a la lámina de agua.

El análisis de la legalidad de la regla 18ª.1ª del título concesional, en el particular indicado, debe comenzar con la reproducción del artículo 176 del TRLPEMM en su redacción original, anterior a su reforma por la LPGE 2014.

El citado precepto disponía lo siguiente:

“Artículo 176. Tipo de gravamen

1. El tipo de gravamen anual aplicable a la base imponible será el siguiente:

a) De acuerdo con lo dispuesto en el título de otorgamiento, en el supuesto de ocupación de terrenos y de aguas del puerto para:

1º Actividades portuarias relacionadas con el intercambio entre modos de transporte, las relativas al desarrollo de servicios portuarios, así como otras actividades portuarias comerciales, pesqueras y náutico-deportivas: el 6 por ciento.

2º Actividades auxiliares o complementarias de las actividades portuarias, incluidas las logísticas, de almacenaje y las que correspondan a empresas industriales o comerciales: el 7 por ciento.

3º Actividades relativas a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad: 8 por ciento.

b) En el caso de ocupación del vuelo o subsuelo de terrenos o espacios sumergidos: el 3 por ciento del valor de la base imponible que corresponda a los respectivos terrenos o aguas, salvo que su uso impida la utilización de la superficie, en cuyo caso el tipo de gravamen será el que corresponda de acuerdo con lo previsto en la letra a) anterior.

c) De acuerdo con lo dispuesto en el título de otorgamiento, en el supuesto de ocupación de obras e instalaciones para:

1º Actividades portuarias relacionadas con el intercambio entre modos de transporte, las relativas al desarrollo de servicios portuarios y a otras actividades portuarias comerciales, pesqueras y náutico-deportivas: el 6 por ciento del valor de los terrenos y del espacio de agua, el 4 por ciento del valor de las obras e instalaciones y el 100 por ciento del valor de la depreciación anual asignada. En el caso de lonjas pesqueras, y otras obras o instalaciones asociadas con la actividad pesquera, el tipo de gravamen aplicable al valor de la obra o instalación será del 0,5 por ciento.

2º Actividades auxiliares o complementarias de las actividades portuarias, incluidas las logísticas, de almacenaje y las que correspondan a empresas industriales o comerciales: el 7 por ciento del valor de los terrenos, del espacio de agua y de las obras e instalaciones y el 100 por ciento del valor de la depreciación anual asignada.

3º Actividades relativas a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, el 8 por ciento del valor de los terrenos, del espacio de agua y de las obras e instalaciones y el 100 por ciento del valor de la depreciación anual asignada.

d) En el supuesto de uso consuntivo: el 100 por ciento del valor de los materiales consumidos.

2. Los gravámenes a aplicar a los terrenos e instalaciones cuyo objeto concesional sea la construcción, reparación o desguace de buques o embarcaciones serán los correspondientes a actividades portuarias, dado que estas actividades no se pueden desarrollar alejadas del litoral”

El simple cotejo de la redacción del precepto transcrito y la resultante de la reforma introducida en el mismo por el artículo 89 de la LPGE 2014 pone de manifiesto que la única diferencia entre ambos consiste en la reducción general de los tipos de gravamen aplicables a la tasa de ocupación.

Esta reducción alcanza igualmente al tipo de gravamen que ha de aplicarse a los terrenos e instalaciones cuyo objeto concesional consiste en la construcción, reparación o desguace de buques o embarcaciones y que, como establece el apartado 2 de dicho artículo, en su redacción vigente, es de 1,5 puntos porcentuales menor que los tipos de gravamen correspondientes a actividades portuarias.

Acudiendo a la interpretación literal del apartado 2 de dicho artículo 176 del TRLPEMM, en su redacción vigente, habría que concluir que la reducción de 1,5 puntos porcentuales del tipo de gravamen de la tasa de ocupación de aquellas concesiones cuyo objeto sea la construcción, reparación o desguace de buques o embarcaciones sólo sería aplicable a los “terrenos e instalaciones” y no a la lámina o espacio de agua, ya que el apartado en cuestión alude únicamente a “los gravámenes a aplicar a los terrenos e instalaciones cuyo objeto concesional...”

Ahora bien, en el repertorio de criterios de interpretación que establece el artículo 3.1 del Código Civil, la interpretación literal constituye solamente el primer paso en la indagación del verdadero sentido de la norma jurídica, por lo que su resultado sólo será válido si queda confirmado por la interpretación lógica y finalista o teleológica de aquella, que siempre son prevalentes. Procede, pues, interpretar el artículo 176.2 del TRLPEMM con arreglo a estos dos últimos criterios hermenéuticos.

La interpretación lógica del citado precepto legal conduce a entender que cuando se solicita una concesión demanial portuaria con destino a la construcción, reparación o desguace de buques o embarcaciones, lo propio es que la concesión comprenda espacios de tierra y de agua, ya que, por la propia naturaleza de las cosas, estas actividades hacen necesaria o pueden hacer necesaria la ocupación y utilización de espacios de agua; buena prueba de ello es la concesión a que se refiere el presente informe. Pues bien, si se tiene en cuenta que el artículo 176 del TRLPEMM recoge una enumeración exhaustiva de los distintos espacios de la zona de servicios del puerto (en las que se realizan las actividades a que se refiere dicho precepto legal) cuya ocupación da lugar al devengo de la tasa –terrenos, aguas, vuelo y subsuelo de terrenos o espacios sumergidos, obras e instalaciones–, ha de entenderse que el apartado 2 del precepto legal que se examina, al referirse únicamente a terrenos e instalaciones, incurre en una omisión, pues, como se ha dicho, la actividad de construcción, reparación y desguace de buques precisa normalmente de la ocupación de espacios de agua y no tendría sentido entender que esta actividad se realiza únicamente en terrenos e instalaciones.

La existencia de esa omisión obliga subsanarla, y esta subsanación ha de efectuarse necesariamente acudiendo a la regla del artículo 176.1.a).1º del propio TRLPEMM, relativo a actividades portuarias relacionadas con el intercambio entre modos de transporte, relativas al desarrollo de servicios portuarios, así como actividades otras actividades portuarias comerciales, pesqueras y náutico-deportivas, desde el momento en que el apartado 2 del propio artículo 176 dispone que “los gravámenes a aplicar a los terrenos e instalaciones cuyo objeto concesional sea la construcción, reparación o desguace de buques o embarcaciones serán 1,5 puntos porcentuales menores que los correspondientes a actividades portuarias”

Pues bien, el artículo 176.1.a).1º dispone lo siguiente:

“El tipo de gravamen anual aplicable a la base imponible será el siguiente:

a) De acuerdo con lo dispuesto en el título de otorgamiento, en el supuesto de ocupación de terrenos y de aguas del puerto para:

1º Actividades portuarias relacionadas con el intercambio entre modos de transporte, las relativas al desarrollo de servicios portuarios, así como otras actividades portuarias comerciales, pesqueras y náutico-deportivas: el 5,5 por ciento.

(...)”

Como se observa, en la fijación del tipo de gravamen aplicable a las “actividades portuarias” a las que se refiere el apartado 1.a).1º se prevé, como no podía ser de otra forma, la “ocupación de terrenos y de aguas del puerto”. Sobre esta base, la remisión que hace el apartado 2 del artículo 176 a las actividades portuarias del apartado 1.a).1º permite salvar la omisión padecida en el apartado 2 de dicho precepto legal y entender que, aunque en este último apartado no se haga alusión a los espacios de agua, estos espacios han de quedar también comprendidos en el apartado que se examina. Ello tiene por obligada consecuencia que el tipo de gravamen para las concesiones a que se refiere el apartado 2 sea, tanto para los espacios de tierra como para los espacios de agua, el establecido para las actividades portuarias con la reducción de 1,5 puntos porcentuales.

Si de la interpretación lógica del artículo 176.2 del TRLPEMM se pasa a la interpretación teleológica o finalista, se llega a la misma conclusión, tal y como seguidamente se expone.

Como se ha dicho, la reforma del artículo 176 del texto legal de continua referencia efectuada por el artículo 89 de la LPGE 2014 sólo ha supuesto una reducción de los tipos de gravamen de la tasa de ocupación. Esta reducción de los tipos de gravamen y, por tanto, de la carga tributaria no responde a otra finalidad que la de fomentar, en la actual situación económica, la actividad portuaria, potenciando de esta forma la competitividad del sector portuario. Siendo ello así, carecería de sentido que la reducción de los tipos de gravamen y de la carga tributaria, establecida para todas las actividades que se desarrollan en el dominio público portuario, quede limitada en una actividad a una parte de la superficie concesional ocupada y no a la totalidad de ésta, y tal es lo que acontecería si se entendiese, con base en una interpretación literalista del artículo 176.2 del TRLPEMM, que la reducción porcentual de 1,5 por ciento se aplica solamente a los terrenos e instalaciones y no a la superficie de agua en el caso de concesiones cuyo objeto consista en la construcción, reparación o desguace de buques.

Las anteriores consideraciones tienen por consecuencia que no resulte procedente la declaración de lesividad de la regla 18ª.1ª, reguladora de la tasa de ocupación de la concesión demanial otorgada a X, S.L. por Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de fecha 29 de mayo de 2015, con destino a “Reparaciones Navales y Mecánico- Eléctricas en general”.

- V -

Como quiera que el informe de este Centro Directivo, aun siendo preceptivo no es vinculante, para el caso de que, discrepando del criterio que aquí se mantiene, se entendiese que resulta procedente la declaración de lesividad, deberían tenerse en cuenta las siguientes indicaciones, atinentes al procedimiento de declaración de lesividad:

1) La declaración de lesividad ha de efectuarse necesariamente antes de que expire el plazo de cuatro años desde del día en que se notificó la repetida resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 29 de mayo de 2015, ya que en otro



caso no procedería la declaración de lesividad al rebasarse el límite temporal establecido en el artículo 218.2 de la LGT

- 2) Teniendo en cuenta que el procedimiento de lesividad se inició por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 15 de septiembre de 2015, la resolución oportuna del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que ponga fin al mismo deberá dictarse antes del 15 de diciembre próximo, ya que, en caso contrario, caducaría el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 218.3 de la LGT.
- 3) Una vez efectuada la declaración de lesividad, deberían remitirse las actuaciones a este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos), a fin de que se impartan las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición de la correspondiente demanda, la que deberá efectuarse necesariamente dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** No se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad y subsiguiente impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la regla 18ª.1ª, reguladora de la tasa de ocupación, relativa al tipo de gravamen de la lámina de agua, de la concesión demanial otorgada a X, S.L. por resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de fecha 29 de mayo de 2015, con destino a “Reparaciones Navales y Mecánico-Eléctricas en general”.

**Segunda.-** En el caso de que, discrepando de la conclusión anterior, se entendiese que procede la declaración de lesividad, deberían tenerse en cuenta las indicaciones recogidas en el fundamento jurídico V del presente informe.

## **180.- Informe sobre la posible exención de la tasa de ocupación del dominio público portuario en una concesión otorgada a la Fundación de una Universidad.**

### **Resumen**

Análisis de los requisitos para que se reconozca la exención de la tasa de ocupación establecida en el artículo 169.a) del TRLPEMM a las Universidades. Conceptuación de las Universidades como Administraciones Públicas al amparo de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

**REF:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 25/15 (R- 869/2015)

**Fecha:** 28 de enero de 2016

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria sobre la posible exención de la tasa de ocupación del dominio público portuario en la concesión que se proyecta otorgar en el Puerto de Arinaga a la Fundación Parque Científico Tecnológico de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

- 1) Con fecha 31 de octubre de 2011, el Gerente de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (en lo sucesivo, ULPGC) formuló una solicitud de concesión para la ocupación privativa de una parcela en el Puerto de Arinaga destinada a la instalación de un Parque Científico Tecnológico.
- 2) Seguido el procedimiento por sus trámites y tras diversas incidencias, por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 22 de noviembre de 2013 se dispuso el archivo de la solicitud por falta de subsanación del procedimiento de evaluación ambiental y de las actuaciones llevadas a cabo ante el Cabildo de Gran Canaria.
- 3) El 23 de diciembre siguiente, el Presidente del Patronato de la Fundación Canaria "Parque Científico Tecnológico de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria" (en adelante, FPCT) manifestó seguir interesado en la concesión demanial solicitada el 31 de octubre de 2011.
- 4) Tras la realización de los trámites oportunos, y por lo que ahora importa, el Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, con fecha 20 de agosto de 2015, sometió a la ULPGC la aceptación de las condiciones bajo las que se podría otorgar la concesión.

Una de esas condiciones, relativa al régimen económico de la concesión, se contiene en la Regla 17, donde se fija una tasa de ocupación de 886.809,90 euros (valor 2015) bonificada en un 50%, de conformidad con lo establecido en el artículo 181.1. c) del Real Decreto Legislativo 2/2001, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM).

- 5) A dicha condición se opuso la ULPGC por considerar que tiene derecho a obtener la exención de la tasa de ocupación de acuerdo con lo previsto en el artículo 169 a) del TRLPEMM, parecer no compartido por el Director de la Autoridad Portuaria que entendió que no concurren los requisitos exigidos para ser beneficiario de la exención.
- 6) El 16 de septiembre de 2015, la ULPGC presentó alegaciones al segundo sometimiento de condiciones reiterando los argumentos para justificar que se encuentra incluida en el supuesto de exención del artículo 169 a) del TRLPEMM.
- 7) Con fecha 6 de octubre de 2015, se emitió informe por la Asesoría Jurídica de la Autoridad Portuaria de Las Palmas en el que se considera que la ULPGC está exenta de la tasa de ocupación por las razones en él consignadas.
- 8) Por último, la Abogacía del Estado en Las Palmas, el 17 de diciembre 2015, respondiendo a la solicitud de informe formulada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas, elevó consulta a este Centro Directivo en la que, tras realizar las oportunas consideraciones jurídicas, formula las siguientes conclusiones:

**“PRIMERA.-** Con motivo de la promulgación de la Ley del Sector Público 40/2015 y la de Procedimiento 39/2015, se excluye del carácter de Administración Pública a las Universidades, por lo que desde dicha fecha ni la ULPGC ni la FPCT podrían acogerse a la exención solicitada, al no cumplirse el presupuesto subjetivo que exige el artículo 169.a) del TRLPEMM.

**SEGUNDA.-** No estando justificada una necesidad de funcionamiento en el dominio público portuario del Parque Científico Tecnológico de la ULPGC, y salvo mejor criterio técnico, no cabe reconocer la exención en el pago de la tasa de ocupación.

**TERCERA.-** Respecto a la tramitación del expediente de concesión, no cabe la conservación de trámites realizada en favor de la segunda solicitud de concesión, debiendo observarse todos y cada uno de los trámites con motivo de este segundo expediente, y por tanto someterse a información pública esta nueva solicitud, así como aclarar el sujeto concesionario”

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

La adecuada respuesta a la cuestión planteada, que no es otra que la procedencia de otorgar a la solicitante de la concesión de dominio público portuario la exención de la tasa de ocupación establecida en el artículo 169.a) del TRLPEMM, debe partir, como es obvio, de la reproducción del precepto indicado.

Dicho precepto dispone lo siguiente:

“Estarán exentos del pago de la tasa de ocupación:

- a) Los órganos y entidades de las Administraciones públicas que por necesidades de funcionamiento deban situarse en el dominio público portuario, por llevar a cabo en el ámbito portuario o marítimo actividades de control oficial de mercancías, vigilancia, investigación y desarrollo tecnológico, inspección y protección del medio ambiente marino y costero, de protección de los recursos pesqueros, represión del contrabando, lucha contra el tráfico ilícito de drogas, seguridad pública y control de pasajeros y de mercancías, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional”

Antes de analizar el alcance exacto de la exención es preciso poner de manifiesto que, si bien es cierto que las normas que contienen exenciones o bonificaciones tributarias pueden interpretarse, como todas las normas tributarias, con arreglo a los criterios de interpretación

contenidos en el artículo 3.1 del Código Civil (artículo 12.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria –LGT–) también lo es que, tradicionalmente, se ha impuesto una interpretación estricta de las mismas, prohibiéndose en todo caso la analogía. En este sentido, el artículo 14 de la LGT dispone que “no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales”

Dicho esto, dos son, los requisitos esenciales establecidos en el artículo 169.a) del TRLPEMM para que se reconozca la exención de la tasa de ocupación. El primero, de carácter subjetivo, consiste en que los sujetos pasivos de la tasa (el concesionario, en este caso, – artículo 174 del TRLPEMM–) sean “órganos y entidades de las Administraciones Públicas” y el segundo, de carácter objetivo, consiste en que dichos órganos y entidades “por necesidades de funcionamiento deban situarse en el dominio público portuario” por llevar a cabo en el ámbito portuario o marítimo las actividades que detalla el propio artículo 169.a).

Comenzando por el primero de estos requisitos, consistente en que los titulares de la concesión solicitada sean “órganos y entidades de las Administraciones Públicas”, es preciso indicar que, en el caso sometido a consulta, si bien, la primera solicitud de autorización para la ocupación del dominio público, luego archivada, se presentó por el Gerente de la ULPGC el 31 de octubre de 2011, la segunda solicitud, presentada el 23 de diciembre de 2013 y que ha dado lugar al informe final del Director de la Autoridad Portuaria, fue presentada por el Presidente de la FPCT, actuando en nombre de ésta. Esta última solicitud ha sido la que ha originado finalmente la realización de las actuaciones procedimentales oportunas previas a la emisión de este informe.

A pesar de ello, los numerosos trámites y traslados producidos en el seno de ambos expedientes (especialmente, el trámite esencial de aceptación de las condiciones de la concesión) han tenido como destinataria a la ULPGC y no a la FPCT, habiendo influido previsiblemente en ello el hecho de que la Fundación indicada tiene indudablemente carácter de ente instrumental de la ULPGC para la promoción, gestión, mantenimiento y explotación del Parque Científico Tecnológico de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, tal y como recogen sus fines fundacionales (artículo 6 de los Estatutos de la Fundación, aprobados por el Consejo Social de la ULPGC en sesión celebrada el 12 de junio de 2008).

No obstante, y como bien se indica en la consulta formulada, “(...) no hay duda de que, aun cuando la Fundación nazca por voluntad de la Universidad de Las Palmas y se constituye a modo de ente instrumental de aquélla para la consecución de determinados fines, se trata de instituciones distintas con personalidad jurídica propia y por tanto, con plena capacidad, de ahí que debiera delimitarse previamente quién será finalmente el concesionario, si la Universidad o la Fundación”

Como termina diciendo en este punto el escrito de consulta, si bien es cierto que fue la Universidad quien primeramente solicitó la concesión, fue la Fundación la que pidió la reiniciación del procedimiento, tras el archivo de la primera solicitud. Si a ello se une el carácter instrumental de la Fundación respecto de la ULPGC se llega a la conclusión que lo más razonable es que la condición de concesionaria recaiga, y así debería reconocerse, en la Fundación, debiendo ser ella y no la Universidad la que cumplimente el trámite de aceptación de las condiciones de la concesión.

En todo caso, procede analizar la concurrencia del primer requisito subjetivo de la exención de la tasa de ocupación (que se trate de “órganos y entidades de las Administraciones públicas”) tanto si se considera como concesionaria a la ULPGC como a la FPCT.

A) Universidad Pública de las Palmas de Gran Canaria.

Hasta la promulgación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, la conceptualización de las Universidades Públicas como Administraciones Públicas no ha suscitado especial cuestión.

El artículo 2.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU) dispone que “son Universidades públicas las instituciones creadas por los órganos legislativos a que se refiere el apartado 1 del artículo 4 y que realicen todas las funciones establecidas en el apartado 2 del artículo 1”. Más particularmente, y por lo que respecta a la ULPGC, el artículo 1.1 de los Estatutos de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (creada por Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 5/1989, de 4 de mayo, de Reorganización Universitaria de Canarias), y aprobados por Decreto 30/2003, de 10 de marzo, dispone que “la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria es una institución de derecho público al servicio de la sociedad, con personalidad jurídica, patrimonio y otros recursos propios, a la que corresponde la prestación del servicio público de educación superior. Goza de autonomía de acuerdo con el artículo 27.10 de la Constitución, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, la legislación vigente y su desarrollo”.

La jurisprudencia ha venido considerando igualmente a las Universidades Públicas como entidades de Derecho público, encuadrándolas en las entidades públicas vinculadas a la Administración del Estado o a las Comunidades Autónomas a que se refieren el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y el artículo 1.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2003, citada en la consulta, en la que puede leerse lo siguiente:

“(…) Hay que decir, además, que no hay un único tipo de organismo autónomo, como tampoco hay un tipo único de persona jurídica. Y ello sin perjuicio de que las normas de contabilidad hayan podido en alguno momento no calificar de organismos autónomos a las Universidades.

Precisando más, debemos decir que, puesto que la autonomía universitaria es un dato del que hay que partir, la relación de las distintas Universidades con la Administración del Estado o, en su caso, con la correspondiente Comunidad autónoma es la de vinculación y no la de dependencia. Organización pública, por tanto, dotada de personalidad jurídica, vinculada al Ministerio de Educación o, en su caso, a la correspondiente Consejería de la Comunidad autónoma (En el sintagma «entidades públicas vinculadas o dependientes de», que emplea, por ejemplo, el artículo 3 de la Ley 30/1992, uno y otro adjetivo tienen, pues, un significado distinto, la letra «o» cumple una función disyuntiva en este caso). La Ley 6/1997, de Organización y fundamento de la Administración del Estado, habla también de los Organismos públicos –organismos autónomos y entidades públicas empresariales– vinculados o dependientes de aquella (art. 1)”

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) intentó realizar una nueva ordenación de la diversa tipología de entes públicos existentes hasta la fecha, utilizando la terminología de “Organismos públicos”, subdivididos en “Organismos autónomos” y “Entidades públicas empresariales” (artículo 43), a lo que luego se sumaron las “Agencias estatales”, existiendo, por último, un cuarto tipo de entes públicos, cuales son los mencionados en la disposición adicional décima de la citada Ley, entre los que se encuentran precisamente las Universidades, regidas por su legislación específica y excluidas, por tanto, de la aplicación directa de la propia LOGAGE; son las llamadas “Administraciones independientes”.

De las previsiones de la LOU y de la LOFAGE, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se desprende claramente que las Universidades Públicas son “instituciones públicas”, “organismos públicos” o “entes públicos”. Estas locuciones permiten sin dificultad atribuir a las Universidades Públicas la condición de Administraciones Públicas, pues es difícil negar tal calificación –Administraciones Públicas– a entidades u organismos que se definen precisamente como entidades u organismos públicos.

Dicho lo anterior, debe examinarse si la concepción de las Universidades Públicas como Administraciones Públicas se mantiene en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Aunque este texto legal no está vigente en la fecha de emisión del presente informe, ha de tenerse en cuenta que la concesión que se otorgue tendrá obviamente una duración superior al periodo de vacatio legis de dicho texto legal; es por ello por lo que resulta necesario analizar, como se ha dicho, si las Universidades Públicas mantienen o no la concepción de Administraciones Públicas una vez haya entrado en vigor la citada Ley 40/2015.

La posible negación del carácter de Administraciones Públicas de las Universidades Públicas tendría por único fundamento la circunstancia de que el artículo 2 de la Ley 40/2015 viene a excluir de la enumeración de las Administraciones Públicas a las Universidades Públicas. Este precepto dispone lo siguiente:

“1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.
- d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional se integra por:

- a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
- b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.
- c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley.

3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2”

Del precepto transcrito se deduce que así como las Universidades Públicas se integran en el sector público institucional, no tienen, sin embargo, estas entidades la consideración de Administraciones Públicas, ya que esta consideración se atribuye, además de a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y a las entidades que integran la Administración Local, a los organismos públicos y entidades de Derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 y en la letra a) del apartado 2 no están comprendidas las Universidades Públicas.

Frente al anterior argumento, se aprecian, a juicio de este Centro Directivo, otros de mayor entidad jurídica para mantener que las Universidades Públicas siguen siendo Administraciones Públicas tras la entrada en vigor de la repetida Ley 40/2015, y ello en atención a la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

- 1) En primer lugar, lo que caracteriza a una Administración Pública es su configuración como una organización vicaria cuya creación es dispuesta por la ley para la consecución de fines de interés público general. Pues bien, esta caracterización concurre indudablemente en las Universidades Públicas, puesto que, como se ha indicado, la LOU exige su creación por norma con rango de ley (“...instituciones creadas por los órganos legislativos a que se refiere el apartado 1 del artículo 4...” y para la prestación del servicio público de educación superior (“...que realicen todas las funciones establecidas en el apartado 2 del artículo 1”).

2) En segundo lugar, y puesto que lo que se trata de determinar es si las Universidades Públicas son Administraciones Públicas, lo que habrá de tomarse en consideración fundamentalmente es el régimen jurídico de las Universidades Públicas, ya que si dicho régimen jurídico aparece conformado por las notas propias y características de las Administraciones Públicas, no será posible negar esta calificación a las Universidades Públicas. Pues bien, acudiendo a la norma básica que disciplina el régimen jurídico de las Universidades Públicas –LOU–, se observa que concurren todas y cada una de las notas que conforman el régimen jurídico de una Administración Pública. Así:

- Los actos dictados por las Universidades Públicas son actos administrativos; más particularmente, las resoluciones del Rector y los acuerdos del Consejo Social, del Consejo de Gobierno y del Claustro Universitario son actos administrativos que agotan la vía administrativa, siendo impugnables directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 6.4). Es difícil admitir que una entidad que dicta actos administrativos no es una Administración Pública.
- En materia de personal, y por lo que respecta al personal docente e investigador, dicho personal está compuesto (prescindiendo del personal contratado) por funcionarios de los cuerpos docentes universitarios (artículo 47). Respecto del personal de administración y servicios, éste está formado (además de por personal contratado) por personal funcionario de las escalas propias de las Universidades (artículo 73). Pues bien, es no ya propio, sino exclusivo de las Administraciones Públicas que la vinculación del personal a su servicio (prescindiendo del personal laboral) sea de naturaleza estatutaria (régimen de Función Pública), así como que dispongan de Cuerpos y Escalas de Funcionarios
- En materia patrimonial, las Universidades Públicas son titulares de bienes de dominio público, así como de bienes patrimoniales, ajustándose la administración y disposición de unos y otros bienes a las previsiones de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 80 de la LOU). Es claro que sólo las Administraciones Públicas pueden ser titulares de bienes de dominio público y, por contraposición a éstos, de bienes patrimoniales.
- Las Universidades Públicas exigen tasas que tienen la condición de tributos, resolviéndose las cuestiones que se susciten sobre la gestión de estos tributos en vía económico-administrativa y, tras ella, en vía contencioso-administrativa. No cabe exigir prestaciones patrimoniales de carácter público, en su clase o modalidad de tributos, por quien no es Administración Pública.
- En materia de contratación, las Universidades Públicas tienen la condición de Administraciones Públicas y ajustan su actividad contractual a las previsiones que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece para la contratación por parte de las Administraciones Públicas, siendo, por tanto, sus contratos administrativos. Difícilmente puede negarse la condición de Administración Pública a quien concierta contratos administrativos, pues la primera y fundamental condición del contrato administrativo es la presencia en la relación contractual de una Administración Pública.

3) En tercer lugar, no tendría mucho sentido que si las Universidades Públicas han sido conceptuadas tradicionalmente como Administraciones Públicas tanto en el terreno del derecho positivo como en el plano jurisprudencial, esta conceptualización quedase completamente sin efecto por una norma, cual es el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, que no suprime el régimen jurídico de las Universidades Públicas (dado que la Ley 40/2015 no tiene por objeto regular el régimen jurídico de las Universidades Públicas) ni, por tanto, las notas que conforman ese régimen jurídico y que, como se ha expuesto, son las propias y características del concepto de Administración Pública. La regla del artículo 2.3 de la Ley 40/2015 ha de ponerse, por tanto, en relación con el régimen jurídico de las Universidades Públicas establecido en la LOU, debiendo entenderse por ello que la regla del artículo 2.3 de la Ley 40/2015 es una regla que pretende reforzar la autonomía e independencia de las Univer-

sidades Públicas, y no una regla que niegue su conceptualización como Administraciones Públicas. Así lo confirma otra consideración. En efecto, no tendría sentido ni justificación alguna que se conceptúen como Administraciones Públicas a “cualesquiera organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas” esto es, organismos o entidades públicas vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local (artículo 2.2 a) de la Ley 40/2015 al que se remite el artículo 2.3 de este texto legal) y que, en cambio no sean Administraciones Públicas las Universidades Públicas, siendo así que éstas son también organismos o entidades públicas vinculadas a las Administraciones Públicas (Administración del Estado en el caso de Universidades no transferidas, Administraciones de las Comunidades Autónomas en las restantes Universidades Públicas).

- 4) En cuarto lugar y finalmente, no puede desconocerse que frente al tenor literal del artículo 2.3 de la Ley 40/2015, el apartado 2.c) de este precepto legal alude específicamente a las Universidades Públicas para disponer que se regirán por su normativa específica. Pues bien, rigiéndose las Universidades Públicas por su normativa específica, esto es, por la LOU, este texto legal establece, como se ha dicho, un régimen jurídico constituido por las reglas propias y características de las Administraciones Públicas y del que, por tanto, se desprende muy claramente que las Universidades Públicas son Administraciones Públicas. Es por ello por lo que, como se ha dicho anteriormente, la regla del artículo 2.3 de la Ley 40/2015 no puede interpretarse como una regla que niegue la conceptualización de las Universidades Públicas como Administraciones Públicas, sino como una regla que pretende resaltar la autonomía e independencia de aquéllas.

Debe, pues, concluirse, a la vista de las consideraciones precedentes, que las Universidades Públicas mantienen su condición de Administraciones Públicas tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015.

#### B) Fundación Parque Científico Tecnológico de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

Como se ha indicado, el artículo 169.a) del TRLPEMM reconoce la exención a los organismos y entidades de las Administraciones Públicas. Prescindiendo, por no ser ahora del caso, de los órganos de las Administraciones Públicas, y por lo que se refiere a las “entidades de las Administraciones Públicas”, esta locución comprende a todas las personificaciones instrumentales de las Administraciones Públicas, es decir, tanto a las personificaciones jurídico-públicas como a las personificaciones jurídico-privadas, y ello en atención a una doble consideración:

- 1) La regla del artículo 169.a) del TRLPEMM alude genéricamente a entidades de la Administración Pública sin distinguir entre entidades de personificación jurídico-pública y entidades de identificación jurídico-privada; no cabe, por tanto, cuando la norma no distingue diferenciar una y otra forma de personificación jurídica de manera que solo resulte beneficiaria de la bonificación la entidad que tenga personificación jurídico-pública.
- 2) Lo que verdaderamente toma en consideración la regla del artículo 169.a) del TRLPEMM es la condición de entidad instrumental de una Administración Pública, más exactamente, la realización de alguna de las actividades que el precepto legal enumera por una Administración Pública a través de una entidad instrumental suya, ya que en otro caso no tendría sentido que la regla que el artículo 169.a) admita la exención no sólo para una Administración Pública (“órganos de las Administraciones Públicas”, esto es, las propias Administraciones Públicas, pues los órganos de las Administraciones Públicas no tienen personalidad jurídica), sino también para las entidades de las Administraciones Públicas. Pues bien, dado que es innegable que las Administraciones Públicas pueden realizar y realizan sus actividades bien directamente, bien a través de entidades instrumentales suyas, y puesto que estas últimas pueden constituirse mediante personificaciones jurídico-públicas y personificaciones jurídico-privadas, la regla del artículo 169.a) ha de interpretarse en el



sentido de reconocerse la exención a entidades instrumentales, de personificación jurídico-pública o jurídico-privada, de las Administraciones Públicas que realicen las actividades que enumera el artículo 169.a) del TRLPEMM.

- 3) Puesto que en el caso que se examina la entidad que pretende el reconocimiento de la exención tributaria es una fundación, debe indicarse que no se aprecia, a juicio de este Centro Directivo, impedimento en que una entidad fundacional pueda estar incluida en el concepto de “entidades de las Administraciones Públicas” a que se refiere el artículo 169.a) del TRLPEMM desde la perspectiva de su caracterización como fundación, dado que, por una parte, es de esencia al concepto de fundación la ausencia de ánimo de lucro (artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de noviembre, de Fundaciones) y, de otra parte, el cumplimiento de fines de interés general (artículo 2 de dicho texto legal), entre los que el artículo 3.1 de la propia Ley de Fundaciones incluye expresamente la investigación científica y el desarrollo tecnológico, siendo así, que una de las actividades que enumera el artículo 169.a) del TRLPEMM es precisamente la investigación y desarrollo tecnológico.

Una vez razonado que la locución “entidades de las Administraciones Públicas” que emplea el artículo 169.a) del TRLPEMM comprende a entidades instrumentales, tanto de personificación pública como de personificación privada, de una Administración Pública, esta condición ha de reconocerse en la FPCT.

En efecto, el artículo 84 de la LOU dispone que “para la promoción y desarrollo de sus fines, las Universidades, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, y con la aprobación del Consejo Social, podrán crear empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable”. Con base en este precepto, el Pleno del Consejo Social de la ULPGC, en fecha 12 de junio de 2008, acordó, de conformidad con lo señalado en ese precepto y en la Ley 2/1998, de 6 de abril, de Fundaciones Canarias, la creación de la Fundación Canaria Parque Científico Tecnológico de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Resulta así que la FPCP es una entidad instrumental de una Administración Pública (la ULPGC), por lo que se cumple el requisito subjetivo de la exención tributaria que exige el artículo 169 a) del TRLPEMM.

En suma, y a modo de recapitulación de todo lo dicho, ha de concluirse que, bien se considere solicitante de la concesión a la ULPGC, bien se considere solicitante de ella, lo que es más razonable, a la FPCT, ambas entidades cumplen el requisito subjetivo exigido por el artículo 169 a) del TRLPEMM para hacerse acreedores de la exención de la tasa de ocupación del dominio público portuario.

- II -

Examinado el requisito subjetivo de la exención tributaria, debe analizarse seguidamente el requisito objetivo que no es otro que, por necesidades de funcionamiento, dichos órganos y entidades de las Administraciones Públicas, deban situarse en el dominio público portuario, por llevar a cabo en el ámbito portuario o marítimo, entre otras, actividades de investigación y desarrollo tecnológico.

Para comprender el alcance de este requisito objetivo, resulta oportuno reproducir el contenido del antecedente del artículo 169 a) del TRLPEMM, cual es el artículo 17.1.a) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general (LREPS); este precepto disponía lo siguiente:

“1. Estarán exentos de la tasa de ocupación privativa del dominio público portuario regulada en esta ley:

- a) Los órganos y entidades de las Administraciones públicas que lleven a cabo en el ámbito portuario o marítimo actividades de vigilancia, inspección, investigación y protección del medio ambiente marino y costero, de protección de los recursos pesqueros, represión del contrabando, seguridad pública y control de pasajeros, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional”

El artículo primero de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LREPS, dio nueva redacción al Título I de la LREPS, cuyo Capítulo III se dedicaba a la regulación de las tasas portuarias. Dentro de dicho Capítulo se ubicaba el artículo 8 que, bajo la rúbrica “Exenciones”, disponía lo siguiente:

“Estarán exentos del pago de la tasa de ocupación regulada en esta ley:

- a) Los órganos y entidades de las Administraciones públicas que por necesidades de funcionamiento deban situarse en el dominio público portuario, por llevar a cabo en el ámbito portuario o marítimo actividades de control oficial de mercancías, vigilancia, investigación y desarrollo tecnológico, inspección y protección del medio ambiente marino y costero, de protección de los recursos pesqueros, represión del contrabando, lucha contra el tráfico ilícito de drogas, seguridad pública y control de pasajeros y de mercancías, salvamento, lucha contra la contaminación marina, enseñanzas marítimas y aquellas relacionadas con la defensa nacional”

El artículo 8.1.a) de la LREPS, tras la redacción dada al mismo por la Ley 33/2010, ha pasado a ser el actual artículo 169 a) del TRLPEMM.

Comparando la redacción del artículo 17.1.a) de la LREPS con la redacción del artículo 169 a) del TRLPEMM, la modificación de mayor alcance introducida por la Ley 33/2010 en la norma reguladora de la exención de la tasa de ocupación consiste en que los órganos y entidades de las Administraciones Públicas, para que puedan ser acreedores del beneficio fiscal, deben situarse en el dominio público portuario “por necesidades de funcionamiento”

Se pone así de manifiesto, aunque nada diga al respecto el Preámbulo de la Ley 33/2010, la voluntad del legislador de restringir el reconocimiento de la exención tributaria.

Dicho lo anterior, en la aplicación del requisito objetivo que ahora se analiza, han de tenerse en cuenta las dos siguientes consideraciones:

- 1) En primer lugar, y puesto que, como acaba de decirse, la ocupación del dominio público portuario por los órganos y entidades de las Administraciones Públicas lo ha de ser por necesidades de funcionamiento, resulta preciso distinguir entre “la necesidad” y “la conveniencia o idoneidad”, pues solo la razón de necesidad y no de idoneidad o conveniencia satisface el requisito objetivo que ahora se examina. No basta, por tanto, para el reconocimiento de la exención que la ocupación del dominio público portuario (para la realización de las actividades que enumera el artículo 169 a) del TRLPEMM) sea conveniente, sino que es preciso que la ocupación del demanio portuario sea necesaria, de tal forma que si los órganos y entidades de las Administraciones Públicas no pudieran situarse en el dominio público marítimo terrestre no sería posible el ejercicio de esas actividades o lo sería en condiciones muy dificultosas.
- 2) En segundo lugar, la locución “por necesidades de funcionamiento” es un claro concepto jurídico indeterminado que, en cuanto tal, es preciso acotar en cada caso, teniendo presente que, para que pueda concederse la exención, el órgano o la entidad de la Administración Pública solicitante de la autorización o concesión del dominio público portuario debe exponer de forma suficiente las razones por las que, para llevar a cabo en el ámbito portuario o marítimo las actividades que detalla el precepto, es necesario ocupar un espacio de dominio público portuario.

Hechas las anteriores indicaciones, las razones alegadas por el Gerente de la ULPGC en un escrito de 1 de septiembre de 2015 para fundamentar el reconocimiento de la exención tributaria son las siguientes:

- “1.- Terreno prácticamente llano en primera línea 40 costa (afecta al Puerto de Arinaga) con posibilidades para el bombeo de agua de mar de forma continuada desde diferentes ubicaciones, sin necesidad de, realizar obras ni canalizaciones complejas que afecten otro tipo de actividad.
- 2.- Como factor diferenciador particular, la posibilidad de disponer de agua de mar, aguas de rechazo y gases de combustión asociados a las actividades propias del Puerto de Arinaga, que canalizadas a través de los sistemas de cultivo propuestos disminuyan los posibles efectos medioambientales generados por este tipo de infraestructuras.
- 3.- Localización próxima/colindante a una EDAR estación depuradora de aguas residuales que permite la disponibilidad de aguas dulces, salobres y residuales (afluentes y efluentes) con las que abordar sistemas para el tratamiento terciario y a biofiltración de aguas a través de cultivos de microalgas.
- 4.- Localización próxima colindante a las Salinas de Arinaga que permitirá la disponibilidad de aguas hipersalinas para el cultivo de especies halófilas (microalgas de ambientes extremos con alto potencial biotecnológico). En la iniciativa que se propone, se hace particular hincapié en la importancia del valor temático de las Salinas, que se verá reforzado con las actuaciones científico, ecológicas asociadas, a modo de área temática singular.
- 5.- Condiciones climáticas excepcionales (únicas) del sureste de la isla de Gran Canaria: alta irradiación solar con baja nubosidad, bajas precipitaciones anuales y temperaturas medias moderadas y estables a lo largo del año, que no se dan en otras vertientes de la isla. Condiciones por las que Canarias se encuentra incluida dentro de las regiones idóneas para el establecimiento de sistemas de producción sostenible de algas a nivel mundial (sólo mejoradas por algunas zonas desérticas del planeta).
- 6.- Ubicación en la Mancomunidad del Sureste, que muestra una apuesta clara y definida en el desarrollo de actuaciones asociadas a ‘las energías renovables, limpias y la sostenibilidad medioambiental’ que pueden ser aplicadas a los sistemas propuestos, y en las que la iniciativa asociada al cultivo de algas encaja de forma destacable, aportando valor biológico a este tipo de actuaciones, generalmente relacionadas con actividades de tipo industrial.
- 7.- Cercanía geográfica (15 min) con el área científico-tecnológica de Taliarte (Banco Español de Algas, Instituto de Oceanografía y Cambio Global, Instituto de Acuicultura Sostenible y Ecosistemas Marinos) y otros centros afines (ITC, Plocan), lo que permitirá la posibilidad para establecer apoyo científico-técnico y desarrollar sinergias y acciones colaborativas, tanto con instituciones como con empresas del sector biotecnológico marino internacional, para el crecimiento de una actividad de alto interés socio-económico para Canarias en el marco del desarrollo “Marino-Marítimo” y la “Bio-economía Azul”.
- 8.- Cercanía con el Aeropuerto de Gran Canaria y el Puerto de Las Palmas de Gran Canaria que agilizará y facilitará la posibilidad de movilidad intercontinental de personal y material técnico.
- 9.- La parcela cuenta con la calificación territorial adecuada, no compitiendo con ningún tipo de actividad turística o agrícola y representando la única posibilidad en Gran Canaria para implantar un Parque Tecnológico abierto al océano con estas características, lo que supone una oportunidad histórica e inmejorable para el desarrollo de una actividad de interés general y de repercusiones socio-económicas innegables para Canarias.”

En el examen de las razones invocadas por el Gerente de la ULPGC se advierte que las consignadas con los números 1,5,6,7,8 y 9 se sitúan, por su propio contenido, en el plano de

la conveniencia o idoneidad de la ubicación de la actividad proyectada en el dominio público portuario y no en el de la necesidad de tal ubicación: las condiciones climáticas excepcionales se predicen obviamente no de la zona de servicio del puerto, sino de todo el sureste de Gran Canaria; la relación de la actividad proyectada con “las energías renovables, limpias y la sostenibilidad medioambiental” (por la que apuesta la Mancomunidad del Sureste) no es una relación directa y necesaria hasta el extremo de que sin el aporte energético de esa clase se imposibilite o dificulte en gran medida la realización de la actividad proyectada; la cercanía geográfica a otras áreas científico-tecnológicas, al Aeropuerto de Gran Canaria y al Puerto de Las Palmas de Gran Canaria son circunstancias que determinan que la ubicación de la actividad proyectada en el dominio público portuario sea conveniente, y lo mismo puede decirse de la razón consignada con el número 9 (calificación territorial adecuada, sin que exista competencia con ningún tipo de actividad turística o agrícola).

Excluidas las razones indicadas como razones justificativas de la necesidad de la ocupación del dominio público portuario, quedan solamente las consignadas con los números 2, 3 y 4. En relación con estas razones, cabría, en principio, apreciar el componente de necesidad que exige el artículo 169 a) del TRPLEMM para justificar la ocupación del dominio público portuario a efectos del reconocimiento de la exención tributaria, dado que en ellas se justifica la ubicación de la actividad investigadora en la zona de servicio del puerto en consideraciones técnicas vinculadas directamente a la realización de esa actividad y que serían condicionantes de ella: la ubicación de la actividad investigadora en la zona de servicio del puerto posibilita la disponibilidad de agua de mar, aguas de rechazo, gases de combustión asociados a las actividades propias del puerto lo que disminuye los posibles efectos medioambientales de las infraestructuras; permite igualmente disponer de aguas dulces, salobres y residuales que posibilitan el tratamiento terciario y la biofiltración de aguas, así como de aguas hipersalinas para el cultivo de especies halófilas .

Ahora bien, circunscrita la competencia de este Centro Directivo a cuestiones estrictamente jurídicas y no de índole técnica, sobre las que, por tanto, no le corresponde pronunciarse, deberían ponderarse estas últimas razones por el Director de la Autoridad Portuaria, recabando, si fuera preciso para ello, los correspondientes informes o estudios técnicos, de forma que si dichas razones permitiesen entender que las actividades de investigación que se pretenden realizar han de situarse necesariamente en el dominio público portuario, procedería el reconocimiento de la exención tributaria.

Sentada la anterior conclusión, debe hacerse referencia a la posible puesta a disposición del espacio del dominio público portuario que se ocupe a terceros, lo que supondría la existencia de un aprovechamiento privativo del dominio público por aquéllos, incluso, en algún caso, con carácter lucrativo. En relación con este extremo, este Centro Directivo muestra su conformidad con las consideraciones realizadas por la Abogacía del Estado consultante sobre este particular en el escrito de consulta en el sentido de que, tanto de los Estatutos de la FPCT, como del proyecto presentado a la Autoridad Portuaria, se deduce esa posibilidad.

En efecto, una de las actuaciones de la Fundación es “(...) colaborar mediante la potenciación y difusión de empresas y centros instalados en el parque (...)” – artículo 6.2 a) de los Estatutos–. Por otra parte, uno de los objetivos del Parque Científico Tecnológico es “(...) favorecer la competitividad de las empresas instaladas (...)” – Apartado 1 (Introducción) del Proyecto presentado–, por lo que, aparte de la posible inclusión, entre las condiciones de la concesión, de la prohibición de la cesión a terceros de esos terrenos que implique un aprovechamiento privativo, o del sometimiento de la posible cesión de uso, so pena de caducidad de la concesión, a la preceptiva autorización de la Autoridad Portuaria (artículo 98.1.g) del TRLPEMM), de ubicarse dichas empresas en el espacio de dominio público portuario objeto de concesión, vendrían obligadas a abonar, sin beneficio alguno, la tasa de ocupación del dominio público portuario.

- III -

Finalmente, este Centro Directivo estima oportuno hacer diversas consideraciones sobre la tramitación del expediente concesional. En opinión de la Abogacía del Estado consultante, "(...) no cabe la conservación de trámites realizada en favor de la segunda solicitud de concesión, debiendo observarse todos y cada uno de los trámites con motivo del segundo expediente y, por tanto, someterse a información pública esta nueva solicitud así como aclarar el sujeto concesionario" (conclusión tercera).

Como se ha expuesto anteriormente, la consideración de la FPCT como ente instrumental de la ULPG ha determinado una evidente confusión entre una y otra entidad como interesadas en el procedimiento de otorgamiento de la concesión.

En este sentido, el primer expediente, iniciado el 31 de octubre de 2011 con la presentación de sendos ejemplares del Proyecto por parte del Gerente de la ULPG, se entendió en todo momento con la propia ULPG hasta su conclusión mediante el archivo de la solicitud por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 22 de noviembre de 2013. No obstante, la ULPG hizo constar que el proyecto se desarrollaría a través de la FPCT.

El segundo expediente se inició mediante escrito del Presidente del Patronato de la FPCT de 23 de diciembre de 2013, en el que se solicitó "nuevamente" la iniciación del procedimiento de concesión, señalando que se tuviese por aportada toda la documentación aportada en el anterior procedimiento de concesión y por reproducidos los trámites ya efectuados en dicho procedimiento.

A dicho escrito respondió el 27 de enero de 2014 la Autoridad Portuaria comunicando a la ULPG (de nuevo aparece la confusión) que, en los mismos términos y con la misma documentación anteriormente presentada y analizada, se convalidaban los trámites ya realizados, concediendo a dicha Universidad un plazo de diez días para que informara de las tramitaciones llevadas a cabo por la ULPG en materia medioambiental. Ello dio lugar, el 2 de julio de 2015, a la contestación del Secretario de la FPCT en la que se aportaba el informe medioambiental a que se refería el requerimiento, dando claramente a entender que se daba por notificado del mismo y respondía en su condición de auténtico interesado en la concesión.

Por último, el 20 de agosto de 2015, el Director de la Autoridad Portuaria se dirigió de nuevo a la ULPG para el trámite de sometimiento al concesionario de aceptación de las condiciones bajo las cuales se podría otorgar la concesión, a lo que ha respondido la ULPG, no la FPCT, oponiéndose a la denegación de la tasa de ocupación. Ese trámite se repite nuevamente con los mismos intervinientes.

A pesar de que formalmente los solicitantes de la concesión en el primero y en el segundo expediente son distintos, no puede perderse de vista, a juicio de este Centro Directivo, en primer término, que la FPCT es, como se ha expuesto, un ente instrumental de la ULPG, habiendo quedado claro desde el principio que dicha Fundación sería la encargada de desarrollar el "Parque Científico y Tecnológico" sobre el espacio de dominio público solicitado. En segundo lugar, el proyecto presentado en los dos expedientes ha sido siempre el mismo, habiendo servido de base para el preceptivo trámite de información pública del procedimiento concesional y para la evacuación de los demás trámites del expediente, en especial, para la evacuación del informe medioambiental.

Así las cosas, razones de eficacia, economía procedimental y celeridad hacen desaconsejable cumplir de nuevo en el segundo expediente todos y cada uno de los trámites ya realizados en el primero, debiéndose considerarse válidos y eficaces todas las actuaciones realizadas, sin perjuicio de que el último y definitivo trámite que debe efectuarse, consistente en un nuevo traslado al solicitante (FPCT) del informe del Director de la Autoridad Portuaria favorable al otorgamiento de la concesión con sometimiento a aquél, para su aceptación, de las condiciones, se entienda necesariamente con la FPCT.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La Universidad de las Palmas de Gran Canaria y la Fundación Parque Científico Tecnológico de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria tienen la consideración de “órganos y entidades de las Administraciones Públicas” a los efectos del reconocimiento de la exención de la tasa de ocupación del dominio público portuario prevista en el artículo 169 a) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, cumpliendo, por tanto, el requisito subjetivo a que se supedita el reconocimiento de la exención.

**Segunda.-** El reconocimiento de la exención tributaria exige que por el Director de la Autoridad Portuaria se valoren las razones consignadas con los números 2, 3 y 4 del escrito del Gerente de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria de 1 de septiembre de 2015, recabando, si fuera preciso para ello, los correspondientes informes o estudios técnicos, de forma que si dichas razones permitiesen entender que las actividades de investigación que se pretenden realizar han de situarse necesariamente en el dominio público portuario, procedería el reconocimiento de la exención tributaria.

**Tercera.-** Por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico III de este informe, deben conservarse las actuaciones realizadas en el primer expediente de solicitud de concesión tramitado a instancia de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, debiendo entenderse, con la Fundación Canaria Parque Científico Tecnológico de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria el trámite previsto en el artículo 85.5 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

## **181.- Informe sobre posible declaración de lesividad de resolución que reconoce el derecho a obtener la devolución del ingreso indebido correspondiente a la tarifa portuaria T-3 por prescripción de tal derecho.**

### **Resumen**

Naturaleza de la declaración de lesividad como acto administrativo, que es presupuesto procesal en los recursos contenciosos-administrativos. Exámen de la prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos y la prescripción a obtener las devoluciones de ingresos indebidos. Límite temporal para la declaración de lesividad.

**REF:** A.E. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 14/16 (R-300/2016)

**Fecha:** 5 de mayo de 2016

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la posible declaración de lesividad de la resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 18 de febrero de 2014 por la que acordó devolver a la Compañía X, S.A. la cantidad de 1.409.787,02 euros, en concepto de tarifas por servicios portuarios prestados, en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 563/99, 1097/99, 2304/99, 2709/99, 1869/99 y 843/99, al considerar prescrito el derecho a la devolución. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue.

### **ANTECEDENTES**

**Primero.-** Expone la propuesta de resolución que obra en el expediente remitido los antecedentes de la cuestión planteada en los siguientes términos:

“1.- Con fechas 28 de febrero, 27 de marzo y 25 de abril de 2007, el Ministerio de Fomento resolvió distintos recursos de alzada, de los llamados ‘per saltum’ (art. 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) interpuestos por la Compañía X, S. A., contra liquidaciones practicadas por varias Autoridades Portuarias, entre ellas, la Autoridad Portuaria de Barcelona, en concepto de tarifas por servicios portuarios prestados. Estas resoluciones correspondían a los expedientes 2304/99 (Resolución de 28 de febrero de 2007); 563/99; 843/99; 1097/99; 1869/99 y 2709/99 (Resoluciones de 27 de marzo de 2007); y 1385/99 y 1700/99 (Resoluciones de 25 de abril de 2007).

En dichas resoluciones el Ministerio de Fomento estimó en parte los recursos interpuestos, declarando nulas las liquidaciones recurridas en cada uno de ellos como consecuencia de la nulidad de la Orden Ministerial que daba cobertura a estas liquidaciones por vulneración del principio de reserva de Ley, obligando a las Autoridades Portuarias afectadas a practicar nuevas liquidaciones en los términos previstos en el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario.

El Ministerio de Fomento procedió a realizar la notificación de las Resoluciones recaídas en los expedientes 563/99, 1097/99, 1869/99, 2304/99, 2709/99 y 843/99, en el domicilio señalado por la recurrente, por correo certificado con acuse de recibo.

XIII.- RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA UTILIZACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PORTUARIOS (TARIFAS, CÁNONES, TASAS, PRECIOS PRIVADOS)

Intentada la entrega de las mismas, el Servicio de Correos devolvió la documentación al remitente, figurando en los avisos de recibo 'desconocido/a' como causa de la no entrega. En estos recibos aparece, además, la firma y número de identificación del empleado de Correos y la fecha del intento de notificación de cada una de ellas:

- 9 de abril de 2007 (563/99)
- 10 de abril de 2007 (1097/99)
- 20 de marzo de 2007 (2304/99)
- 10 de abril de 2007 (2709/99)
- 9 de abril de 2007 (1869/99)
- 10 de abril de 2007 (843/99)

Mediante oficios de fechas 23 de abril, 25 de abril y 4 de mayo de 2007, el Ministerio de Fomento procedió a remitir las aludidas notificaciones, junto con otras que también resultaron infructuosas, a Puertos del Estado con el fin de que fueran entregadas a los interesados si su domicilio fuese conocido por ese organismo.

Puertos del Estado procedió a efectuar la notificación de estas seis Resoluciones junto con otra en la que la recurrente era X, S.A., a la dirección que le constaba como delegación de esa Compañía en Madrid (Av. ....), figurando el 21 de mayo de 2007 en el acuse de recibo correspondiente como fecha de recepción.

2. La Sala Primera del Tribunal Constitucional en Sentencia 74/2010, de 18 de octubre (BOE núm. 279, de 18 de noviembre de 2010), declaró inconstitucional y nulo el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, en la redacción dada al mismo por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio.

3. Mediante escrito de fecha 6 de mayo de 2011, presentado en Correos el 7 siguiente, dirigido a la Autoridad Portuaria de Barcelona, X, S.A. solicitó 'la devolución de los ingresos indebidos correspondientes a las liquidaciones de tarifas practicadas por esa Autoridad Portuaria, declaradas nulas por virtud de sendas Resoluciones que se adjuntan a este escrito'. Las Resoluciones adjuntas, según se acredita en la documentación remitida por la Autoridad Portuaria de Barcelona, eran las de 25 de abril de 2007 (expedientes 1385/99 y 1700/99), notificadas a X, S.A. en fecha 27 de junio de 2007.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2011, presentado en Correos ese mismo día, dirigido a la Autoridad Portuaria de Barcelona, X, S.A. manifestó que su anterior solicitud de devolución, de fecha 6 de mayo, 'se refiere a la totalidad de cantidades indebidamente percibidas por esa Autoridad Portuaria por el concepto indicado, sin que quepa limitar su importe a las declaradas nulas por virtud de Resoluciones que adjuntábamos al referido escrito'. Esto es, solicitó de forma genérica la devolución de la totalidad de cantidades indebidamente ingresadas en concepto de liquidaciones de tarifas portuarias practicadas por la Autoridad Portuaria de Barcelona.

4. Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 2013, se aprobó la concesión de un crédito extraordinario por importe de 15.44.076, 84 euros con cargo al Fondo de Contingencia para financiar el pago del principal de las sentencias judiciales firmes anulatorias de las liquidaciones por tarifas portuarias practicadas por distintas Autoridades Portuarias, entre las que se encontraba la Autoridad Portuaria de Barcelona. Dicho crédito es continuación de las modificaciones presupuestarias aprobadas en los ejercicios 2010 y 2011. Además, con cargo al Presupuesto de 2005, Puertos del Estado obtuvo, por medio de una modificación presupuestaria, un suplemento de crédito con cargo al Fondo de Contingencia de aquel ejercicio para el pago de intereses de demora derivados de sentencias anulatorias de tarifas portuarias en Autoridades Portuarias.

5. En fecha 17 de febrero de 2014, Puertos del Estado realizó una transferencia por importe de 7.012.521,79 euros a la Autoridad Portuaria de Barcelona destinado al pago de principal e intereses derivados de las sentencias judiciales firmes anulatorias de las liquidaciones



por tarifas portuarias, con causa en el indicado Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 2013.

6. Con fecha 18 de febrero de 2014, el Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona dictó la siguiente Resolución:

‘De conformidad con los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración en relación con el procedimiento de entrega de fondos por Puertos del Estado para el pago de las liquidaciones de tarifas anuladas por sentencia judicial firme.

Visto el informe de la Subdirección General de Explotación y Planificación Portuaria de la Subdirección General de Económico Financiero, relativo al cálculo de principal e intereses de sentencias judiciales firmes anulatorias de las liquidaciones por tarifas portuarias, que se adjunta como Anexo 1, que incorpora el cálculo actualizado a fecha 28 de febrero de 2014 como Anexo 1.II

**HA RESUELTO:**

ORDENAR a la Subdirección General de Económico Financiero que instrumente lo que sea menester a fin de que se proceda al pago del principal y de los intereses derivados de la ejecución de las sentencias relacionadas en el Anexo 1.II de esta resolución, con efectos del día 28 de febrero de 2014, y de acuerdo con el cálculo de cantidades que se desprende del informe de la Subdirección General de Explotación y Planificación Portuaria y de la Subdirección General de Económico Financiero que se adjunta como Anexo 1’.

X, S.A. es una de las sociedades beneficiarias de la anulación de las liquidaciones por tarifas portuarias y así figura en el Anexo I adjunto a la Resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de fecha 18 de febrero de 2014 de referencia.

Así, en cumplimiento de la reiterada Resolución de fecha 18 de febrero de 2014, la Autoridad Portuaria de Barcelona pagó a X, S.A., en fecha 19 de marzo de 2014, el importe total de 1.522.877,86 euros que comprende el principal de las liquidaciones anuladas, por importe de 838.871,55 euros y los intereses correspondientes, por importe de 784.006,31 euros, si bien en dichos intereses han de distinguirse dos cantidades diferentes, 668.722,57 euros que serían los intereses correspondientes hasta el 18 de octubre de 2013, que fue el importe incluido en la partida transferida por Puertos del Estado, y 15.283,74 euros, que serían los intereses hasta la fecha de pago, no incluidos en la partida transferida por Puertos del Estado.

7.- Con fecha 16 de septiembre de 2014, Puertos del Estado emitió informe de auditoría relativo al procedimiento de libramiento de fondos para el pago de principal e intereses derivados de las sentencias judiciales firmes anulatorias de las liquidaciones por tarifas portuarias en la Autoridad Portuaria de Barcelona, en el que se señala, entre otras, la siguiente incidencia:

‘En relación con el abono a la sociedad “X, S.A., se ha detectado que todas las resoluciones administrativas que soportan el pago se encuentran prescritas según la legislación establecida con la única excepción de la resolución de Fomento 1385199 (liquidaciones de la 4295/99 a la 4400/99). Por tanto, la APB tiene que reintegrar a Puertos del Estado la cantidad de 1.395.637,73 euros, y a su vez, ser reclamados al beneficiario’.

Con base en el anterior informe de auditoría, el Presidente de Puertos del Estado con fecha 22 de septiembre de 2014 requirió a la Autoridad Portuaria de Barcelona el reintegro, entre otros importes, de la cantidad de 1.395.637,73 euros indebidamente pagados a X, S.A.. Dicha cantidad comprende el principal de las liquidaciones prescritas (776.609, 13 euros) y los correspondientes intereses calculados hasta el 18 de octubre de 2013 (619.028,60 euros), que fueron los transferidos desde Puertos del Estado, no lógicamente los devengados a partir de esa fecha y abonados por la Autoridad Portuaria de Barcelona (14.149,29 euros).

8. La Autoridad Portuaria de Barcelona, tras comprobar con base en la información recibida, la prescripción del derecho a la devolución de ingresos indebidos de acuerdo con el informe

de auditoría, procedió al reintegro a Puertos del Estado del indicado importe de 1.395.637,73 euros.

Con fechas 20 de enero y 19 de marzo de 2015, el Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona acordó incoar expediente de revisión de oficio por pago indebido de cantidad a X, S.A., si bien dichas decisiones fueron revocadas y dejadas sin efecto mediante Resoluciones de fechas 10 de marzo de 2015 y 11 de febrero de 2016, respectivamente, de acuerdo con los datos que constan en el expediente.

9. Con fecha 17 de febrero de 2016, el Director de la Autoridad Portuaria de Barcelona dictó nueva Resolución de incoación de expediente de declaración de lesividad de la Resolución dictada por el Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de fecha 18 de febrero de 2014, al considerar prescrito el derecho de X, S.A. a la devolución de las liquidaciones por tasas portuarias anuladas por las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Fomento en los recursos ordinarios tramitados bajo los números 563/99, 1097/99, 2304/99, 2709/99, 1869/99 y 843/99. El importe afectado por la declaración de lesividad alcanza a la cantidad de 1.409.787,02 euros.

Mediante escrito de la Autoridad Portuaria de Barcelona, con fecha de 22 de febrero de 2016, se concedió a X, S.A. trámite de audiencia para que pudiera aportar cuantas alegaciones, documentos y justificaciones estimase oportunas. Con fecha 3 de marzo siguiente, X, S.A. presentó escrito de alegaciones.

10. Con fecha 9 de marzo de 2016, tuvo entrada en Puertos del Estado el expediente de declaración de lesividad, junto con el escrito de alegaciones presentado por X, S.A..

11. Con fecha 22 de marzo de 2016, emitió informe el ente público Puertos del Estado, en el que se concluye que: ‘...se estima que existe fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad de la resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona, de fecha 18 de febrero de 2014, por la que se acordó el pago a la Compañía X, S.A. de la cantidad de 1.409.787,02 euros (recursos 563/99, 1097/99, 2304/99, 2709/99, 1869/99 y 843/99),...’

12. Con fecha 11 de abril de 2016, la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, remitió el expediente a la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas”

Segundo.- Con fecha 12 de abril de 2016, el Secretario General Técnico del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas solicita, de acuerdo con los artículos 1.3.d) y 3.1.a) del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, informe a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre la posible declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de la Resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 18 de febrero de 2014 reseñada en el encabezamiento del presente informe, adjuntando a tales efectos el expediente tramitado y la propuesta de resolución oportuna.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

El artículo 43 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) dispone que “cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”

Por su parte, el artículo 103.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) dispone, en su redacción vigente (dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), que “las Administraciones Públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.” En el mismo sentido, y por lo que se refiere a la esfera tributaria, en la que se insertan las liquidaciones a que se refiere el presente informe, el artículo 218.1, párrafo segundo, de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) dispone que “la Administración tributaria podrá declarar lesivos para el interés públicos sus actos y resoluciones favorables a los interesados que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa”.

De los preceptos legales citados resulta que la declaración de lesividad se configura en nuestro Derecho como un acto administrativo que es requisito o presupuesto procesal indispensable para la legitimación activa de la Administración del Estado, en los casos en que la misma se proponga actuar como parte demandante en recursos contencioso-administrativos dirigidos contra sus propios actos declarativos de derechos (sentencias de 20 de enero de 1936, 27 de marzo de 1957 y 21 de marzo de 1961, entre otras). Sus efectos se centran, por tanto, en legitimar activamente a la Administración que demanda la anulación de sus propios actos, y, consiguientemente, en autorizar la interposición, admisión y tramitación del recurso contencioso-administrativo por ella promovido, sin perjuicio, como es natural, de las facultades del Tribunal competente para declarar si el acto impugnado es o no conforme a Derecho, y si realmente produce los efectos perjudiciales alegados por la Administración recurrente.

- II -

Para determinar, con carácter general, si procede o no la declaración de lesividad es preciso detenerse en el examen de los requisitos que a tales efectos deben concurrir en un acto administrativo.

El artículo 43 de la LJCA exige, en primer lugar, y como ya quedó señalado, que el acto lesione los intereses públicos. A esta primera exigencia ha de unirse un segundo requisito, imprescindible para que sea procedente la declaración de lesividad. Este segundo requisito consiste en la ilegalidad del acto, esto es, en que la resolución que se pretenda impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo incurra en alguna forma de infracción del ordenamiento jurídico y, por tanto, sea nula de pleno derecho o anulable, conforme a lo establecido por los artículos 62 y 63, respectivamente, de la LRJ-PAC, si bien debe advertirse que cuando el acto sea nulo de pleno derecho, según dictamen en tal sentido del Consejo de Estado, la Administración podrá por sí misma anularlo de oficio, sin necesidad de la previa declaración de lesividad y ulterior impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 102 de la LRJ-PAC).

Aunque el artículo 43 de la antes mencionada LJCA destaque singularmente el requisito de la lesión, la exigencia del segundo presupuesto –la desconformidad del acto con el ordenamiento jurídico– se desprende con toda claridad de los principios básicos que informan nuestro sistema de justicia administrativa, así como de diversos preceptos concretos del articulado de la propia LJCA (cfr. entre otros, los artículos 31, 70 y 71). La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado en este sentido de manera reiterada, pudiendo citarse, por todas, la sentencia de 23 de marzo de 1993, en la que claramente afirma que el sólo hecho de resultar gravoso para la Administración la eficacia de un acto administrativo (en el caso se trataba de una expropiación) no concurriendo ningún tipo de irregularidad invalidante, no puede ser causa suficiente para declarar la lesividad del acto.

- III -

Pasando al examen del caso sobre el que se informa, debe indicarse que ya bajo la vigencia de la LJCA de 1956 parte de la doctrina científica consideraba superado el requisito clásico de la doble lesión, jurídica y económica, bastando, a juicio de dicha doctrina, que el acto incurriese en cualquier infracción del ordenamiento jurídico para que pudiera ser declarado lesivo y anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa. Este mismo criterio venía sosteniéndose por un sector de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, la sentencia del Alto Tribunal de 22 de enero de 1988 (Ar. 326) declara que “todo lo cual supone la infracción de un bloque normativo que a tenor de la jurisprudencia caracteriza la lesividad regulada en el artículo 56 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, porque de la propia literalidad del precepto se deduce que la lesión a los intereses públicos no ha de ser necesariamente económica, sino que puede serlo también de otra naturaleza, en cuya consideración ha evolucionado la Jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de acoger criterios más amplios que le llevan a declarar que la pretensión anulatoria de lesividad puede estar motivada por el mero propósito de regularizar jurídicamente el acto causado con manifiesta vulneración de normas de derecho necesario.” En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de 3 de diciembre de 1987 al señalar que “la más progresiva doctrina jurisprudencial no exige que la lesión tenga que traducirse necesariamente en una estimación económica, bastando la vulneración del Derecho” y las de 28 de febrero de 1994 (Ar. 1465) y 6 de junio de 1995 (Ar. 4944) al declarar que “en la actualidad ha desaparecido la exigencia de la doble lesión, jurídica y económica, bastando con que el acto incurra en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico para que pueda ser declarado lesivo y anulado, tal como este Tribunal ha declarado en sus sentencias de 14 de marzo de 1980 y 22 de enero de 1988.” Este criterio doctrinal y jurisprudencial ha venido a encontrar refrendo legal en la vigente LJCA, habida cuenta de que su artículo 43 ha suprimido la alusión que el artículo 56 de la LJCA de 27 de diciembre de 1956 hacía al carácter de la lesión de los intereses públicos (“de carácter económico o de otra naturaleza”).

Por todo ello, es de la máxima importancia determinar si la Resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de fecha 18 de febrero de 2014, por la que se acordó devolver a la Compañía X, S.A. la cantidad de 1.522.877,86 euros, en cumplimiento de diversas resoluciones del Ministerio de Fomento dictadas en el año 2007, correspondiendo la cantidad de 1.409.787,02 euros a los recursos ordinarios tramitados bajo los números 563/99, 1097/99, 2304/99, 2709/99, 1869/99 y 843/99, objeto de la presente declaración de lesividad, incurrió en infracción del ordenamiento jurídico.

- IV -

Tal y como se indica en el fundamento de derecho tercero de la propuesta de resolución, el Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona inició el procedimiento de declaración de lesividad de su resolución de 18 de febrero de 2014 por entender que concurría causa de anulabilidad del artículo 63 de la LRJAP-PAC, al no resultar procedente la devolución a X, S.A. de los importes correspondientes a las liquidaciones por tarifas portuarias anuladas por las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 563/99, 1097/99, 2304/99, 2709/99, 1869/99 y 843/99, en razón de al haberse superado el plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos.

Dicho en otros términos, no resulta procedente la devolución a X, S.A. de los importes correspondientes a las liquidaciones por tarifas anuladas por las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 563/99, 1097/99, 2304/99, 2709/99, 1869/99 y 843/99, al haberse superado el plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos, dado que la notificación de estas resoluciones se realizó con fecha 21 de mayo de 2007 y la solicitud de X, S.A. fue registrada por el Servicio de Correos el día 26 de

mayo de 2011. Se entiende así que transcurrió el plazo de cuatro años previsto en el artículo 66.d) de la LGT, al no constatarse la existencia de actos interruptivos del mismo.

- V -

Centrada así la cuestión, deben analizarse las alegaciones formuladas por X, S.A. sobre el particular. Dicha entidad se opone a la existencia de la prescripción invocada por la el Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona como base de la lesividad del acuerdo de devolución de fecha 18 de febrero de 2014, por tres razones:

- a) No consta que las seis resoluciones del Ministerio de Fomento, parcialmente estimatorias de los recursos per saltum formulados, fueran notificadas en la fecha que se da por supuesta debido a la falta de virtualidad y fehaciencia del acuse de recibo de la notificación efectuada.
- b) La supuesta notificación realizada de las seis resoluciones no se realizó en el lugar específicamente destinado al efecto, en contra de lo dispuesto en el artículo 59.2 de la LRJ-PAC.
- c) El indebido cómputo del plazo de prescripción, planteando dos alternativas que, en cualquier caso, determinarían que la solicitud de devolución no estuviera prescrita.

- VI -

Comenzando con los supuestos defectos en la notificación de las seis resoluciones del Ministerio de Fomento, este Centro Directivo hace suyas las consideraciones que se recogen al respecto en la propuesta de resolución remitida que, sin citarla, tiene en cuenta una constante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la finalidad propia de las normas sobre notificaciones y las consecuencias, en su caso, de su incumplimiento. En este sentido, baste recordar que la finalidad de las notificaciones es llevar a conocimiento de los interesados los actos y resoluciones, con objeto de que éstos puedan defender convenientemente sus derechos e intereses. Por ello, sólo afectan a la validez de las notificaciones aquellos defectos que lesionan el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva sancionado en el artículo 24.1 de la Constitución (sentencias del Tribunal Constitucional nos 155/1989, de 5 de octubre, FJ 2; 59/1998, de 16 de marzo FJ 3; y 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero y 17 de febrero de 2014, entre otras).

Pues bien, como se indica en el fundamento de derecho tercero de la propuesta de resolución remitida a este Centro Directivo, la notificación de las resoluciones del Ministerio de Fomento tuvo lugar el 21 de mayo de 2007 a través del Servicio de Correos, objetándose, en primer lugar, por X, S.A. que no se hizo indicación en el acuse de recibo del cargo, razón de permanencia en el lugar o relación del firmante del documento con el destinatario, exigencia recogida en el antiguo artículo 271.2 del Reglamento de los Servicios de Correos, aprobado por Decreto 1653/1964, pero no en el artículo 41.3 del Reglamento en vigor, aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre. A mayor abundamiento, y como sigue diciendo la propuesta de resolución, en el mismo acuse de recibo se estampó el sello de entrada de la empresa con la fecha de recepción por la misma, habiendo sido considerada correcta la notificación así efectuada, aunque no se identifique al empleado, por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como la sentencia de 25 de abril de 2000, citada en la propuesta. Ningún comentario adicional merece la alegación de la empresa relativa a la realización de un solo envío para las tres resoluciones o el empleo de etiquetas adhesivas que, en absoluto, desvirtúan la plena validez de la notificación.

Esta doctrina se ha visto ratificada más recientemente, con carácter general, en las sentencias del mismo Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2010, recurso de casación nº 310/2005, y en dos sentencias de 26 de mayo de 2011, recursos de casación nos 308/2008

y 5423/2008, respectivamente, que, aparte de realizar un completo estudio sobre el régimen jurídico de las notificaciones administrativas, en su fundamento jurídico VIII, el octavo, se refieren precisamente a las notificaciones a personas jurídicas y a los requisitos que deben exigirse a las mismas. El indicado fundamento de derecho octavo de la primera de ellas, de 26 de mayo de 2011, se declara lo siguiente:

“A la luz de la normativa señalada en el fundamento jurídico anterior debe analizarse el grado de cumplimiento por parte de la Administración de las formalidades contenidas en las citadas normas.

Al respecto, y como se desprende del propio expediente administrativo, debe subrayarse que la Administración procedió a notificar el acto en el domicilio designado al efecto, según se desprende de los escritos formulados en la vía económico-administrativa. Además, en el acuse de recibo figura el nombre de la entidad, el de su representante y el domicilio designado. Y, en cuanto a la recepción de la misma, la notificación es recibida por una persona que firma y deja constancia de su nombre y su DNI.

Por lo tanto, las únicas formalidades que se constata que no han sido cumplidas, en aplicación de la normativa antes transcrita, son que no consta la relación que une a la persona que firma con la entidad y el sello de la misma.

Ahora bien, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, en supuestos como el que examinamos, la ausencia de la referencia a la relación que une a quien recibe la notificación con el destinatario de la misma no es más que una formalidad de carácter secundario, no sustancial. En efecto, cuando la notificación se practica en el domicilio del obligado tributario o de su representante, pero en persona distinta, esta Sala viene exigiendo que se haga constar la identidad del receptor, es decir, el nombre y documento nacional de identidad (entre las últimas, Sentencias de 30 de octubre de 2009 (rec. cas. núm. 7914/2003), FD Tercero; y de 10 de marzo de 2010 (rec. cas. núm. 585/2008), FD Cuarto), exigiendo también en algún pronunciamiento la referencia a la relación que le une con el destinatario, pero advirtiendo que, incluso en estos casos, ‘deben valorarse las circunstancias particulares de cada supuesto para determinar si se cumplió la finalidad última de la notificación ‘ [ Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (rec. cas. núm. 3943/2007) FD Tercero; de 30 de octubre de 2009, (rec. cas. núm. 7914/2003), FD Tercero ].

En este sentido, los Tribunales han anulado en más de una ocasión notificaciones por entender que no se daba cumplimiento a las formalidades exigidas por la Ley. En particular, esta Sala ha considerado ineficaces las notificaciones a terceros que no aparecen identificados [ Sentencias de 8 de marzo de 1997 (rec. cas. núm. 5256/1991), FD Primero; de 25 de febrero de 1998 (rec. apel. núm. 11658/1991), FD Primero; de 2 de octubre de 1999 (rec. cas. núm. 131/1995), FD Primero; de 9 de marzo de 2000 (rec. apel. núm. 2017/1992), FD Tercero; de 29 de abril de 2000 (rec. cas. núm. 5440/1995), FD Cuarto; de 11 de diciembre de 2001 (rec. cas. núm. 4239/1996), FD Segundo]; o la notificación a una persona que sólo se identifica con el nombre de pila [ Sentencias de 9 de diciembre de 2003 (rec. cas. núm. 4459/1998), FD Tercero; y de 27 de noviembre de 2008 (rec. cas. núm. 5565/2006), FD Cuarto].

Pero también dijimos, en la Sentencia de 24 de mayo de 2010 (rec. cas. para la unific. de doctrina 318/2005) que ‘cuando en el domicilio designado por el interesado o su representante a efectos de recibir las oportunas y correspondientes notificaciones no esté aquel presente, la cédula puede ser entregada a cualquier persona que se encuentre en el mismo y haga constar su identidad, sin que el art. 59.2 de la Ley 30/92 exija que se haga constar la condición del receptor de la notificación, ya que solo obliga a hacer constar su identidad.

Por otro lado, el Reglamento para el procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas se adecuó a lo prescrito en la normativa administrativa, al quedar facultada cualquier persona a recibir la notificación en el domicilio del interesado en su ausencia, lo que genera la consecuencia de presumir que la notificación ha llegado a poder de su destinatario

a través del tercero y la obligación de aportar prueba por el interesado que destruya aquella presunción.

La parte alega que el Reglamento Regulator de la Prestación de los Servicios Postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, al dictar las normas generales para la entrega de los envíos exige, respecto de la entrega de notificaciones a personas jurídicas (art. 44), que se realice al representante de éstas, o bien, a un empleado de la misma, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompaña a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello de la empresa, requisitos que la sentencia considera incumplidos.

Sin embargo, esta normativa debe interpretarse en relación con los requisitos establecidos en la ley, siendo de significar que el art. 59.2 de la Ley 30/92 no exige que el receptor en caso de notificaciones a personas jurídicas sea un empleado ' (FD Tercero).

A lo anterior debe añadirse que, según pone de relieve la Sala de instancia, cuando la entidad recurrente solicitó del TEAC copia de la resolución recurrida para su aportación al recurso núm. 496/2004 (recibida el 6 de julio de 2004), la persona receptora de la notificación fue la misma que recogió la primera notificación el 3 de marzo de 2004. Y, amén de que, como afirma la Sentencia recurrida en esta sede, '[s]obre este extremo no hay alegación alguna de la parte', no entendiéndose 'por qué se niega eficacia a la primera de aquellas notificaciones, dándose plena validez a la segunda' (FD Séptimo), ya hemos señalado con en el fundamento de Derecho Cuarto que el principio de buena fe, aplicable tanto a la Administración como a los administrados, impide que el interesado alegue que la notificación se produjo con persona improcedente cuando, como aquí ha acontecido, antes o después recibió sin reparos otras recogidas por la misma persona.

De igual forma, tampoco puede otorgarse eficacia invalidante a la ausencia del sello de la empresa, pues esta Sala ha admitido la notificación realizada en un domicilio que anteriormente tenía la entidad, y que sigue siendo de empresas del mismo grupo empresarial, habiéndose firmado por quien se identifica como empleado, consigna su DNI, incluso cuando no figure en el acuse de recibo el sello de la empresa [ Sentencia de 14 de marzo de 2011 (rec. cas. núm. 5455/2007), FD Cuarto].

Por lo tanto, habiéndose notificado un domicilio adecuado y siendo recepcionada por una persona que se identifica con nombre, firma y DNI, solo cabe concluir que los posibles defectos que concurren en la notificación son formalidades de carácter secundario, debiendo presumirse que el acto ha llegado a conocimiento tempestivo de la entidad. Presunción que se ve reforzada por dos circunstancias a las que acertadamente alude la Sala de instancia, a saber: que la entidad recurrente no explica cómo pudo llegar a sus manos la resolución del TEAC extemporáneamente impugnada y que la alegada recepción intempestiva de dicha resolución como consecuencia de defectos en la notificación no se pusiera de manifiesto ante la Sala de instancia en el propio escrito de interposición del recurso. En fin, debiendo presumirse que la resolución del TEAC llegó a Beca Inmobiliaria, S.A. a tiempo para impugnarla, y no habiendo aportado la entidad recurrente prueba alguna que permita desvirtuar esta presunción, la notificación debe considerarse eficaz.

Las razones expuestas conducen a la desestimación del motivo?"

Queda claro, por tanto, que habiéndose notificado las seis resoluciones en el domicilio adecuado y siendo recepcionadas por una persona que se identifica con su nombre, firma y DNI, amén de estampar el sello de la empresa, se cumplen plenamente con las exigencias legales y reglamentarias, en concreto, del artículo 59.2 de la LRJ-PAC y de los artículos 41 y 44 del Reglamento de los Servicios Postales.

Este último artículo, referente a las notificaciones a personas jurídicas, después de remitirse con carácter general a las normas establecidas para la admisión y entrega de notifica-

ciones, dispone que la entrega se realice al representante de éstas, o bien, a un empleado de la misma, haciendo constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompaña a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello de la empresa. Constando todos estos extremos en el aviso de recibo, - como sigue diciendo el fallo - , la falta de indicación de la relación que une a dicha persona con la empresa no es más que una formalidad de carácter secundario, no sustancial, debiendo, por ende, rechazarse esta primera alegación.

Pasando ya a la alegación relativa a la falta de realización de la notificación de las resoluciones en el lugar específicamente destinado al efecto, contraviniendo así, a juicio de la entidad interesada, lo dispuesto en el artículo 59.2 de la LRJ-PAC, baste poner de manifiesto la innecesariedad de tener presente lo dispuesto en el segundo párrafo del citado artículo, que obliga a una repetición de la notificación tres días después del intento previo y en hora distinta en el mismo domicilio, pues la exigencia en cuestión está prevista únicamente cuando, siendo conocido el domicilio del interesado, no pudiera hacerse cargo nadie de la notificación, haciéndose constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación.

En el presente caso, la primera notificación realizada por el Ministerio de Fomento fue infructuosa en el domicilio indicado para notificaciones por la empresa, siendo devuelto el envío por el Servicio de Correos por “desconocido”, lo que determinó, de acuerdo con el artículo 43.c) del vigente Reglamento del Servicio de Correos, que no fuera necesario ya un segundo intento de entrega.

Ello trajo como consecuencia que, por aplicación directa de las previsiones del propio artículo 59.2, primer párrafo, de la LRJ-PAC, se practicara la notificación en cualquier lugar adecuado y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de ese artículo. Ese lugar no fue otro que la dirección correspondiente a las oficinas de la empresa (Avda. ....), cuya realidad no fue negada en momento alguno por su representante, realizándose la misma por Puertos del Estado, ente público adscrito al Ministerio de Fomento, a petición de este último, dada la evidente relación de dicho ente con el objeto del recurso. No existe, por otro lado, precepto alguno que impida al Ministerio recabar la colaboración del ente público indicado con el fin de conseguir la notificación de las resoluciones de unos recursos administrativos interpuestos ante el mismo Departamento ministerial contra unas liquidaciones dictadas por las Autoridades Portuarias.

A mayor abundamiento, como se indica también en el fundamento de derecho tercero de la propuesta de resolución, dado que el representante de X, S.A. no ha negado que la dirección en la que se realizó la notificación de 21 de mayo de 2007 (Cía. X, S:A – Avda.....) correspondía a las oficinas que esa Compañía tenía en Madrid en dicha fecha, debe considerarse razonable concluir que no se han infringido las previsiones legalmente establecidas para las notificaciones contenidas en el artículo 59.2 de la LRJ-PAC.

Además, la notificación de las Resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 1385/99 y 1700/99, relacionados con los que son objeto de este informe, se realizó en las mismas condiciones que la notificación de las resoluciones recaídas en los expedientes 563/99, 1097/99, 2304/99, 2709/99, 1869/99 y 843/99, es decir, a petición del Ministerio de Fomento la realizó Puertos del Estado, en un único envío, al resultar infructuosa la notificación realizada por ese Departamento y se realizó a la misma dirección (Cía. X, S.A - Avda. ....), figurando como fecha de recepción el 27 de junio de 2007. Según consta acreditado en el expediente, la solicitud de devolución de los ingresos indebidos correspondientes a estas dos resoluciones fue realizada por X, S.A. mediante escrito dirigido a la Autoridad Portuaria de Barcelona de fecha 6 de mayo de 2011, devolución que fue debidamente realizada por la Autoridad Portuaria de Barcelona. Dado que las circunstancias de esta notificación son idénticas a la que se realizó el 21 de mayo de 2007 debe suponerse igual de correcta y si la solicitud de devolución de ingresos indebidos correspondientes a esas seis resoluciones



no fue incluida en la solicitud de X, S.A. de 6 de mayo de 2011, no puede atribuirse a defectos en la notificación de las mismas.

Por último, se da la circunstancia de que el domicilio al que se notificaron por Puertos del Estado las resoluciones del Ministerio de Fomento fue el que empleó X, S.A. para instar el 7 y 26 de mayo de 2011 la devolución por ingresos indebidos, por lo que resulta evidente que la notificación se realizó en el “lugar adecuado a tal fin”

Por todo lo expresado, no puede considerarse que las circunstancias alegadas invaliden la notificación efectuada por Puertos del Estado el 21 de mayo de 2007.

## - VII -

La entidad interesada invoca como alegación de fondo el indebido cómputo del plazo de prescripción, planteando dos alternativas que, en cualquier caso, determinarían, a su juicio que la solicitud de devolución no estuviera prescrita.

Por un lado, afirma que “procede la aplicación de los artículos 66.c) y 67 de la LGT según los cuales, el plazo de cuatro años para ‘solicitar’ la devolución de ingresos indebidos comienza a computarse desde el día siguiente a aquél en que la devolución pudo solicitarse o que adquiera firmeza la resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado”

En este punto, X, S.A. alega que los recursos interpuestos ante el Ministerio de Fomento son recursos ordinarios ante un órgano distinto del que practicó la liquidación que se anula, por lo que el Ministerio de Fomento no devuelve el ingreso, sino que anula la liquidación y comunica la resolución a las Autoridades Portuarias afectadas para que procedan a practicar la refacturación de la deuda, pero que, por virtud de determinadas sentencias posteriores del Tribunal Constitucional, resultó imposible. Es decir, el Ministerio de Fomento no generó un automático derecho a obtener la devolución, sino que ésta ha de ser solicitada por el interesado, de forma que lo que existe en este caso es un derecho a solicitar la devolución, no un derecho a obtener la devolución. Así, el plazo de prescripción comenzaría a correr, en virtud del artículo 66.c) de la Ley 58/2003, de 17 de noviembre, General Tributaria (LGT) “desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la sentencia o resolución administrativa que declare total o parcialmente improcedente el acto impugnado” o, lo que es lo mismo, a los dos meses de la notificación de las resoluciones del Ministerio de Fomento en cuestión, al no haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional frente a las mismas, por lo que a esa fecha devinieron firmes y consentidas.

Por otro lado, sostiene que, en cualquier caso, no se puede considerar el 21 de mayo de 2007 como dies a quo de la prescripción del derecho a la devolución.

X, S.A. alega en este sentido que las resoluciones del Ministerio de Fomento no sólo no ordenan la devolución de ingresos, sino que expresamente indican el deber de las Autoridades Portuarias de proceder a la práctica de nuevas liquidaciones “en los términos previstos en el apartado 2 de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, en la redacción dada a este precepto por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio”

Sin embargo, la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción que le dio la disposición final segunda de la Ley 25/2006, fue anulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 74/2010, de 18 de octubre (publicada en el BOE el 18 de noviembre de 2010), desapareciendo para la Autoridad Portuaria la posibilidad de refacturar y, por lo tanto, la única posibilidad para cumplir las resoluciones del Ministerio de Fomento era proceder a la devolución de los importes recibidos por las liquidaciones anuladas. Por lo que X, S.A. concluye que “el 18 de noviembre de 2010, fecha de publicación en el BOE de la STC 74/2010 –cfr. art. 38.1 LOTC– nació el derecho a la devolución íntegra de la tarifa

pagada, insusceptible ya de refacturación y, por tanto, ese día comenzó a correr el plazo de prescripción de 4 años para solicitar la devolución”.

Pues bien, dando respuesta a las alegaciones de la repetida sociedad, se exponen a continuación los motivos por los que en este supuesto debe aplicarse, en contra de lo alegado por X, S.A., el apartado d) del artículo 66 de la LGT y no el apartado c) y debe considerarse el 21 de mayo de 2007 como dies a quo del plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución.

La LGT distingue en su artículo 66 entre la prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos (apartado c) y la prescripción del derecho a obtener las devoluciones de ingresos indebidos (apartado d).

Por su parte, el artículo 221.2 de la LGT dispone que “cuando el derecho a la devolución se hubiera reconocido mediante el procedimiento previsto en el apartado 1 de este artículo o en virtud de un acto administrativo o una resolución económico-administrativa o judicial, se procederá a la ejecución de la devolución en los términos que reglamentariamente se establezcan”. A nivel reglamentario, el artículo 20 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, preceptúa que “reconocido el derecho a la devolución mediante cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo 15 o cuando mediante ley se declare la condonación de una deuda o sanción, se procederá a la inmediata ejecución de la devolución”; finalmente, el artículo 15.1.c) del citado Real Decreto 520/2005 dispone que el derecho a la devolución de ingresos indebidos podrá reconocerse, entre otros casos, “en virtud de la resolución de un recurso administrativo o reclamación económico-administrativa o en virtud de una resolución judicial firme”.

La diferencia entre el reconocimiento del derecho a la devolución del ingreso indebido y la ejecución de la devolución está presente, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995, como lo está, obviamente, en la propia LGT (art. 221) y en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que se refiere de forma independiente al procedimiento para el reconocimiento de ese derecho (Sección 2ª del Capítulo V –artículos 17 a 19–) y a la ejecución de la devolución (Sección 3ª del mismo Capítulo –artículo 20–).

En la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995 se reconoce claramente la compensación como forma de ejecución de la devolución de ingresos indebidos consecuencia de la previa anulación de liquidaciones provisionales ingresadas y se distingue “(...) entre el procedimiento de reconocimiento del derecho a la devolución de los ingresos indebidos, que debe culminar siempre por razones jurídicas y de congruencia lógica, en el acuerdo de devolución de la totalidad de las cantidades ingresadas indebidamente, y el procedimiento de ejecución que puede desembocar en el pago en dinero del total, o en la extinción por compensación de la parte concurrente de los créditos y débitos si éstos estuvieran ya liquidados, y el pago en dinero del exceso, si lo hubiere”.

La distinción que establece el Tribunal Supremo en dicho fallo es plenamente aplicable en el caso suscitado y permite diferenciar entre el derecho a obtener la devolución del ingreso indebido, que nace cuando se dictan las oportunas resoluciones del Ministerio de Fomento, que anulan las correspondientes liquidaciones, y la ejecución de la devolución que puede efectuarse mediante compensación entre lo indebidamente ingresado y el débito que, en su caso, nazca a favor de la Autoridad Portuaria al efectuar la refacturación.

El hecho cierto de que la Autoridad Portuaria, en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento, tuviera que efectuar una nueva liquidación y compensación, en los términos previstos en la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción dada a la misma por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, no afecta al reconocimiento del derecho a la devolución del ingreso indebido, que se sitúa en el momento en que se dicta la resolución que anula la liquidación, sino que afecta, en su caso, a la forma en que tal devolución debe llevarse a cabo, que es la compensación con la cantidad

que, en su caso, resulte de la nueva liquidación que se practique al amparo de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999.

La diferencia entre el derecho a solicitar la devolución de un ingreso indebido y el derecho a obtener la devolución de un ingreso indebido tiene, como no podía ser de otra forma, reflejo en materia de prescripción, ya que el primer caso es el recogido en el artículo 66.c) de la LGT, teniendo el plazo de prescripción como dies a quo los indicados en el artículo 67.1, párrafo cuarto, en tanto que el segundo caso queda recogido en el artículo 66.d) de la propia LGT teniendo el plazo de prescripción como dies a quo los indicados en el artículo 67.1, párrafo último, distintos de los anteriores.

En el caso a que se refiere el presente informe se trata de un supuesto de reconocimiento del derecho a la devolución en virtud de seis resoluciones administrativas –artículo 221.2 LGT y artículo 15.1.c) Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo–, por lo que resulta de aplicación el artículo 66.d) de la LGT y no el artículo 66.c) de este texto legal.

Si bien es cierto que la parte dispositiva de las seis resoluciones del Ministerio de Fomento únicamente declara nulas y deja sin efecto las liquidaciones giradas, ordenando la práctica de nuevas liquidaciones, lo cierto es que implícitamente está reconociendo el derecho a la devolución de ingresos indebidos de la sociedad interesada, consecuencia automática de la anulación de las liquidaciones y del previo ingreso de las mismas en su momento, aunque trate de neutralizar el efecto derivado de esa devolución con la práctica de nuevas liquidaciones por el mismo importe y por la aplicación, como medio extintivo de la devolución tributaria, de la figura de la compensación.

En buena técnica jurídica, la anulación de un acto de liquidación tributaria cuando este último ha dado lugar a un ingreso supone el reconocimiento del derecho a la devolución del ingreso realizado, al margen de las fórmulas para ejecutar o llevar a efecto esa devolución y de que, por ministerio de la ley y para un caso muy singular, se haya previsto una fórmula que posibilite que las liquidaciones anuladas puedan ser nuevamente exigidas mediante la práctica de nuevas liquidaciones, de conformidad con lo determinado en la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción dada a la misma por la Ley 25/2006, de 17 de julio.

Tratándose de un supuesto de reconocimiento al derecho de devolución de un ingreso indebido, para determinar el dies a quo del cómputo del plazo de cuatro años de prescripción del derecho a obtener la devolución del artículo 66.d) LGT ha de estarse necesariamente al art. 67.1, último párrafo, de la propia LGT que establece que dicho plazo empezará a contarse “desde el día siguiente a la fecha de notificación del acuerdo donde se reconozca el derecho a percibir la devolución...”. Por lo tanto, habrá que estar a la fecha de notificación a la interesada de las seis resoluciones del Ministerio de Fomento que anularon las liquidaciones para determinar si ha transcurrido el plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución.

Sobre esta base, como ya se ha expuesto, el hecho de que la Autoridad Portuaria no practicara una nueva liquidación seguida de la oportuna compensación, no afecta al nacimiento del derecho a obtener la devolución del ingreso indebido reconocido en las resoluciones del Ministerio de Fomento, cuyo plazo de prescripción debe contarse desde la fecha de notificación de la resolución que reconozca el derecho a la devolución, sin que pueda diferirse, por tanto, a la fecha de publicación en el BOE, el 18 de noviembre de 2010, de la sentencia del Tribunal Constitucional 74/2010, de 18 de octubre, que declaró la inconstitucionalidad de la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 55/1999, en la redacción de la disposición final segunda de la Ley 25/2006, resolviendo una cuestión planteada casi tres años después de dictarse las resoluciones del Ministerio de Fomento, concretamente el 8 de febrero de 2010. Ese fallo impidió, como es lógico, desde la fecha de su publicación, que se pudiera acudir ya al sistema de refacturación, pero, en absoluto, afectó al plazo de prescripción del derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos iniciado con la notificación de las resoluciones.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, la notificación de las referidas resoluciones tuvo lugar el 21 de mayo de 2007 y dado que la solicitud de X, S.A. de devolución de ingresos indebidos es de fecha 26 de mayo de 2011, puede concluirse que había transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años del derecho a obtener la devolución, sin que conste en el expediente la existencia de actos interruptivos de dicho plazo.

Por este motivo, se estima que la resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 18 de febrero de 2014, por la que se autorizó el pago a X, S.A. de la cantidad de 1.409.787,02 euros, incurre en el supuesto de anulabilidad previsto en el artículo 63.3 de la LRJ-PAC, que determina la anulabilidad de las actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

## - VIII -

Alcanzada la anterior conclusión, y habiéndose tramitado regularmente el procedimiento para la declaración de lesividad de la mencionada Resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 18 de febrero de 2014, por haberse observado las previsiones del artículo 218 de la LGT y de los artículos de 7 a 9 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, este Centro Directivo debe hacer las dos siguientes indicaciones:

- 1) La declaración de lesividad ha de efectuarse necesariamente antes de que expire el plazo de cuatro años contando desde del día en que se dictó la repetida Resolución de 18 de febrero de 2014, ya que, en otro caso, no procedería la declaración de lesividad al rebasarse el límite temporal establecido en el artículo 218.2 de la LGT. Por otra parte, y so pena de caducidad del procedimiento (artículo 218.3), la declaración de lesividad deberá adoptarse antes del 17 de mayo de 2016.
- 2) Una vez efectuada la declaración de lesividad, deberían remitirse las actuaciones a este Centro Directivo (Subdirección General de los Servicios Contenciosos), a fin de que se impartan las oportunas instrucciones a la Abogacía del Estado competente para la interposición de la correspondiente demanda, la que deberá efectuarse necesariamente dentro del plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la declaración de lesividad.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Se aprecia fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad y subsiguiente impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa de la resolución del Director General de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 18 de febrero de 2014, por la que se autorizó el pago a X, S.A. de la cantidad de 1.409.787,02 euros, en concepto de tarifas portuarias T-3, en cumplimiento de las resoluciones del Ministerio de Fomento recaídas en los expedientes 563/99, 1097/99, 2304/99, 2709/99, 1869/99 y 843/99.

**Segunda.-** En relación con el procedimiento de declaración de lesividad de las mencionadas resoluciones, deberían tenerse en cuenta las indicaciones recogidas en el fundamento jurídico VIII del presente informe.

## **XIV.- RÉGIMEN DE POLÍCIA**



## XIV.- RÉGIMEN DE POLICÍA

### 182.- Informe sobre la posibilidad de que la Autoridad Portuaria someta a controles preventivos de alcoholemia a su propio personal y al de las empresas que operan en la zona portuaria.

#### Resumen

Consulta sobre posibilidad de que la Autoridad Portuaria de Santander someta a controles preventivos de alcoholemia a su propio personal y al de las empresas que operan en la zona portuaria. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre exigencias que deben concurrir para practicar intervenciones corporales desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal, especialmente, existencia de norma con rango de ley que expresamente las autorice. Imposibilidad de apreciar la concurrencia de este requisito en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante ni en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre. Posibilidad de que los controles de alcoholemia se efectúen de acuerdo con las prescripciones de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

**Ref.:** A.G.SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/05

**Fecha:** 22 de abril de 2005

**Ponente:** Javier Lamana Palacios

#### Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Cantabria, al amparo de lo establecido en el artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, referente a la posibilidad de que la Autoridad Portuaria de Santander, en el ejercicio de las competencias que le atribuye la legislación de Puertos en materia de seguridad, someta a controles preventivos de alcoholemia a su propio personal y al de las empresas que operan en la zona portuaria.

En relación con dicha consulta, y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro directivo informa cuanto sigue:

#### ANTECEDENTES

1º) Con fecha 23 de febrero de 2005, la Abogacía del Estado en Cantabria emitió informe, a solicitud del Presidente de la Autoridad Portuaria de Santander, en relación con la propuesta de Instrucción para la mejora en la seguridad de las operaciones portuarias, elaborada por el mencionado Organismo público. En el citado informe se formulaban las siguientes conclusiones:

“**Primera.-** La Autoridad Portuaria ostenta distinta condición, posición y facultades y actúa bajo distinto régimen en los diversos ámbitos a los que alcanza y se refiere la Instrucción. Es distinta su situación cuando actúa frente a su personal y en el marco de actividades que presta y atiende directamente por sí, que cuando actúa frente a terceros y respecto de los servicios y actividades que éstos llevan a cabo en la zona portuaria, y que previamente la propia Autoridad Portuaria ha autorizado.

Ello aconseja que la regulación de las medidas de seguridad aplicables en uno y otro ámbito se regulen y determinen de modo diferenciado, porque son además distintos los instrumentos que la norma habilita a estos efectos.

**Segunda.-** La Ley 31/95, de prevención de riesgos laborales, es el referente a aplicar cuando la Autoridad Portuaria pretende garantizar la seguridad en ámbito de las actividades que desempeñe por sí misma y a través de su propio personal o de empresas subcontratadas por la misma.

En tal ámbito la Autoridad Portuaria es y tiene las potestades propias del empresario, y queda sujeta al control de la Autoridad Laboral.

En lo que aquí interesa, la prevención de riesgos debe efectuarse a través del plan a que se refiere el art. 16 de tal Ley. Paralelamente, medidas del tipo de las señaladas en esta Instrucción, pueden tener encaje en las previsiones del art. 22, por lo que su implantación de modo genérico y preventivo, y aún al margen de la aceptación voluntaria del trabajador, requiere del informe de la representación de los trabajadores a que tal precepto se refiere.

**Tercero.-** Lo anterior no excluye la posibilidad de intervención frente al propio trabajador, con las órdenes directas puntuales y precisas que se crean oportunas, ante supuestos de riesgo grave e inminente.

La corrección de tales medidas exige un análisis casuístico; no obstante, aquélla estará determinada por su proporcionalidad en relación con las circunstancias concurrentes y el fin buscado.

**Cuarto.-** La posición de la Autoridad Portuaria frente a terceros usuarios, es la de Administración que puede controlar su actividad introduciendo condicionantes y obligaciones en los pliegos de prescripciones que rigen el otorgamiento de las licencias y autorizaciones para prestación de servicios y realización de actividades, así como imponiendo condiciones a través de dichos títulos habilitadores para operar en la zona portuaria.

Paralelamente, la función de la Autoridad Portuaria es la de seguimiento y control de las empresas para comprobar que respeten tales condicionantes, pero no la de sustitución de dichos empresarios y la verificación por sí de lo que a ellos corresponde.

A tal fin, el art. 132 de la Ley 48/03 dispone la creación de órganos y mecanismos de coordinación y seguimiento en materia de prevención de riesgos.

No obstante, cuando el legislador permite y prevé medidas del tipo de las recogidas en la presente Instrucción, lo hace a través de normas con rango de Ley que se refieren a aquéllas de modo expreso, e incluso rodea la utilización de tal tipo de medidas de importantes cautelas. Las competencias genéricas que la legislación portuaria confiere en materia de seguridad, no parecen título ni apoyo suficiente para que la Autoridad Portuaria pueda imponer la realización de pruebas y controles de tal tipo.

Los mecanismos alternativos que ofrece el ordenamiento son los de exigir a los empresarios a los que se autorice operar en el puerto, que apliquen en sus planes de prevención de riesgos medidas como las señaladas en el art. 22 de la Ley 31/95 antes citado.

Quinto.- La inaplicación del régimen sancionador si los mismos hechos ya han sido considerados como infracción en otro ámbito, sólo es procedente si con tal doble sanción se lesiona el 'non bis in idem', pero no si ambos tipos infractores protegen bienes jurídicos diferentes, en cuyo caso no puede excluirse la sanción y dejarse de ejercitar la potestad sancionadora.

La sujeción a procesos rehabilitadores no excluye la responsabilidad, pero sí puede incidir en la graduación de la sanción:"

2º) Con fecha 25 de febrero de 2005, se ha recibido en esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado la consulta elevada por la Abogacía del Estado en Cantabria en relación con el informe mencionado en el Antecedente anterior, en los siguientes términos:

"En ejercicio de sus competencias, y con la loable intención de prevenir y evitar en la zona portuaria riesgos y accidentes vinculados al consumo del alcohol, la citada Autoridad preparó



un borrador de Instrucción sobre medidas de seguridad en la zona portuaria que fue objeto del informe sobre el que se plantea la consulta (...)

Las medidas previstas se correspondían con la sujeción a la práctica de controles aleatorios y rutinarios de alcoholemia de carácter preventivo, bien a petición voluntaria del propio operador portuario, bien por decisión de los vigilantes guardamuelles (...)

En los términos que resultan del informe que se acompaña, por este Servicio Jurídico se consideró que debe diferenciarse el ámbito y tipo de relación en la que se encuentre la Autoridad Portuaria, por no ser coincidente la posición e instrumentos que la norma le confiere respecto de su propio personal y respecto de terceros empresarios y demás trabajadores que operen en la zona portuaria. Al margen de ello, se consideró que medidas como las señaladas por su incidencia en derechos fundamentales como el de la intimidad de las personas, fuera de aquellos casos en que sean asumidas voluntariamente por el destinatario, no pueden imponerse y exigirse salvo que una norma legal lo autorice de un modo expreso y específico.

A la vista de los razonamientos empleados por esta Abogacía del Estado en el informe señalado, la Autoridad Portuaria insiste en la necesidad que tiene de poder prevenir riesgos como los descritos, que no se revelan como infrecuentes en los sectores de actividad relacionados con el ámbito portuario. Y considera que la atribución de competencias que se le hace en la Ley 27/92, de 24 de noviembre, y en la Ley 48/03, de 26 de noviembre, en orden a garantizar la seguridad en las zonas comunes y a lograr el desarrollo en óptimas condiciones de seguridad de los servicios portuarios básicos y de las actividades que requieren de su autorización o concesión, es título legal suficiente para recurrir al uso de medidas preventivas como las comentadas y para poder exigir la práctica y sujeción a las mismas de quienes hayan accedido o quieran acceder al recinto portuario y operar en el mismo. Consideran igualmente que la posibilidad de contar con tales mecanismos es lógica y precisa como contrapartida a las responsabilidades que en caso de accidente inevitablemente iban a ser exigidas al puerto (...).”

En consideración a todo ello, la Abogacía del Estado en Cantabria plantea la siguiente consulta:

“Se duda por tanto en último término y se sujeta a consulta si las facultades y competencias reconocidas por la legislación de puertos, aún cuando sean genéricas y no aludan a tales facultades en concreto, pueden entenderse como título habilitador suficiente para que la Autoridad Portuaria pueda imponer y sujetar de modo obligatorio a la práctica de controles preventivos de alcoholemia como los comentados, en tanto que otras facultades y medidas que pudieran derivar de las leyes se muestran insuficientes para conseguir en último término el cumplimiento de la seguridad que se impone y atribuye a dichas Autoridades; o si por el contrario y dada la incidencia que tal tipo de intervención tiene en derechos fundamentales como los del art. 18 de la Constitución, deben mantenerse las apreciaciones iniciales del informe que se remite, y rechazarse que las Autoridades Portuarias puedan proceder a la práctica de los controles de alcoholemia fuera de los casos y modos analizados en aquél.”

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La consulta remitida a este Centro Directivo por la Abogacía del Estado en Cantabria deriva, en los términos expuestos anteriormente, de la solicitud de informe formulada a esa Unidad por la Autoridad Portuaria de Santander, en relación con la propuesta de Instrucción para la mejora en la seguridad de las operaciones portuarias, elaborada por el mencionado Organismo público.

Como consecuencia de esa solicitud, la Abogacía del Estado en Cantabria emitió el informe de 23 de febrero de 2005 aludido en el antecedente primero del presente dictamen, en el que, tras exponer que deben diferenciarse las relaciones que mantiene la Autoridad Portuaria con su propio personal de las que le vinculan con terceros empresarios y demás trabajadores que operan en la zona portuaria (dedicados a actividades como la carga y descarga, estiba y desestiba, manejo de grúas y otra maquinaria pesada, servicios de practicaje, remolque, labores de policía y vigilancia, etc.), señaló, tal y como se sintetiza en la propia consulta, que, en todo caso, las medidas consistentes en la sujeción a controles aleatorios y rutinarios de alcoholemia de carácter preventivo, bien a petición del operador portuario o bien por decisión de los vigilantes guardamuelleres, tendentes a prevenir y evitar en la zona portuaria riesgos y accidentes derivados del consumo del alcohol, “por su incidencia en derechos fundamentales como el de la intimidad de las personas, fuera de aquellos casos en que sean asumidas voluntariamente por el destinatario, no pueden imponerse y exigirse salvo que una norma legal lo autorice de un modo expreso y específico”.

Frente a esa posición mantenida por la Abogacía del Estado consultante, la Autoridad Portuaria de Santander, tal y como se manifiesta en la consulta remitida a este Centro Directivo, “insiste en la necesidad que tiene de poder prevenir riesgos como los descritos, que no se revelan como infrecuentes en los sectores de actividad relacionados con el ámbito portuario. Y considera que la atribución de competencias que se le hace en la Ley 27/92, de 24 de noviembre, y en la Ley 48/03, de 26 de noviembre, en orden a garantizar la seguridad en las zonas comunes y a lograr el desarrollo en óptimas condiciones de seguridad de los servicios portuarios básicos y de las actividades que requieren de su autorización o concesión, es título legal suficiente para recurrir al uso de medidas preventivas como las comentadas y para poder exigir la práctica y sujeción a las mismas de quienes hayan accedido o quieran acceder al recinto portuario y operar en el mismo”.

Esa es la razón por la que la Abogacía del Estado en Cantabria somete a este Centro Directivo la consulta referente a “si las facultades y competencias reconocidas por la legislación de puertos, aún cuando sean genéricas y no aludan a tales facultades en concreto, pueden entenderse como título habilitador suficiente para que la Autoridad Portuaria pueda imponer y sujetar de modo obligatorio a la práctica de controles preventivos de alcoholemia como los comentados, en tanto que otras facultades y medidas que pudieran derivar de las leyes se muestran insuficientes para conseguir en último término el cumplimiento de la seguridad que se impone y atribuye a dichas Autoridades; o si por el contrario y dada la incidencia que tal tipo de intervención tiene en derechos fundamentales como los del art. 18 de la Constitución, deben mantenerse las apreciaciones iniciales del informe que se remite, y rechazarse que las Autoridades Portuarias puedan proceder a la práctica de los controles de alcoholemia fuera de los casos y modos analizados en aquél”; cuestión que será objeto de examen a continuación.

- II -

La resolución de la cuestión planteada requiere, como exigencia previa, el análisis de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en relación con las circunstancias que deben concurrir para que los controles de alcoholemia puedan ser considerados admisibles desde el punto de vista de nuestro ordenamiento constitucional, en consideración a la protección de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal reconocidos en los artículos 15 y 18.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), a fin de proceder, posteriormente, a la determinación de si esas circunstancias concurren o no en el supuesto objeto del presente dictamen.

A este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con esta materia puede ser expuesta en los siguientes términos:

1º) Los controles de alcoholemia, que como es sabido se verifican fundamentalmente mediante la extracción y análisis de muestras de sangre, orina o aire, entran dentro de la categoría definida doctrinalmente como “intervenciones corporales de carácter leve”:

“Con el fin de precisar aún más esta doctrina dentro del ámbito en el que aquí nos movemos, habrá que señalar que, dentro de las diligencias practicables en el curso de un proceso penal como actos de investigación o medios de prueba (en su caso, anticipada) recayentes sobre el cuerpo del imputado o de terceros, resulta posible distinguir dos clases, según el derecho fundamental predominantemente afectado al acordar su práctica y en su realización:

- a) En una primera clase de actuaciones, las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo, como fue el caso examinado en la STC 37/1989 (examen ginecológico), o inciden en la privacidad.
- b) Por contra, en la segunda clase de actuaciones, las calificadas por la doctrina como intervenciones corporales, esto es, en las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado, el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa. Y atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho, las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves: leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)” (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, dictada en el recurso de amparo nº 1789/1996, formulado contra el Auto del Juzgado de Instrucción de Roquetas del Mar -Almería- de 9 de febrero de 1996, por el que se ordenaba la práctica de una intervención corporal y consiguiente prueba pericial sobre el pelo del recurrente para determinar si era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, respecto de la cual se otorgó el amparo solicitado, por vulneración de los derechos a la integridad física y a la intimidad personal; F.J. 2º)

Aun cuando aquí se declara que en este tipo de intervenciones “el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE)”, las posteriores consideraciones contenidas en la misma, y en otras Sentencias, del Tribunal Constitucional, extienden también esa afectación al derecho a la intimidad personal, en base a factores diferentes a los relacionados con el mero hecho físico de las intervenciones, tal y como a continuación se verá.

2º) El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que estas intervenciones corporales afectan a los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, consagrados en los artículos 15 y 18.1 del CE:

- a) En primer lugar, en lo que se refiere al derecho a la integridad física, cabe hacer alusión a los siguientes pronunciamientos del Alto Tribunal, que inciden en la idea de que ese derecho queda afectado siempre que se realice una intervención en el cuerpo de la persona que carezca del consentimiento de ésta, aunque no ocasione un riesgo o un daño para su salud:

“.. cabe señalar que, según doctrina reiterada de este Tribunal, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular» (SSTC 120/1990, fundamento jurídico 8.º, 137/1990, 215/1994 y 35/1996).

Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (tal y como señalamos en la STC 35/1996, fundamento jurídico 3.º), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por «toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular».

Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física (...)

De conformidad con lo anteriormente expuesto, resulta claro que la intervención y diligencia pericial acordada en el caso presente por el Juzgado de Instrucción, teniendo en cuenta, primero, su carácter imperativo y contrario a la voluntad del interesado (que, aunque inicialmente se ofreció a una pericia de este tipo, luego, una vez acordada, mostró de manera reiterada su negativa a someterse a ella), y, segundo, que implica una intervención consistente en la extracción de cabellos de diversas partes de la cabeza y de la totalidad del pelo de las axilas, ha incidido en el ámbito constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a la integridad física, siquiera sea de una manera leve, pues, de acuerdo con la doctrina expuesta, la afectación de este derecho no presupone necesariamente la existencia de un riesgo o lesión para la salud de la persona” (Sentencia nº 207/1996, F.J. 2º).

- b) En relación con la afectación por las intervenciones corporales, aunque sean de carácter leve, del derecho a la intimidad personal, interesa recordar la siguiente doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual esa afectación se produce, no ya por el mismo hecho de la intervención (que, como se vio anteriormente, lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física), sino por lo que por su mediación pretende averiguarse respecto de la persona sujeta a ellas:

“.. el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988, 197/1991, 20/1992, 219/1992, 142/1993, 117/1994 y 143/1994), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993 y 143/1994).

En relación con cierto tipo de diligencias de investigación o actos de prueba practicables en el curso de un proceso penal, como es el caso de la entrada y registro del domicilio, no cabe duda y así lo hemos declarado en STC 22/1984 de la afectación al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal o familiar, entendido como protección

de la vida privada e íntima de la persona, en su manifestación más concreta, expresamente constitucionalizada, del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

Mas ello no significa que la anterior diligencia sea la única actuación que suponga una injerencia en el derecho a la intimidad personal. Otro tipo de diligencias o actos de prueba, como las intervenciones corporales, pueden conllevar asimismo, no ya por el hecho en sí de la intervención (que, como hemos visto, lo que determina es la afectación del derecho a la integridad física), sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal.

Esto es lo que ocurre cuando, como en el caso presente, y a través de un análisis del cabello, se pretende averiguar si el imputado en un proceso penal es «consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, y el tiempo desde que lo pudiera ser», puesto que, con independencia de la relevancia que ello pueda tener a los fines de la investigación penal, y, por tanto, de su posible justificación (que se examinará posteriormente), no cabe por menos que admitir que una pericia acordada en unos términos objetivos y temporales tan amplios supone una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona, a la que pertenece, sin duda, el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, conducta que, si bien en nuestro ordenamiento es en sí misma impune, ello no obstante, el conocimiento por la sociedad de que un ciudadano es consumidor habitual de drogas provoca un juicio de valor social de reproche que lo hace desmerecer ante la comunidad, por lo que la publicidad del resultado pericial afectaría al ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal...” (Sentencia nº 207/1996, F.J. 3º).

3º) Sentado lo anterior, el Tribunal Constitucional ha declarado que, dado que los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 18.1 de la CE no son absolutos e ilimitados, esas afectaciones pueden tener, en determinados supuestos, una justificación constitucional objetiva y razonable; siempre que concurren determinados requisitos:

“Una vez constatada la afectación por la intervención corporal y consiguiente pericia de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, hemos de concretar ahora si el sacrificio de tales derechos fundamentales es susceptible de alcanzar una justificación constitucional objetiva y razonable.

A tal efecto, conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, los cuales pueden resumirse en los siguientes: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo. A todos ellos hay que sumar otros derivados de la afectación a la integridad física, como son que la práctica de la intervención sea encomendada a personal médico o sanitario, la exigencia de que en ningún caso suponga un riesgo para la salud y de que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º)” (Sentencia nº 207/1996, F.J. 4º).

”a) Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE, implica «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 143/1994, de 9 de mayo, F. 6; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3; 98/2000, de 10 de abril, F. 5; 156/2001, de 2 de julio, F. 4, entre otras).

Constituye, igualmente, doctrina reiterada de este Tribunal, que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcio-

nado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, F. 6; 143/1994, de 9 de mayo, F. 6; 98/2000, de 10 de abril, F. 5, 186/2000, de 10 de julio, F. 5; 156/2001, de 2 de julio, F. 4).

Precisando la anterior doctrina, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4, establecimos como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal «el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal»); que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerda mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto” (Sentencia del Tribunal Constitucional nº 70/2002, de 3 de abril de 2002, recaída en el recurso de amparo nº 3787/2001, interpuesto contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2001, condenatoria del recurrente como autor de un delito contra la salud pública, y en la que se deniega el amparo solicitado por el recurrente, a quien se había intervenido un documento incriminatorio en el momento de su detención; supuesto de hecho que, aun no siendo idéntico al que aquí nos ocupa, ya que constituye un caso de “inspección o registro corporal” y no de “intervención corporal”, motiva la aplicación de idéntica doctrina en cuanto a los requisitos exigibles para la admisibilidad de la afectación del derecho fundamental a la intimidad personal; F.J. 10º).

4º) El Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido de cada uno de esos requisitos, en los siguientes términos:

a) Fin constitucionalmente legítimo y expresamente previsto por una norma de rango legal:

- “A) Fin constitucionalmente legítimo.

Ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (-art. 18.2 y 3 CE-), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del ius puniendi (STC 37/1989, fundamentos jurídicos 7.º y 8.º).

Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley, lo cual nos remite a la siguiente de las exigencias constitucionales antes indicadas.

- B) Principio de legalidad.

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está establecida expresamente en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la medida en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye tales derechos dentro del más genérico derecho «al respeto de la vida privada y familiar» (Sentencias del TEDH «X. e Y./Holanda», de 26 de marzo de 1985, y «Costello-Roberts/Reino Unido», de 25 de marzo de 1993, entre otras; y, también, Decisiones de la CEDH núms. 8239/1978 y 8278/1978). Pues bien, el ap. 2.º del mencionado art. 8 expresamente señala que: «no podrá haber injerencia de la autoridad

pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...».

La anterior exigencia ha sido recordada por la doctrina de este Tribunal. Así, en el supuesto de las exploraciones ginecológicas a los fines de un procedimiento penal, y en relación entonces con el derecho a la intimidad corporal, dijimos que la limitación de dicho derecho sólo podría producirse «con fundamento en una inexcusable previsión legislativa» (STC 37/1989, fundamento jurídico 7.º), que en aquel caso entendimos existente (fundamento jurídico 8.º). De manera igualmente explícita hemos afirmado la necesidad del cumplimiento del principio de legalidad en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física (intervenciones corporales) en los procesos civiles de investigación de la paternidad (STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º): «... debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia» (caso en el cual también reconocimos la existencia de habilitación en el art. 127 CC, en consonancia con el art. 39.2 CE). Y, finalmente, también lo hemos hecho en relación con los sacrificios del derecho a la integridad física en el ámbito penitenciario: en la STC 120/1990 (RTC 1990\120) (fundamento jurídico 8.º), en relación con la asistencia médica obligatoria a internos en huelga de hambre, el Tribunal declaró que venía amparada por el deber impuesto a la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (art. 3.4 LOGP) y en la STC 35/1996 (fundamento jurídico 2.º) que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de vigilancia y seguridad tenía su fundamento legal en el art. 23 LOGP.

Cabe concluir, pues, que toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la Ley” (Sentencia nº 207/1996, F.J. 4.º).

“Finalmente, y en relación con la exigencia de previsión legal, en la STC 49/1999, de 5 de abril, F. 4, sostuvimos que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal». Una reserva de ley que «constituye, en definitiva el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas» y que «no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate», pero «que en todo caso el legislador ha de hacer el “máximo esfuerzo posible” para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STC 36/1991, F. 5)». Y, profundizando en esa exigencia, en la STC 169/2001, 16 de julio, F. 6, sostuvimos, con abundante cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias en un derecho reconocido en el Convenio, que «la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad» (Sentencia nº 70/2002, F.J. 10.º).

b) Jurisdiccionalidad y motivación de la resolución judicial; si bien con la modulación de que existe la posibilidad de que este tipo de medidas se acuerde por los Agentes de la policía en determinados casos, siempre que así se halle previsto legalmente de forma expresa:

- “C) Jurisdiccionalidad.

A diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (entradas y registros en domicilio -art. 18.2 CE-, intervención de las comunicaciones -art. 18.3 CE-, etc.), no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes

a los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 18.2 CE), reserva absoluta alguna de resolución judicial, con lo que se plantea el problema relativo a si sólo pueden ser autorizadas, al igual que aquellas otras, por los Jueces y Tribunales, esto es, mediante resolución judicial.

En relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, en la STC 37/1989 dijimos que era «sólo posible por decisión judicial» (fundamento jurídico 7.º), aunque sin descartar la posibilidad de que, en determinados casos, y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (fundamento jurídico 8.º).

Esta misma exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

- D) Motivación de la resolución judicial.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con el art. 120.3 CE), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial (por todas, SSTC 128/1995 y 158/1996).

La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida (SSTC 37/1989 y 7/1994, entre otras).

Por esta razón, y a fin también de posibilitar un eficaz ejercicio de los recursos, es doctrina reiterada de este Tribunal que la ausencia de motivación ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (SSTC 128/1995 y 158/1996, 181/1995 y 54/1996), todo ello sin perjuicio de que se produzca o no, además, la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 158/1996) (Sentencia nº 207/1996, F.J. 4º).

c) Proporcionalidad, que se desdobra en la superación por la medida de un triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto:

- “E) Principio de proporcionalidad.

Según doctrina reiterada de este Tribunal, una exigencia común y constante para la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales (por todas, STC 56/1996), entre ellas las que supongan una injerencia en los derechos a la integridad física y a la intimidad (por todas, SSTC 120/1990, 7/1994 y 143/1994), y más en particular de las medidas restrictivas de derechos fundamentales adoptadas en el curso de un proceso penal (por todas, SSTC 37/1989, 85/1994 y 54/1996) viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad.

En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito



con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)».

Y en el ámbito, análogo al actual, de las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal también hemos subrayado la necesidad de «ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi» (STC 37/1989, fundamento jurídico 8.º).

Así pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 CEDH), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes” (Sentencia nº 207/1996, F.J. 4º).

- d) Otras exigencias, predicables de la concreta forma en que debe llevarse a cabo la intervención corporal acordada, que deberá verificarse por personal sanitario, sin poner en riesgo o quebrantar la salud de la persona, y con pleno respeto a su dignidad:

-“F) Otras exigencias específicas.

Del art. 15 CE cabe derivar, por último, una serie de exigencias específicas relativas a la práctica de las intervenciones corporales, de alguna manera referibles también al principio de proporcionalidad, las cuales cabe sustantivar en los siguientes términos (al modo como se hace en la STC 7/1994, fundamento jurídico 3.º):

- a) En ningún caso podrá acordarse la práctica de una intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (STC 7/1994.)
- b) En cualquier caso, la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características.
- c) Y, en todo caso, la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10.1 y 15 CE)” (Sentencia nº 207/1996, F.J. 4º).

5º) En cada uno de los casos enjuiciados por el Tribunal Constitucional, la declaración adoptada en relación con la existencia o no de una vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal, depende de la concurrencia o no de las exigencias anteriormente detalladas.

- a) Así, en la Sentencia nº 207/1996, el Alto Tribunal otorgó el amparo solicitado por el recurrente, respecto de quien se había ordenado la práctica de una intervención corporal y consiguiente prueba pericial, consistente en tomar y analizar muestras de su pelo para determinar si era consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, entendiéndose, de una parte, que esa medida no se atenía a la exigencia de “necesidad” requerida por la regla constitucional de proporcionalidad de los sacrificios (dado que no era imprescindible para el aseguramiento de un bien o interés constitucionalmente relevante, en este caso el ejercicio del “ius puniendi”), y de otro lado, que los artículos 311 y 339 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocados por la resolución impugnada

para ordenar esa intervención corporal, no constituían una cobertura legal suficiente para fundamentar esa medida limitativa de derechos fundamentales, por cuanto que no hacían expresa referencia a la posibilidad de acordarla:

“El art. 311 LECrim, de un lado, no regula las intervenciones corporales ni ninguna otra medida o diligencia sumarial; se limita, única y exclusivamente, a prohibir a los Jueces de Instrucción la práctica de aquellas diligencias que les hayan sido solicitadas por las partes y que consideren inútiles o perjudiciales a los fines de la investigación penal. Es evidente, por tanto, que el mero recordatorio legal tendente a evitar que en el curso de una instrucción se adopten diligencias de investigación inútiles o perjudiciales, es a todas luces no susceptible de prestar fundamento normativo a la medida de intervención corporal que se cuestiona en el presente recurso de amparo (...) La misma conclusión ha de predicarse, aunque por distintas razones, respecto al art. 339 LECrim, precepto que, si bien autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales, no menos expresamente prevé que dichos dictámenes se limiten al «cuerpo del delito» (denominación que recibe el Capítulo II del Título V del Libro II de la LECrim, en el que se inscribe el mencionado precepto), entendiéndose por tal «las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida» (art. 334.1 LECrim). En consecuencia, al amparo de este precepto, la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma, pero no encontrará en ésta el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de dichos elementos de la persona del imputado” (F. J. 6º).

- b) En cambio, en el caso de la Sentencia nº 234/1997, de 18 de diciembre de 1997 el Tribunal Constitucional desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad nº 1135/1997 y otras veinte acumuladas, planteadas por diversos órganos jurisdiccionales respecto del artículo 380 del Código Penal, en el que se tipifica como delito de desobediencia la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para comprobar si se conduce bajo el efecto de alcohol, drogas u otras sustancias psicotrópicas, declarando que dicho precepto legal no vulnera, entre otros preceptos constitucionales, el artículo 18.1 de la CE; dado que la limitación al derecho fundamental a la intimidad personal implícita en estas intervenciones corporales reúne todos los requisitos exigidos por la doctrina del Alto Tribunal, y entre ellos los de concurrencia de fin legítimo, previsión en norma de rango legal (el artículo 12 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo), intervención judicial o de los Agentes policiales legalmente autorizados a tal fin, y proporcionalidad:

“A) A este fin, ha de tenerse presente que el art. 12 del Real Decreto Legislativo sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial establece que las pruebas que deben practicarse para detectar el consumo excesivo de bebidas alcohólicas «consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados». Aunque esta norma contempla también la posibilidad de que, a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se puedan repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos.

Pues bien, ninguna de ellas puede estimarse contraria a la Constitución. En efecto, si la prueba consiste en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve (STC 207/1996, fundamento jurídico 2), es evidente que, cuando se realice de forma voluntaria, no se lesiona ni el derecho a la integridad física (art. 15.1 CE) ni el derecho a la intimidad corporal. Y cuando se trate de una obligación impuesta por el Juez a efecto de su contraste con otra prueba, ha de tenerse presente que esta medida está prevista por la Ley (el art. 380 CP, que tiene carácter orgánico) y es proporcionada. Pues sirve objetivamente para deter-

minar hechos que constituyen el objeto de un proceso penal y es necesaria a este fin; sin que existan otras medidas menos gravosas e igualmente aptas para determinar el grado de alcohol u otras sustancias en la sangre ni el sacrificio que impone resulta excesivo en comparación con la gravedad que entraña la conducción bajo sus efectos. De otro lado, si la prueba sólo consiste en la espiración de aire, tampoco es contraria a la Constitución, pues es claro que, por la parte del cuerpo afectada, difícilmente se lesiona el derecho a la intimidad corporal (SSTC 120/1990, 137/1990, 57/1994 y 207/1996).

B) No obstante, que no exista vulneración alguna del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. Ciertamente, cuando se obliga a un sujeto a someterse a una prueba con el fin de averiguar una determinada información se está afectando su derecho a la intimidad, ya que a través de la práctica de esa prueba si puede obtener una información que ese sujeto puede no querer desvelar. Ahora bien, para que tal afectación sea constitucionalmente relevante, y, por tanto, pueda considerarse lesiva del art. 18.1 CE, es preciso -como ha señalado la STC 207/1996-, que la misma carezca de una justificación objetiva y razonable, lo que no ocurre en los supuestos que ahora se analizan. Y para comprobarlo conviene examinar esta cuestión a la luz de la doctrina que sobre la proporcionalidad ha establecido este Tribunal en la sentencia que se acaba de citar.

Dado el peligro que entraña la conducción bajo el efecto de este tipo de sustancias es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones.

De igual manera se cumpliría el segundo de los requisitos indicados, ya que en este caso la medida limitativa está prevista en una norma con rango de Ley, en concreto en el art. 12 LTSV. Conviene poner de relieve que para que se entienda cumplido este requisito basta con que el legislador prevea la adopción de estas medidas, sin que sea necesario que sea también la Ley la que lleve a cabo la regulación concreta de dichas medidas. Así lo entendió la STC 7/1994 al establecer que esta exigencia se cumplía al establecer el art. 127 CC la posibilidad de investigar la maternidad y paternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Y a la misma conclusión llega la STC 35/1996 al considerar que la práctica de observaciones radiológicas sobre internos como medida de seguridad tiene su fundamento en el art. 23 LOGP; norma que remite al reglamento la regulación de los registros y cacheos en la persona de los internos. De ahí que, desde esta perspectiva, nada haya que objetar a las remisiones reglamentarias que pueda efectuar la Ley que prevé la posibilidad de imponer estas medidas limitativas.

Y por lo que se refiere al tercer requisito, también hay que entenderlo cumplido, pues aunque ciertamente en estos supuestos la autoridad judicial no interviene siempre y en todo caso (las pruebas de detección de las posibles intoxicaciones por alcohol las llevan a cabo los Agentes encargados de la vigilancia del tráfico), este Tribunal ha admitido la posibilidad de que «la Ley pueda autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad» [STC 207/1996, fundamento jurídico 4, C)]. En los supuestos que ahora se analizan existe la habilitación legislativa (art. 12 LTSV), y también se dan las circunstancias de urgencia y necesidad, pues se trata de averiguar si el conductor está conduciendo bajo la influencia de estas sustancias y ello sólo puede apreciarse si la prueba se practica en el momento en que es requerido para ello; pues si se practicara esta prueba en un momento posterior podría

sucedier que el efecto de estas sustancias hubiera ya desaparecido, con lo cual su práctica carecería de sentido. Conviene señalar, de otra parte, que el que sean los Agentes encargados del control del tráfico quienes tienen encomendada por la Ley la realización de estas pruebas, y no a la Policía judicial -que es la excepción que contempla la STC 207/1996-, es una cuestión que carece de relevancia ya que no es constitucionalmente exigible que sea el Juez quien tenga que autorizar esta medida limitativa, pudiéndola adoptar, siempre que una Ley expresamente la habilite, la autoridad que, por razón de la materia de que se trate, sea la competente. Pues, como ha señalado la STC 207/1996, «no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 15 CE), reserva absoluta alguna de resolución judicial» (F.J. 9º).

c) Y en el supuesto objeto de la Sentencia nº 70/2002, el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado por el recurrente, a quien se había intervenido un documento incriminatorio en el momento de su detención; entendiendo que tal actuación (a la cual, como se apuntó, pese a constituir una “inspección o registro corporal” y no una “intervención corporal” como los controles de alcoholemia, serían aplicables los mismos requisitos que a éstos para determinar su justificación constitucional), por considerar que en el mismo sí que concurren las mencionadas exigencias, incluyendo la de la cobertura legal expresa:

“2) Por lo que respecta a la habilitación legal en virtud de la cual la policía judicial puede practicar la injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, las normas aplicables son, en primer lugar el art. 282 LECrim, que establece como obligaciones de la policía judicial la de «averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial». En la misma línea, el art. 11.1 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, establece como funciones de éstos, entre otras: f) «prevenir la comisión de actos delictivos»; g) «investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes». Por último, el art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, establece que las autoridades competentes podrán disponer de las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el art. 1 de esta Ley, finalidades entre las que se encuentra la prevención de la comisión de delitos.

Por tanto, existe una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial, y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre esas diligencias (que la ley, ciertamente, no enumera casuísticamente, pero que limita adjetivándolas y orientándolas a un fin) podrá encontrarse la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos, y en concreto, de documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que -como exige el propio texto legal- ello sea necesario (estrictamente necesario, conforme al art. 14 de la Ley Orgánica 1/1992), estricta necesidad que habrá de valorarse atendidas las circunstancias del caso y que ha de entenderse como la exigencia legal de una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad. Así interpretada la norma, puede afirmarse que la habilitación legal existente cumple en principio con las exigencias de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad, sin perjuicio de una mayor concreción en eventuales reformas legislativas” (F.J. 10º).

## - III -

Una vez expuesta detenidamente la línea doctrinal establecida por el Tribunal Constitucional en relación con los requisitos exigidos para dotar de justificación constitucional a las intervenciones corporales (como son los controles preventivos de alcoholemia a los se pretende someter al personal de la Autoridad Portuaria de Santander y de las empresas que operan en la zona portuaria, con arreglo a la propuesta de Instrucción para la mejora en la seguridad de las operaciones portuarias elaborada por dicho Organismo público), será procedente pasar a examinar si en el caso de esos controles concurren o no los mencionados requisitos, ya que, obviamente, de ello dependerá el criterio que deba adoptarse en relación con su admisibilidad jurídica.

En todo caso, debe formularse la advertencia previa de que todas las consideraciones que se expondrán a continuación habrán de entenderse referidas únicamente a aquellos casos en los que las personas sometidas a los mencionados controles no presten su consentimiento, de forma voluntaria, a la práctica de los mismos. Como es evidente, en los supuestos en que el interesado preste su consentimiento no puede existir vulneración ninguna de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal.

Sin embargo, para los casos en que tal consentimiento voluntario no exista, deberá analizarse si concurren o no los requisitos anteriormente expuestos, a cuyos efectos esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado considera preciso poner de manifiesto lo siguiente:

1º) En primer lugar, parece perfectamente posible admitir que el objetivo perseguido por el establecimiento de los referidos controles preventivos de alcoholemia, que tal y como se expone en la consulta no es otro que el de prevenir y evitar en la zona portuaria la generación de riesgos y la producción de accidentes derivados del consumo de alcohol (que se manifiesta en la consulta que “no se revelan como infrecuentes en los sectores de actividad relacionados con el ámbito portuario”), puede constituir un fin constitucionalmente legítimo para la justificación de esas medidas, máxime teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia nº 234/1997, ha admitido expresamente como tal el perseguido por el establecimiento de los controles de alcoholemia a que se somete a los conductores (la evitación del peligro que entraña la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, tanto para quien las ingirió como para terceras personas, de lo que el Alto Tribunal deduce “la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones”). Trasladando este criterio al presente caso, no parece discutible que la evitación en la zona portuaria de riesgos y accidentes, derivados del consumo del alcohol por quienes manejan en ella vehículos y maquinaria pesada, puede ser aceptada, en principio, como una finalidad legítima a los efectos de imponer un sacrificio a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 18.1 de la CE.

2º) Sin embargo, siendo ello así, es preciso examinar a continuación si existe una habilitación legal expresa que ampare la imposición de las intervenciones corporales a que se refiere el presente dictamen, ya que, tal y como se expuso en el fundamento jurídico anterior, esa es una exigencia establecida de forma inequívoca y reiterada por la doctrina del Tribunal Constitucional para considerar admisible la práctica de tales intervenciones, de tal manera que, si faltara, no serían constitucionalmente aceptables, aun cuando, como puede ocurrir en este caso, pudieran haberse fundamentado en un interés general justificado.

A este respecto, se plantea específicamente en la consulta si “la atribución de competencias que se le hace (a la Autoridad Portuaria) en la Ley 27/92, de 24 de noviembre, y en la Ley 48/03, de 26 de noviembre, en orden a garantizar la seguridad en las zonas comunes y a lograr el desarrollo en óptimas condiciones de seguridad de los servicios portuarios básicos y de las actividades que requieren de su autorización o concesión, es título legal suficiente para recurrir al uso de medidas preventivas como las comentadas y para poder exigir la práctica

y sujeción a las mismas de quienes hayan accedido o quieran acceder al recinto portuario y operar en el mismo,” solicitando la opinión de este Centro Directivo acerca de “si las facultades y competencias reconocidas por la legislación de puertos, aún cuando sean genéricas y no aludan a tales facultades en concreto, pueden entenderse como título habilitador suficiente para que la Autoridad Portuaria pueda imponer y sujetar de modo obligatorio a la práctica de controles preventivos de alcoholemia como los comentados, en tanto que otras facultades y medidas que pudieran derivar de las leyes se muestran insuficientes para conseguir en último término el cumplimiento de la seguridad que se impone y atribuye a dichas Autoridades; o si por el contrario y dada la incidencia que tal tipo de intervención tiene en derechos fundamentales como los del art. 18 de la Constitución, deben mantenerse las apreciaciones iniciales del informe que se remite, y rechazarse que las Autoridades Portuarias puedan proceder a la práctica de los controles de alcoholemia fuera de los casos y modos analizados en aquél”.

Pues bien, en cuanto a esta cuestión, se considera por parte de esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado que, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de esta materia, las previsiones de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, en relación con las competencias de salvaguarda de la seguridad en las zonas portuarias que ostentan las Autoridades Portuarias, son insuficientes para fundamentar las medidas de intervención corporal a que se refiere la consulta.

Debe tenerse en cuenta que las citadas competencias se atribuyen a las Autoridades Portuarias en los siguientes preceptos legales, y en los términos que se exponen:

- a) La Ley 27/1992 dispone en su artículo 36 que “a las Autoridades Portuarias les corresponden las siguientes competencias: a) La prestación de los servicios portuarios generales y la autorización y control de los servicios portuarios básicos para lograr que se desarrollen en condiciones óptimas de eficacia, economía, productividad y seguridad, sin perjuicio de las competencias de otras autoridades.”
- b) Por su parte, la Ley 48/2003 establece, con carácter general, que “son servicios portuarios las actividades de prestación de interés general que se desarrollan en la zona de servicio de los puertos, siendo necesarias para la correcta explotación de los mismos en condiciones de seguridad, eficacia, eficiencia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación” (artículo 57.1); enumera entre los servicios generales reservados a las Autoridades Portuarias, “los servicios de vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes, sin perjuicio de las competencias que corresponden a otras Administraciones” (artículo 58.2.d); y precisa, en cuanto a los servicios básicos prestados en régimen de competencia, que “estarán sujetos a las obligaciones de servicio público previstas en esta Ley, que se desarrollarán en los correspondientes pliegos reguladores de los servicios, con la finalidad de garantizar su prestación en condiciones de seguridad, continuidad y regularidad, cobertura, calidad y precio razonables, así como respeto al medio ambiente” (artículo 60.3).

Este Centro Directivo comparte el criterio mantenido por la Abogacía del Estado consultante, en cuanto a la insuficiencia de esas genéricas previsiones legales, atributivas a las Autoridades Portuarias de competencias en materia de seguridad en relación con la prestación de los servicios portuarios generales y básicos, para fundamentar la imposición de controles de alcoholemia preventivos a su propio personal y al de las empresas que desarrollan su actividad en la zona portuaria, con el inherente sacrificio de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad que tales controles llevarían asociados.

Como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior, el Tribunal Constitucional entiende que, para considerar admisible, desde el punto de vista constitucional, el sacrificio de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal reconocidos en los artículos 15 y 18.1 de la CE, es una exigencia ineludible la existencia de una habilitación legal específica (Sentencias nº 37/1989, F.J. 7º; 36/1991, F.J. 5º; 7/1994, F.J. 3º; 120/1990, F.J.

8º; 35/1996, F.J. 2º; 207/1996, F.J. 4º; 169/2001, F.J. 6º; y 70/2002, F.J. 10º), ya que solamente de esta manera se garantiza debidamente la seguridad jurídica, entendida como “expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (Sentencia nº 36/1991, F.J. 5º), gracias a la definición por la Ley de las modalidades y extensión del ejercicio del poder “con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad” (Sentencia nº 169/2001, F.J. 6º).

En el caso objeto de este dictamen, no parece posible mantener que las genéricas referencias al mantenimiento por las Autoridades Portuarias de la seguridad en la prestación de los servicios portuarios generales y básicos recogidas en los artículos 36 de la Ley 27/1992 y 57.1, 58.2.d) y 60.3 de la Ley 48/2003 (y en las que no se contiene alusión ninguna a la práctica de controles preventivos de alcoholemia al personal de la Autoridad Portuaria y de las empresas que desarrollan su actividad en la zona portuaria), puedan constituir fundamento legal suficiente a los efectos anteriormente expuestos, máxime si se tiene en cuenta el rigor con el que el Alto Tribunal ha aplicado en su jurisprudencia la mencionada exigencia (recuérdense, a este respecto, las Sentencias nº 207/1996 –en la que se declaró que no bastaba, a tal fin, con la dicción de los artículos 311 y 339 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que en ellos no se regulaba expresamente la intervención corporal respecto de la cual se solicitaba, y se obtuvo, el amparo– y 234/1997 –en la que, en cambio, se llegó a la conclusión de que concurría la habilitación legal en el caso de la práctica de controles de alcoholemia a conductores, amparados expresamente en el artículo 12 del Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial–).

En suma, en consideración a todo lo expuesto, y para resolver la cuestión planteada, cabe concluir que esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende, al igual que la Abogacía del Estado en Cantabria, que la atribución a la Autoridad Portuaria de competencias en materia de seguridad contenida en las Leyes 27/1992 y 48/2003 no constituye título legal suficiente para someter a controles preventivos de alcoholemia, no consentidos voluntariamente, al personal de ese Organismo público y de las empresas que desarrollan su actividad en la zona portuaria.

A la vista de ello, y faltando ese requisito imprescindible, no es necesario pasar al examen de la concurrencia en el caso de las restantes exigencias enunciadas por el Tribunal Constitucional para considerar constitucionalmente admisible la limitación de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad personal derivada de las intervenciones corporales (jurisdiccionalidad y motivación de la resolución judicial, con las modulaciones anteriormente expuestas acerca de la posibilidad de adopción de las medidas por los Agentes de la policía, si la Ley lo autoriza explícitamente –autorización que, obviamente, tampoco concurre en este caso, como lógica consecuencia de la inexistencia de la previsión legal relativa a la medida–; idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; y verificación por personal sanitario, sin riesgo de la salud y con respeto a la dignidad de las personas).

#### - IV -

Una vez expuesto lo anterior, no debe dejar de hacerse una referencia a la cuestión, planteada en el informe emitido por la Abogacía del Estado en Cantabria con fecha 23 de febrero de 2005, de la posibilidad de que los controvertidos controles preventivos de alcoholemia pudieran llevarse a cabo, no al amparo de la legislación sectorial de los Puertos del Estado, sino en aplicación de las previsiones de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En este sentido, deben tomarse en consideración las siguientes circunstancias:

- 1ª) De acuerdo con la Ley 31/1995, el objeto de esa norma legal es el de “promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos del trabajo”, estableciendo

“los principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación o disminución de los riesgos derivados del trabajo...” y regulando “las actuaciones a desarrollar por las Administraciones públicas, así como por los empresarios, los trabajadores y sus respectivas organizaciones representativas” (artículo 2.1). A esos efectos, el texto legal reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y el correlativo deber de los empresarios de proteger a aquéllos frente a los riesgos laborales (artículo 14.1).

2ª) Entre las actuaciones a desarrollar para el logro de esos fines se halla la vigilancia de la salud regulada en el artículo 22 de la Ley 31/1995 en los siguientes términos:

“1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

2. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.

3. Los resultados de la vigilancia a la que se refiere el apartado anterior serán comunicados a los trabajadores afectados.

4. Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.

5. En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen.

6. Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada”

3ª) Este Centro Directivo comparte el criterio expresado por la Abogacía del Estado consultante, en cuanto a la posibilidad de amparar en las previsiones de la Ley 31/1995 (y más específicamente, de su artículo 22) la realización de controles preventivos de alcoholemia a los trabajadores de la Autoridad Portuaria de Santander y de las empresas que desa-



rollan su actividad en la zona portuaria, dado que parece evidente que la producción de peligros y accidentes ocasionados por el consumo de alcohol se hallan entre los riesgos inherentes o derivados de la actividad laboral de ese personal, cuya prevención y evitación constituyen derechos de los trabajadores y correlativas obligaciones de los empresarios, conforme establecen los artículos 2.1 y 14.1 del citado texto legal, por lo cual los reconocimientos médicos dirigidos a la detección de ese consumo se hallarían incluidos entre los previstos en el mencionado artículo 22 (que, como se vio, admite la verificación de ese tipo de reconocimientos, incluso sin el consentimiento de los trabajadores, en determinados supuestos, entre los que se encuentra el de “los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible ... para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa...” (circunstancia que parece concurrir en el caso que nos ocupa, en el que el manejo de vehículos y maquinaria pesada por un trabajador en estado de alcoholismo, dentro de la zona portuaria, podría causar graves riesgos y accidentes, tanto para aquél como para sus compañeros y terceras personas).

4ª) No obstante, y una vez establecido lo anterior, en cuanto a la posibilidad de amparar los controles preventivos de alcoholemia a que se refiere este dictamen en las previsiones del artículo 22 de la Ley 31/1995, es preciso matizar lo siguiente:

a) En primer lugar, que las disposiciones de la Ley 31/1995 siempre hacen referencia al marco de las relaciones laborales establecidas entre cada concreto empresario y sus propios trabajadores, de tal manera que, en el caso específico que aquí nos ocupa, de los reconocimientos regulados en su artículo 22 y dirigidos a la vigilancia de la salud de los trabajadores, debe entenderse que es únicamente quien ostenta la condición de empresario respecto de cada trabajador, quien puede someter a éste a la práctica de dichos reconocimientos, y nunca terceras personas que no revistan esa específica condición jurídica.

Trasladando lo anterior al caso objeto de consulta, debe concluirse que los controles preventivos de alcoholemia que puedan estar amparados en el artículo 22 de la Ley 31/1995, únicamente podrán llevarse a cabo por la Autoridad Portuaria de Santander en relación con su propio personal, y nunca respecto de los trabajadores de otras empresas, por más que éstas desarrollen su actividad en la zona portuaria gestionada por ese Organismo público, dado que éstos últimos no se hallan vinculados laboralmente a la citada Autoridad Portuaria. No obstante, y como es evidente, sí será posible que las empresas contratantes de los citados trabajadores lleven a cabo esos reconocimientos respecto de ellos, con idéntico fundamento en el mencionado precepto legal (y en ambos casos, con estricta observancia del conjunto de exigencias contenidas en el mismo, a las que más adelante se hará referencia).

b) En relación con lo anterior, y tal y como expone en su informe la Abogacía del Estado consultante, existe la posibilidad de que la Autoridad Portuaria imponga a las empresas que actúan en la zona portuaria exigencias relacionadas con el mantenimiento de las condiciones de seguridad en su actividad, con base en las que dichas empresas queden obligadas a adoptar medidas de prevención de riesgos laborales respecto de su personal, que incluyan los aludidos controles preventivos de alcoholemia, en los términos establecidos en la Ley 31/1995, introduciendo las correspondientes cláusulas en los títulos habilitantes que conceda a esas empresas para el desenvolvimiento de sus actividades.

En este sentido, recuérdese que la Ley 48/2003 prevé, en el caso de los servicios básicos, que sus pliegos reguladores establecerán las condiciones de acceso a su prestación, garantizando los objetivos de “adecuada prestación del servicio, de acuerdo con los requisitos ... de seguridad ... que se establezcan” y de “protección de los intereses de la Autoridad Portuaria y de la seguridad pública” (artículo 64.2.a) y e), y que las prescripciones particulares de estos servicios incluirán, entre otras, “obligaciones de servicio público relacionadas con la seguridad del puerto” (artículo 65.4.g); y en el caso de los servicios comerciales y otras actividades, que

entre las condiciones del otorgamiento de su autorización, debe figurar necesariamente “las condiciones y medios para garantizar la seguridad ... del servicio o de la actividad” (artículo 89.4.e), medios todos ellos que la Autoridad Portuaria puede utilizar a estos efectos (so pena de extinción de las licencias o autorizaciones concedidas, en caso de incumplimiento de las obligaciones de seguridad impuestas a los empresarios habilitados, de conformidad con lo establecido en los artículos 72.1.b) y 89.5.b) de la Ley 48/2003), al igual que las competencias que los artículos 24 de la Ley 31/1995, 37.1.j) de la Ley 27/1992, 132.1 de la Ley 48/2003 le confieren en materia de coordinación de la actuación de prevención de riesgos laborales de la totalidad de las empresas que actúan en el ámbito espacial de la zona portuaria.

- c) Finalmente, es preciso insistir en que las condiciones y forma de verificación de los controles preventivos de alcoholemia, y la determinación de los efectos derivados de los resultados que los mismos arrojen, tanto en el caso de que los lleve a cabo la Autoridad Portuaria respecto de sus propios trabajadores, como en el de que los verifiquen las empresas que operen en la zona portuaria desarrollando servicios básicos o servicios comerciales y otras actividades, respecto de los suyos, deberán respetar escrupulosamente las estrictas exigencias contenidas en el artículo 22 de la Ley 31/1995, anteriormente reproducido.

Por tanto, y conforme a esa norma legal, será preceptivo, a falta del consentimiento del trabajador, el informe previo de los representantes de los trabajadores; las pruebas a practicar deberán ser las que menos molestias causen al trabajador y sean proporcionales al riesgo; se verificarán por personal sanitario competente, con respeto a los derechos a la intimidad y a la dignidad del trabajador y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud (de la que derivan las limitaciones en cuanto a las personas que pueden conocer los resultados, y a la extensión con que pueden conocerlos, contenidas en el apartado 4 del artículo 22 de la Ley 31/1995); y los datos obtenidos no podrán usarse con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

A este respecto, no es ocioso recordar la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 196/2004, de 15 de noviembre de 2004, en el recurso de amparo nº 1322/2000, en la que declaró la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 14 de enero de 2000 y otorgó el amparo solicitado por una trabajadora despedida por falta de aptitud deducida de un reconocimiento médico de empresa donde se detectó en un análisis de orina el consumo de drogas.

El Alto Tribunal aplica en esta sentencia su doctrina reiterada en relación con la posibilidad constitucional de afectación del derecho a la intimidad cuando concurren los requisitos que anteriormente hemos expuesto y que entiende que, con carácter general, concurren en el caso de las intervenciones corporales amparadas en la Ley 31/1995, siempre que se hallan presentes las exigencias establecidas en esta norma legal:

“F.J. 6º. Una vez constatada la afectación del derecho fundamental a la intimidad personal, hemos de concretar si la actuación llevada a cabo por Iberia, LAE, SA y sus servicios médicos contaba con amparo legal o si, en su caso, fue consentida a tal fin por la recurrente, encontrando en ello una justificación constitucional.

El primer problema que deberá despejarse se refiere a la naturaleza del reconocimiento médico realizado -si de carácter obligatorio o voluntario-, pues de ello podría depender la solución del caso. Según se expuso en el fundamento jurídico segundo, sólo existiría una vulneración del derecho a la intimidad personal si la actuación sobre el ámbito propio y reservado de la trabajadora no fue acorde con la Ley o con el consentimiento otorgado.

La principal norma de referencia en la materia es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), en particular su art. 22. Todas las partes la invocan en estos autos, lo mismo que los órganos judiciales. Pues bien, poniendo el acento en los perfiles del caso, deben destacarse en aquélla los siguientes caracteres y principios: la determinación de una vigilancia periódica -y como regla general consentida- del estado de salud de

los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral; la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos; la existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto; el principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo; el necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud; el derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador; la prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador, y la posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva.

Sin perjuicio de la relevancia que tendrán para la resolución del caso otros elementos de ese elenco, importa destacar ahora que la regulación de la vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de prevención de riesgos laborales descansa en un principio vertebral: la voluntariedad del reconocimiento médico como regla general. Efectivamente, conforme a lo expuesto hasta aquí, de esa manera se toma en consideración la afectación en el derecho a la intimidad que puede resultar de ese tipo de pruebas. De ahí que el párrafo 2 del art. 22.1 disponga que la vigilancia de la salud a través de los reconocimientos médicos sólo podrá realizarse, por regla general, cuando el trabajador preste su consentimiento. El trabajador, por tanto, será libre para decidir someterse o no a los controles médicos, permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales.

Como se adelantó, existen sin embargo excepciones a ese principio de libre determinación del sujeto, configurándose supuestos de obligatoriedad. Así ocurre, dice la Ley, cuando resulte imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; cuando se busque verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (art. 22.1, párrafo segundo, LPRL). Esa previsión adapta al campo de la salud laboral la lógica propia de la normativa sanitaria, que contempla también tratamientos médicos obligatorios en determinadas circunstancias (señaladamente, art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Ahora bien, las excepciones contenidas en la Ley de prevención de riesgos laborales deberán cumplir ciertos requisitos para poder dar lugar a una imposición del control médico.

Ciertamente, la Constitución, en su art. 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones -art. 18.2 y 3 CE), mas ello no significa que sea un derecho absoluto, pues puede ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos y peligros relacionados con la salud. Ese interés público es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral. Claro que, como ha puesto de relieve nuestra jurisprudencia en el terreno del propio derecho fundamental a la intimidad personal, las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 16).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en cuenta también estas exigencias, pues refiriéndose a la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH, recono-

ciendo que pudiera tener límites como la seguridad del Estado (STEDH caso Leander, de 26 de marzo de 1987), o la persecución de infracciones penales (mutatis mutandis, SSTEDH casos Funke, de 25 de febrero de 1993, y Z, de 25 de febrero de 1997), ha exigido que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la Ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997). La norma habilitante, en suma, deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnerará la intimidad personal si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 11).

Trasladando todo lo dicho a la disposición de referencia en la materia, el art. 22.1, párrafo segundo, LPRL, hemos de convenir en que los reconocimientos médicos obligatorios únicamente están habilitados por la Ley cuando concurren una serie de notas, a saber: la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos); la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse ad casum la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado), y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador.

Consecuentemente, los límites legales (las excepciones a la libre disposición del sujeto sobre ámbitos propios de su intimidad, previstos en el art. 22.1, párrafo segundo, LPRL) quedan vinculados o bien a la certeza de un riesgo o peligro en la salud de los trabajadores o de terceros, o bien, en determinados sectores, a la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (pues es obvio que existen empresas y actividades sensibles al riesgo y por tanto trabajadores especialmente afectados por el mismo -ATC 272/1998, de 3 de diciembre-).

La obligatoriedad no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión.”

Sin embargo, aun sentando ese criterio general, en el concreto caso objeto de enjuiciamiento, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, por entender que ese tipo de reconocimientos, aun cuando se hallan plenamente amparados en la Ley 31/1995, en ningún caso constituyen instrumentos del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, sino que se presentan como una manifestación del derecho de éstos últimos a la vigilancia de su salud con su conformidad voluntaria e informada, que no existía en el caso enjuiciado:

“F.J. 7º. (...) El reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. Un derecho que sólo puede venir restringido por las excepciones enunciadas, con los requisitos y límites mencionados. En suma, la regla es -y la regla tiene una clara base constitucional a tenor de

la conexión íntima entre los reconocimientos médicos y derechos fundamentales como el de la intimidad personal- la conformidad libre, voluntaria e informada del trabajador para la vigilancia y protección de su salud frente a los riesgos del trabajo.

F.J. 8º. Así las cosas, cabe ya abordar la caracterización del reconocimiento médico realizado a la recurrente (...) nos encontramos en el marco ordinario de vigilancia de la salud, voluntaria y consentida, sin ningún componente adicional que obligue a otro tipo de ponderación. En efecto, nada se observa en las actuaciones de lo que sea posible deducir que la exploración médica realizada a la trabajadora respondiese a alguno de los supuestos excepcionales de control obligatorio de la salud (...) Así se deriva (...) de la ausencia de todo tipo de justificación ad casum por parte de la empresa de la imposición del control médico por la concurrencia de un interés general del grupo social o de la colectividad laboral o de algún tipo de situación de necesidad objetivable relativa al puesto o a la prestación de trabajo, vinculada con la certeza de un riesgo o peligro o con la protección frente a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

F.J. 9º. Situados en el marco ordinario de la prevención y vigilancia de la salud, afectada la intimidad personal (F. 4) y no existiendo circunstancias justificativas de un reconocimiento médico obligatorio y de las consecuencias que a él, según fueran sus resultados, pudieran eventualmente aparejarse, toma protagonismo central la necesidad de consentimiento por parte de la afectada. Puesto que, como quedó dicho, se vulnera el derecho a la intimidad personal cuando la actuación sobre su ámbito propio y reservado no sea acorde con la Ley y no sea consentida, o cuando, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (...).

De acuerdo con lo señalado, la recurrente se sometió libremente a las pruebas médicas (...) Ahora bien, desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal, lo anterior no es suficiente para considerar válido el consentimiento, ni para concluir que se respetaron los términos para los que fue otorgado. Existe un segundo aspecto a considerar: la información que debe proporcionarse al trabajador en este tipo de pruebas. En efecto, el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esa exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, esto es, conforme a nuestra doctrina, en relación con todas las actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o el recato corporal de la persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, F. 7; 120/1990, de 27 de junio, F. 12; 137/1990, de 19 de julio, F. 10; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3; 156/2001, 2 de julio, F. 4; 218/2002, de 25 de noviembre, F. 4). En segundo lugar, es preciso también un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad (como ocurre con el consumo habitual de drogas: STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3). Finalmente, por su importancia destacada en el presente caso, la misma necesidad de información previa existe cuando las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. En efecto, al margen de lo que corresponda decir desde un prisma legal sobre la posibilidad de realizar dichas detecciones adicionales, en garantía del derecho fundamental a la intimidad personal se impone que el consentimiento sea informado particularmente en aquello que no sea previsible, y eso es lo que ocurre, tratándose de un reconocimiento médico de vigilancia de la salud en función del riesgo laboral (art. 22.1 LPRL), con las pruebas y datos extraños a esa finalidad (...).

F.J. 10º. Pues bien, en el presente caso los hechos probados declaran que a la recurrente no se le comunicó ni por la empresa ni por sus servicios médicos cuál era la información buscada con los análisis médicos y, en concreto, que no se le informó de que se analizaría su consumo de estupefacientes (...).

En consecuencia, al haberse invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con vulneración por tanto del art. 18.1 CE, procedente será el otorgamiento del amparo...”

En suma, a la vista de todo ello, este Centro Directivo considera posible la verificación de los controles preventivos de alcoholemia a que se refiere la consulta, al amparo de las previsiones del artículo 22 de la Ley 31/1995; si bien con las precisiones expuestas en relación con la procedencia de que esos controles sean llevados a cabo por la Autoridad Portuaria de Santander, respecto de su propio personal, y por las empresas que desarrollan su actividad en la zona portuaria, respecto del suyo, y en todo caso con estricta observancia de las exigencias y limitaciones establecidas en esa norma legal en cuanto a la forma y condiciones de verificación de los controles y a los efectos de los resultados obtenidos en ellos.

En virtud de todo lo expuesto, este Centro Directivo considera procedente la formulación de las siguientes

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La competencias genéricas en materia de seguridad que se atribuyen a las Autoridades Portuarias en los artículos 36 de la Ley 27/1992 y 57.1, 58.2.d) y 60.3 de la Ley 48/2003, no constituyen título legal suficiente para amparar, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, el sometimiento a controles preventivos de alcoholemia, no consentidos voluntariamente, a los trabajadores de esos Organismos públicos y de las empresas que desarrollan la prestación de servicios básicos y comerciales u otras actividades en la zona portuaria.

**Segunda.-** Los citados controles preventivos de alcoholemia pueden verificarse con amparo en el artículo 22 de la Ley 31/1995, por la Autoridad Portuaria de Santander respecto de su propio personal, y por las mencionadas empresas respecto del suyo y, en todo caso, con estricta observancia de las exigencias y limitaciones establecidas en esa norma legal en cuanto a la forma y condiciones de verificación de los controles y a los efectos de los resultados obtenidos en ellos.

### **183.- Informe sobre la procedencia de que una Autoridad Portuaria contrate un servicio de vigilancia privada. Alcance de los artículos 57 y 59 en relación con la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003.**

#### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de que la Autoridad Portuaria de Barcelona contrate un servicio de vigilancia privada. Examen de los artículos 57 y 59 de la Ley 48/2003, en relación con su disposición adicional decimotercera: distinción entre policía general y policía especial; concepto de una y otra a la vista de los artículos 1.2 y 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Enumeración de las funciones de las empresas privadas de seguridad según la Ley 23/1992, de Seguridad Privada, que se incluyen en el ámbito de la policía general. Funciones que corresponden a los celadores-guardamuelleres según el convenio colectivo vigente: indicación, de entre esas funciones, de las que corresponden exclusivamente a los celadores-guardamuelleres (por tratarse de funciones de policía especial portuaria) y de las que pueden asumir las empresas privadas de seguridad (por no tratarse de funciones de policía especial portuaria, sino de policía general).

**Ref.:** A.G.SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 12/05

**Fecha:** 22 de septiembre de 2005

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta del Abogado del Estado-Adjunto en Barcelona, Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Abogacía General del Estado y la Autoridad Portuaria de Barcelona sobre el proyecto de informe en Derecho relativo a la posibilidad de complementar con la contratación de un servicio de seguridad o vigilancia privada las funciones que desarrolla la policía especial portuaria en el puerto de Barcelona y que son desempeñadas por el Cuerpo de celadores-guardamuelleres.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

El pasado día 8 de agosto, tuvo entrada en esta Abogacía General del Estado la consulta indicada, de fecha 27 de julio de 2005, que viene acompañada de la solicitud de informe en Derecho formulada al Abogado del Estado consultante por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Barcelona y del proyecto de informe. En dicho proyecto se llegan a una serie de conclusiones, reproducidas en el escrito en el que se plasma la consulta, que se someten a la consideración de este Centro Directivo, de acuerdo con la Instrucción 2/2003, de 11 de diciembre, sobre determinados aspectos de las actuaciones consultivas y contenciosas de las Abogacías del Estado (disposición I, primera h), solicitando del mismo una respuesta acerca de si son o no ajustadas a Derecho las consideraciones y conclusiones que se recogen en ese proyecto y, en su caso, cuál es el criterio que haya de seguirse.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

De entrada, esta Abogacía General del Estado manifiesta su conformidad básica con las conclusiones que se plasman en el proyecto de informe remitido por el Abogado del Estado Adjunto de Barcelona, Coordinador del Convenio de asistencia jurídica entre la Abogacía General del Estado y la Autoridad Portuaria de Barcelona.

No obstante, es conveniente hacer una serie de consideraciones jurídicas adicionales que sirven para reforzar la fundamentación del citado proyecto de informe, sin alterar, en esencia, las conclusiones del mismo.

Sobre esa base, es preciso partir, en primer término, de los preceptos que la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general dedica a los servicios portuarios, más concretamente, a los servicios portuarios generales. Los servicios portuarios, según el artículo 57 de dicha Ley, primero del Capítulo dedicado a los mismos, son “actividades de prestación de interés general que se desarrollan en la zona de servicios de los puertos, siendo necesarias para la correcta explotación de los mismos en condiciones de seguridad, eficacia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación”. Los servicios portuarios se clasifican en servicios generales del puerto, cuya prestación se reserva a la Autoridad Portuaria y servicios básicos, que se prestan en régimen de competencia. (artículo 57.2).

El artículo 58.1 define los servicios generales, disponiendo que son “aquellos servicios comunes de titularidad de la Autoridad Portuaria de los que se benefician los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud”.

El apartado 2.d) de ese mismo artículo establece que las Autoridades Portuarias prestarán, entre otros servicios generales, en la zona de servicio del puerto, “los servicios de vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones Públicas”.

Por último, el artículo 59 de esa Ley, referido a la prestación de servicios generales, comienza diciendo que, “los servicios generales serán gestionados por la Autoridad Portuaria”, añadiendo su apartado segundo y último que, “estos servicios serán prestados, de acuerdo con las normas y criterios técnicos previstos en el Reglamento de Explotación y Policía y en las ordenanzas del puerto, por personal de la Autoridad Portuaria, sin perjuicio de que puedan encomendarse a terceros en determinados casos cuando no se ponga en riesgo la seguridad o no impliquen ejercicio de autoridad”.

En una primera aproximación a los preceptos legales citados, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que los servicios generales enumerados en el artículo 58.2 de la Ley 48/2003 y, entre ellos, los servicios de vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes, que deben prestarse y gestionarse por las Autoridades Portuarias, pueden encomendarse a terceros en determinados casos siempre que no se ponga en riesgo la seguridad o no impliquen ejercicio de autoridad.

Ahora bien, esa posibilidad de encomienda a terceros de la prestación del servicio de vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes debe matizarse inmediatamente con lo prevenido en la disposición adicional decimotercera de la propia Ley 48/2003 que, bajo la rúbrica de “Servicio de Policía Portuaria”, comienza diciendo, en su apartado 1, que “ las funciones de policía especial, enunciadas en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, atribuidas a la Autoridad Portuaria por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, corresponden a su Consejo de Administración”, añadiendo el apartado 2 que “ dichas funciones serán ejercidas en la forma que determine el Reglamento de Explotación y Policía por los celadores-guardamuelles y



demás personal de la Autoridad Portuaria, debidamente cualificado y adscrito al Servicio de Policía, a cuyo efecto tendrán la consideración de agentes de la autoridad de la Administración Portuaria en el ejercicio de las potestades de policía portuaria recogidas en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sin perjuicio de la obligación de colaborar siempre que sea preciso con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

De acuerdo con el tenor de dicha disposición adicional, resulta evidente que existen unas funciones de policía especial, las enunciadas genéricamente en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, atribuidas a la Autoridad Portuaria, más concretamente, a su Consejo de Administración que, sin excepción, deberán ser ejercidas, en la forma que determine el Reglamento de Explotación y Policía, por los celadores-guardamuelles y demás personal de la Autoridad Portuaria adscrito al Servicio de Policía, a cuyo efecto, y en el ejercicio de las potestades de policía portuaria, tendrán la consideración de agentes de la autoridad.

El artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, no llega a enunciar unas concretas funciones de policía especial, sino que, simplemente y después de constatar la existencia de materias sujetas a esa policía especial no atribuidas expresamente a órganos dependientes del Ministerio del Interior, se limita a establecer que dichos órganos, en esas materias, sólo podrán intervenir “en la medida necesaria para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el apartado 2 del artículo 1”.

Ese último precepto precisa la competencia del Gobierno en materia de seguridad pública, ejercida a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, señalando textualmente que “esta competencia comprende el ejercicio de las potestades administrativas previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas”.

A pesar de esa falta de enunciación en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992 de las funciones de policía especial, se pueden distinguir, poniendo en relación los artículos 1.2 y 4.1 de dicho texto legal, las funciones de policía general y de policía especial, pudiendo entenderse que las primeras, tal y como se deduce del artículo 1.2, son aquellas que tienen por finalidad asegurar la convivencia ciudadana, erradicar la violencia, la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como prevenir la comisión de delitos y faltas. Por el contrario, las funciones de policía especial son aquellas que tienden a garantizar el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa, incluida en ella la prestación de servicios públicos. En el caso de la policía especial portuaria, mencionada expresamente en la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003, esas funciones tratan de garantizar el regular funcionamiento y la adecuada prestación de los servicios portuarios encomendados a las Autoridades Portuarias dentro del recinto de las instalaciones del puerto, para lo cual la normativa aplicable les atribuye, como luego se verá, unas tareas muy concretas. Algo similar puede decirse de la configuración de determinados servicios o ámbitos de actuación pública (montes, costas, pesca, etc.), en los que, como en materia de puertos, se produce una atribución concreta de funciones a determinados cuerpos funcionariales o a colectivos laborales que desarrollan tareas muy específicas, tendentes a asegurar el regular funcionamiento de esos servicios o actividades públicas, y ajenas a las tareas propias de la llamada policía general a que se refiere el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1992.

- II -

Llegados a este punto, es necesario analizar si, dentro del marco de la policía general, las funciones de seguridad pública sólo pueden realizarse por el Estado, a través de sus Fuerzas o Cuerpos de Seguridad, o si es posible la concurrencia con las mismas de servicios privados de seguridad.

La Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, da respuesta a este interrogante, admitiendo la consideración de los servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto a los de seguridad pública. Sobre esa base, se establecen un conjunto de controles e intervenciones administrativas que condicionan el ejercicio de las actividades de seguridad por los particulares (apartado 1 de su Exposición de Motivos y artículo 1.1 de la Ley).

Bajo estas premisas el artículo 5 de la Ley 23/1992 detalla, de forma precisa y excluyente, los únicos servicios y actividades que pueden prestar las empresas de seguridad. Entre ellos destacan, por lo que aquí importa, la “vigilancia y protección de bienes, establecimientos, espectáculos, certámenes o convenciones” (apartado a) y la “explotación de centrales para la recepción, verificación y transmisión de señales de alarmas y su comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como la prestación de servicios de respuesta cuya realización no sea de la competencia de dichas Fuerzas y Cuerpos” (apartado f). Por su parte, y también con el mismo carácter excluyente, el artículo 11 concreta las funciones que sólo podrán desempeñar los vigilantes de seguridad y que no son otras que las siguientes:

- a) Ejercer la vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos.
- b) Efectuar controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados, sin que, en ningún caso puedan retener la documentación personal.
- c) Evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección.
- d) Poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos.
- e) Efectuar la protección del almacenamiento, recuento, clasificación y transporte de dinero, valores y objetos valiosos.
- f) Llevar a cabo, en relación con el funcionamiento de centrales de alarma, la prestación de servicios de respuesta de las alarmas que se produzcan, cuya realización no corresponda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Para concluir con esta referencia a la normativa reguladora de la seguridad privada y por su interés para el presente informe, merece destacarse también el contenido de los artículos 13 y 14 de la misma Ley. Según el primero de ellos, salvo la función de protección del transporte de dinero, valores, bienes u objetos, los vigilantes seguridad ejercerán sus funciones exclusivamente en el interior de los edificios o propiedades de cuya vigilancia estuvieran encargados, sin que tales funciones se puedan desarrollar en las vías públicas ni en aquellas que, no teniendo tal condición, sean de uso común.

Por su parte, el artículo 14 detalla que los vigilantes de seguridad, previo el otorgamiento de las correspondientes licencias, sólo desarrollarán con armas de fuego las funciones indicadas en el artículo 11 en los supuestos que reglamentariamente se determinen, entre los que se comprenderán, además del de protección de almacenamiento, recuento, clasificación y transporte de dinero, valores y objetos valiosos, los de vigilancia y protección de fábricas y depósitos o transporte de armas y explosivos, de industrias o establecimientos peligrosos que se encuentren en despoblado y aquellos otros de análoga significación. El artículo 81 del Reglamento de esa Ley, aprobado por Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, desarrolla ese precepto, enumerando una serie de entidades, organismos o inmuebles en los que, sopesando determinadas circunstancias y previa la autorización pertinente se puede cumplir el servicio con armas de fuego, entre los que no se encuentran las zonas portuarias.

La actual legislación de contratos de las Administraciones Públicas, constituida, básicamente, por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba su Texto Refundido, es consciente de la situación derivada de la aprobación de la Ley 23/1992, considerando contratos de servicios a los contratos de seguridad (artículos 196.3 y 206.23). Con fundamento

en ello y de forma reiterada, la Administración del Estado ha contratado la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada en sus centros oficiales con ese carácter complementario y subordinado respecto a los servicios de seguridad pública con que se configura dicho servicio en la Ley de Seguridad Privada. La jurisprudencia mencionada en el proyecto de informe remitido viene a ratificar plenamente esta consideración, si bien dejando claro que los servicios a prestar por las empresas de seguridad privada se han de limitar, esencialmente, a la vista del elenco de funciones de las mismas establecido en la Ley 23/1992, al que se ha hecho antes referencia, a la vigilancia y custodia de establecimientos, incluyendo el control de acceso, para lo que es obvio que ha tenido presente el contenido de la Exposición de Motivos de la Ley 23/1992 que, en su párrafo tercero, para justificar el carácter de servicio complementario de la seguridad privada respecto a los servicios de seguridad pública, señala, textualmente que, "...debe tenerse en cuenta que la presencia de vigilantes en controles de acceso y seguridad interior no suele tener una trascendencia externa que perjudique el quehacer de los Cuerpos de Seguridad, porque están llamados a actuar como elementos colaboradores en tareas que difícilmente podrían cubrir por sí solos".

De lo expuesto hasta este momento, en este punto, puede llegarse a la conclusión de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 23/1992, de Seguridad Privada, determinadas funciones de policía general pueden prestarse por servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto de los servicios de seguridad pública y que, teniendo en cuenta las funciones atribuidas a las empresas de seguridad, las funciones de vigilancia y protección de edificios e instalaciones, incluido el control de acceso, son especialmente aptas para el desarrollo de ese servicio complementario y subordinado por empresas privadas de seguridad, siguiendo, en cada caso, las instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y bajo su control.

- III -

Alcanzada la anterior conclusión, es preciso analizar ya las funciones de policía especial que la Ley atribuye a las Autoridades Portuarias. En este sentido, como se señaló al principio de este informe, las funciones de policía especial atribuidas a la Autoridad Portuaria por la Ley de Puertos corresponden a su Consejo de Administración (disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003). Dichas funciones serán ejercidas en la forma que determine el Reglamento de Explotación y Policía por los celadores-guardamuelles y demás personal de la Autoridad Portuaria debidamente cualificado, a los que se atribuye la consideración de agentes de la autoridad.

La inexistencia del Reglamento de Explotación y Policía, al que se hace referencia en esa disposición adicional y en el Título IV de la Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, hace necesario acudir a otras normas con el fin de precisar las funciones concretas de policía especial atribuidas a los celadores-guardamuelles, siendo decisiva, en este sentido, como acertadamente se indica en el proyecto de informe, la resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999 relativa al I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, entre ellas la de Barcelona, donde se detallan las funciones de este importante colectivo, distinguiendo entre las funciones del Jefe de Celadores-Guardamuelles y la del Celador-Guardamuelles, que son las que especialmente interesan a los efectos de este informe.

Pues bien, según el anexo de dicha resolución, donde se relacionan las funciones de los puestos de trabajo, los celadores-guardamuelles, con carácter general, tienen como responsabilidades la vigilancia y control en la zona de servicio tanto a pie como de forma motorizada concretándose sus funciones en las siguientes:

- 1) Control de entrada de personas y vehículos.
- 2) Supervisión del buen estado de la zona de servicio e infraestructuras.

- 3) La apertura, cierre y vigilancia de edificios (oficinas, estación marítima, lonja, etc.).
- 4) El control sobre los corros de subasta, descarga y precios de venta en el puerto pesquero.
- 5) La seguridad física de mercancías.
- 6) El control y regulación del tráfico en el muelle y en las zonas de aparcamiento denunciando las infracciones que se puedan cometer.
- 7) El control de la seguridad vial.
- 8) La medición y, en su caso, facturación por ocupación de superficie, actividades de lonja y otros servicios auxiliares.
- 9) La colaboración con conservación para detección de averías en el alumbrado o en la señalización marítima.
- 10) La participación en el Plan de emergencia.
- 11) La vigilancia del cumplimiento del reglamento.
- 12) La denuncia y propuesta de sanción en caso de incumplimiento del mismo.
- 13) La elaboración de partes relativos al estado general y funcionamiento del muelle o zona asignada.
- 14) Todas aquellas funciones administrativas que sus superiores le encomienden, utilizando la informática a nivel de usuario como herramienta habitual de trabajo.

Por su parte, el Convenio Colectivo para el periodo 2004-2009, pendiente aun de publicación, refiriéndose a las funciones principales del "Policía Portuario, realiza una enumeración de funciones, recogida en el proyecto de informe, similar a la reseñada anteriormente.

Del elenco de funciones y cometidos atribuidos por la resolución de 22 de diciembre de 1999 a los celadores-guardamuelles se pueden distinguir dos tipos de funciones. Por un lado, aquellas funciones que, aunque se desarrollen en la zona portuaria, están relacionadas con la vigilancia y seguridad del recinto o, lo que es lo mismo, con funciones de policía general (las funciones descritas en los apartados 1 y 3 de la referida resolución) y, por otro, aquellas funciones que tienen que ver strictu sensu con los cometidos de una policía especial (control de corros de subasta, seguridad física de mercancías, mediciones de superficie, etc.).

Pues bien, volviendo, de nuevo, al artículo 59 de la Ley 48/2003 que, como se ha expuesto, permite a las Autoridades Portuarias, encargadas de la gestión de los servicios generales (entre los que se encuentran los servicios de vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes – artículo 58.2.d), encomendar a terceros, en determinados casos, la prestación de los mismos cuando no se ponga en riesgo la seguridad o impliquen ejercicio de autoridad, sería posible atribuir a una empresa privada de seguridad el desempeño de funciones propias de los celadores-guardamuelles que tengan que ver con esa policía general o, más concretamente, con la vigilancia y seguridad en las zonas comunes del puerto, siempre que no pongan en riesgo la seguridad ni impliquen el ejercicio de autoridad.

Esa atribución de funciones de vigilancia y seguridad en las zonas comunes encomendadas, en virtud de la resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999 que aprueba el Convenio Marco de Relaciones Laborales, a los celadores-guardamuelles, encuentra su fundamento legal, aparte de en la propia Ley 48/2003, en la Ley 23/1992, de Seguridad Privada, sin que pueda invocarse la aplicación preferente de las previsiones del Convenio Colectivo citado, dado el criterio de preeminencia normativa de la ley sobre el convenio, lo que tiene por consecuencia que no pueda quedar desplazada la aplicación de preceptos legales por las previsiones de un convenio colectivo. Así lo imponen, en general, el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 y los artículos 3.2 y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, especialmente este último precepto legal. En aplicación de este criterio, la jurisprudencia

dencia ha establecido, por ejemplo, la derogación por la Ley que aprueba el Estatuto de los Trabajadores de normas sectoriales precedentes de menor rango sin atender al principio de especialidad (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo y 22 de mayo de 1990).

Sobre esta base, sería factible encomendar a una empresa de seguridad, cuyo marco de actuación está perfectamente delimitado en el artículo 5 de la Ley 23/1992, el desempeño estricto de funciones de vigilancia y seguridad en las zonas comunes bajo la superior coordinación y control de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En cuanto al espacio físico en donde sería posible desarrollar esas funciones y partiendo de lo dispuesto en el artículo 58.2.d) de la Ley 48/2003, que circunscribe los servicios de vigilancia, seguridad y policía a las zonas comunes, considerando como tales a las zonas de servicio no sujetas a concesión o autorización administrativa que impliquen una utilización privativa, sin comprender tampoco los muelles que tengan otorgado el atraque de barcos o buques en concesión, y en el artículo 13 de la Ley 23/1992, de Seguridad Privada que, como ya se dijo, limita las funciones de los vigilantes de seguridad exclusivamente al interior de los edificios o de las propiedades, de cuya vigilancia estuvieren encargados, dicho espacio estaría constituido por todo el recinto portuario, incluidos edificios, almacenes y los muebles que en ellos se hallaren, incluyendo las puertas de acceso al recinto.

Como bien se dice en el proyecto de informe, permitir la actuación del servicio de vigilancia en las puertas de acceso en los términos expuestos no sólo es coherente con la propia función de seguridad y vigilancia, sino también plenamente ajustado a Derecho en cuanto no implica la actuación del servicio de seguridad privada en lugares públicos o de libre acceso.

Si se acude, de nuevo, a la lista de funciones encomendadas a los celadores-guardamuelles, a la que antes se hizo mención, y se tienen en cuenta las funciones que únicamente pueden desarrollar los vigilantes de seguridad privada, parece evidente que las funciones que podría desarrollar ese servicio de vigilancia privada, sin poner en riesgo la seguridad ni implicar, por supuesto, ejercicio de autoridad, serían las siguientes:

- Control de entrada de personas y vehículos
- Apertura, cierre y vigilancia de edificios (oficinas, estación marítima, lonja, etc.)

El resto de las funciones, propias ya de la policía especial portuaria, deben seguir siendo desempeñados en exclusiva por los celadores-guardamuelles.

Si se examina la cuestión debatida desde la perspectiva de los cometidos que se encargan a los vigilantes de seguridad, esta Abogacía General del Estado no tiene duda alguna de que las tareas de vigilancia y seguridad atribuidas a los celadores-guardamuelles guardan correspondencia con las propias de los vigilantes, plasmadas en los apartados a), b) y c) del artículo 11 de la Ley 23/1992, es decir, vigilancia y protección de bienes muebles e inmuebles, así como la protección de las personas que puedan encontrarse en los mismos, realización de controles de identidad en el acceso o en el interior de inmuebles determinados, sin que en ningún caso puedan retener documentación personal, y evitar la comisión de actos delictivos o infracciones en relación con el objeto de su protección.

Aunque no aparezcan mencionadas en la lista de funciones propias de los celadores-guardamuelles, no existe obstáculo alguno, dado su evidente carácter complementario de las funciones anteriores de vigilancia encomendadas a los vigilantes privados, para que éstos, en su tarea de vigilancia y control del recinto portuario en los términos expuestos, puedan desarrollar, además, dos de las funciones que el mismo artículo 11 de la Ley 23/1992, les atribuye, en concreto, la del apartado d), consistente en poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y pruebas de los delitos, no pudiendo proceder al interrogatorio de aquéllos y la del apartado f), consistente en llevar a cabo, en relación con el funcionamiento de centrales de alarma, la prestación de servicios de

respuesta de las alarmas que se produzcan, cuya realización no corresponda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

**- IV -**

Por último, esta Abogacía General del Estado hace suyas también íntegramente las consideraciones jurídicas y la conclusión del proyecto de informe relativas al caso especial de los viales que se hallen dentro de la zona de servicio del puerto, que son viales de libre circulación plenamente integrados en la red viaria urbana o ciudadana, sobre los que no puede operar un servicio de vigilancia privada por expresa prohibición del artículo 13 de la Ley 23/1992 y que, como bien dice el proyecto de informe, debería resolverse por la vía del convenio de cooperación entre la Autoridad Portuaria de Barcelona y el Ayuntamiento de la ciudad, de modo que la policía local ordenase el tráfico en esas zonas mayoritariamente urbanas y sólo minoritariamente portuarias.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**Primera.-** Las Autoridades Portuarias pueden contratar con una empresa de seguridad privada las funciones de policía general relacionadas estrictamente con la vigilancia y seguridad en las zonas comunes y que aparecen encomendadas a los celadores-guardamuelles en el anexo de la resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999, que aprueba el Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, más en concreto, las detalladas en los puntos 1 y 3 de la página 10 de este informe, consistentes en el control de entrada de personas y vehículos así como la de apertura, cierre y vigilancia de edificios (oficinas, estación marítima, lonja, etc.).

A ellas se pueden sumar, aunque no aparezcan mencionadas en esa lista de funciones, dada su evidente carácter complementario de las funciones propias de vigilancia encomendadas legalmente a los vigilantes privados, la de poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y prueba de los delitos, sin que puedan proceder al interrogatorio de aquéllos, y la de llevar a cabo, en relación con el funcionamiento de centrales de alarma, la prestación de servicios de respuesta de las alarmas que se produzcan, cuya realización no corresponda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Dichas funciones las realizarán bajo el superior control y coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

**Segunda.-** Por el contrario, todas aquellas funciones de policía especial mencionadas en los apartados 2), 4), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 11), 12), 13) y 14) de las páginas 10 y 11 de este informe, recogidas en el anexo de la resolución de la Dirección General de Trabajo antes citada, en cuanto funciones propias de la policía especial portuaria, deben seguir siendo desempeñadas en exclusiva por los celadores-guardamuelles.

## **184.- Informe sobre la posibilidad de que la policía portuaria asuma tareas de control de viajeros y equipajes en los recintos portuarios como funciones propias y no como auxiliares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.**

### **Resumen**

Consulta sobre la posibilidad de que la policía portuaria asuma tareas de control de viajeros y equipajes en los recintos portuarios como funciones propias y no como auxiliares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Referencia a un anterior informe de este Centro Directivo de 22 de septiembre de 2005. Posibilidad de que la policía portuaria realice esas funciones teniendo en cuenta una resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999 relativa al I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias. Intervención de la policía portuaria en tales funciones como auxiliar de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a la vista de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero y Ley 23/1992, de 3 de julio. Confirmación de este criterio por un informe del Ministerio del Interior de 30 de marzo de 2005. Competencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para impartir instrucciones, en relación con dichas funciones, a la policía portuaria.

**Ref.:** A.G.ENTES PÚBLICOS 8/06

**Fecha:** 1 de marzo de 2006

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la compatibilidad con el tenor de la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003, de 27 de diciembre, y demás normativa aplicable de la interpretación realizada por el Ente público Puertos del Estado sobre las tareas que la policía portuaria puede realizar con carácter auxiliar de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como sobre la posibilidad de que la citada policía asuma tareas de control de viajeros y equipajes en los recintos portuarios como funciones propias y no como auxiliares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro emite el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

1º) Tal y como comienza señalando el escrito de consulta, esta Abogacía General del Estado emitió, el 22 de septiembre de 2005, un informe (Ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 12/05) en respuesta a la consulta formulada por el Abogado del Estado-Adjunto en Barcelona, Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Abogacía General del Estado y la Autoridad Portuaria de Barcelona, sobre el proyecto de informe en Derecho elaborado por aquél relativo a la posibilidad de complementar con la contratación de un servicio de seguridad o vigilancia privada las funciones que desarrolla la policía especial portuaria en el puerto de Barcelona y que son desempeñadas por el Cuerpo de Celadores-guardamuelles.

2º) En el citado informe, esta Abogacía manifestaba su conformidad básica con las conclusiones que se plasmaban en el proyecto de informe remitido por el Abogado del Estado-Adjunto de Barcelona, sentando, no obstante, y para reforzar su argumentación, las siguientes conclusiones:

**“Primera.-** Las Autoridades Portuarias pueden contratar con una empresa de seguridad privada las funciones de policía general relacionadas estrictamente con la vigilancia y seguridad en las zonas comunes y que aparecen encomendadas a los celadores-guardamuelles en el anexo de la resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999, que aprueba el Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, más en concreto, las detalladas en los puntos 1 y 3 de la página 10 de este informe, consistentes en el control de entrada de personas y vehículos así como la de apertura, cierre y vigilancia de edificios (oficinas, estación marítima, lonja, etc.).

A ellas se pueden sumar, aunque no aparezcan mencionadas en esa lista de funciones, dada su evidente carácter complementario de las funciones propias de vigilancia encomendadas legalmente a los vigilantes privados, la de poner inmediatamente a disposición de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los delincuentes en relación con el objeto de su protección, así como los instrumentos, efectos y prueba de los delitos, sin que puedan proceder al interrogatorio de aquéllos, y la de llevar a cabo, en relación con el funcionamiento de centrales de alarma, la prestación de servicios de respuesta de las alarmas que se produzcan, cuya realización no corresponda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Dichas funciones las realizarán bajo el superior control y coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

**Segunda.-** Por el contrario, todas aquellas funciones de policía especial mencionadas en los apartados 2), 4), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 11), 12), 13) y 14) de las páginas 10 y 11 de este informe, recogidas en el anexo de la resolución de la Dirección General de Trabajo antes citada, en cuanto funciones propias de la policía especial portuaria, deben seguir siendo desempeñadas en exclusiva por los celadores-guardamuelles”

3º) La emisión del citado informe ha propiciado que el Ente público Puertos del Estado solicite un informe complementario sobre dos puntos concretos relacionados con las funciones de la policía portuaria. El primero se refiere a los órganos competentes para la emisión de instrucciones a la policía portuaria y el segundo al control de pasajeros y equipajes, cuestiones a las que se va a dar respuesta en este informe, teniendo en cuenta el planteamiento que se hace en el escrito de solicitud del mismo.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Con carácter previo al estudio de las dos cuestiones suscitadas, es preciso recordar, siquiera de forma sucinta, el tratamiento de la llamada policía portuaria en la Ley 48/2003, de 27 de diciembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general, y en las demás normas aplicables, tal y como empezaba el informe de este Centro Directivo de 22 de septiembre de 2005, del que el presente debe considerarse complementario.

En dicho informe se partía de los preceptos que la Ley 48/2003 dedica a los servicios portuarios, más concretamente, a los servicios portuarios generales. Los servicios portuarios –se decía–, según el artículo 57 de dicha Ley, primero del Capítulo dedicado a los mismos, son “actividades de prestación de interés general que se desarrollan en la zona de servicios de los puertos, siendo necesarias para la correcta explotación de los mismos en condiciones de seguridad, eficacia, calidad, regularidad, continuidad y no discriminación”. Los servicios portuarios se clasifican en servicios generales del puerto, cuya prestación se reserva a la Autoridad Portuaria y servicios básicos, que se prestan en régimen de competencia. (artículo 57.2).



El artículo 58.1 de dicho texto legal define los servicios generales disponiendo que son “aquellos servicios comunes de titularidad de la Autoridad Portuaria de los que se benefician los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud”.

El apartado 2.d) de ese mismo artículo establece que las Autoridades Portuarias prestarán, entre otros servicios generales, en la zona de servicio del puerto, “los servicios de vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones Públicas”.

Por último, el artículo 59 de esa Ley, referido a la prestación de servicios generales, comienza diciendo que “los servicios generales serán gestionados por la Autoridad Portuaria,” añadiendo su apartado segundo y último que “estos servicios serán prestados, de acuerdo con las normas y criterios técnicos previstos en el Reglamento de Explotación y Policía y en las ordenanzas del puerto, por personal de la Autoridad Portuaria, sin perjuicio de que puedan encomendarse a terceros en determinados casos cuando no se ponga en riesgo la seguridad o no impliquen ejercicio de autoridad”.

En una primera aproximación a los preceptos legales citados se llegaba fácilmente a la conclusión de que los servicios generales enumerados en el artículo 58.2 de la Ley 48/2003 y, entre ellos, los servicios de vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes, que deben prestarse y gestionarse por las Autoridades Portuarias, podían encomendarse a terceros en determinados casos siempre que no se pusiera en riesgo la seguridad o no implicaran ejercicio de autoridad.

Ahora bien, esa posibilidad de encomienda a terceros de la prestación del servicio de vigilancia, seguridad y policía en las zonas comunes se matizaba inmediatamente con lo prevenido en la disposición adicional decimotercera de la propia Ley 48/2003 que, bajo la rúbrica de “Servicio de Policía Portuaria,” comienza diciendo, en su apartado 1, que “las funciones de policía especial, enunciadas en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, atribuidas a la Autoridad Portuaria por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, corresponden a su Consejo de Administración,” añadiendo el apartado 2 que “dichas funciones serán ejercidas en la forma que determine el Reglamento de Explotación y Policía por los celadores-guardamuelles y demás personal de la Autoridad Portuaria, debidamente cualificado y adscrito al Servicio de Policía, a cuyo efecto tendrán la consideración de agentes de la autoridad de la Administración Portuaria en el ejercicio de las potestades de policía portuaria recogidas en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sin perjuicio de la obligación de colaborar siempre que sea preciso con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

En dicho informe se añadía que, de acuerdo con el tenor de dicha disposición adicional, resulta evidente que existen unas funciones de policía especial, las enunciadas genéricamente en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992 y atribuidas a la Autoridad Portuaria, más concretamente, a su Consejo de Administración, que, sin excepción, deberán ser ejercidas, en la forma que determine el Reglamento de Explotación y Policía, por los celadores-guardamuelles y demás personal de la Autoridad Portuaria adscrito al Servicio de Policía, a cuyo efecto, y en el ejercicio de las potestades de policía portuaria, tendrán la consideración de agentes de la autoridad.

El artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, no llega a enunciar unas concretas funciones de policía especial, sino que, simplemente y después de constatar la existencia de materias sujetas a esa policía especial no atribuidas expresamente a órganos dependientes del Ministerio del Interior, se limita a establecer que dichos órganos, en esas materias, sólo podrán intervenir “en la medida necesaria para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el apartado 2 del artículo 1”.

Ese último precepto precisa la competencia del Gobierno en materia de seguridad pública, ejercida a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, disponiendo textualmente que “esta competencia comprende el ejercicio de las potestades administrativas

previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas”

A pesar de esa falta de enunciación en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992 de las funciones de policía especial, se pueden distinguir, poniendo en relación los artículos 1.2 y 4.1 de dicho texto legal, las funciones de policía general y de policía especial, pudiendo entenderse que las primeras, tal y como se deduce del artículo 1.2, son aquéllas que tienen por finalidad asegurar la convivencia ciudadana, erradicar la violencia, la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como prevenir la comisión de delitos y faltas. Por el contrario, las funciones de policía especial son aquéllas que tienden a garantizar el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa, incluida en ella la prestación de servicios públicos. En el caso de la policía especial portuaria, mencionada expresamente en la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003, esas funciones tratan de garantizar el regular funcionamiento y la adecuada prestación de los servicios portuarios encomendados a las Autoridades Portuarias dentro del recinto de las instalaciones del puerto, para lo cual la normativa aplicable les atribuye, como luego se verá, unas tareas muy concretas. Algo similar puede decirse de la configuración de determinados servicios o ámbitos de actuación pública (montes, costas, pesca, etc.), en los que, como en materia de puertos, se produce una atribución concreta de funciones a determinados cuerpos funcionariales o a colectivos laborales que desarrollan tareas muy específicas, tendentes a asegurar el regular funcionamiento de esos servicios o actividades públicas, y ajenas a las tareas propias de la llamada policía general a que se refiere el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/1992.

- II -

En el mismo informe, después de razonarse suficientemente que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada, determinadas funciones de policía general podían prestarse por servicios privados de seguridad como servicios complementarios y subordinados respecto de los servicios de seguridad pública, se pasaba a analizar las funciones que la resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999, relativa al I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, encomendaba a los Celadores-guardamuelles.

Del elenco de funciones recogidas en el anexo de esa resolución se hacía especial mención a aquellas funciones que, aunque se desarrollen en la zona portuaria, están relacionadas con la vigilancia y seguridad del recinto o, lo que es lo mismo, con funciones de policía general (las descritas en los apartados 1 y 3 de la referida resolución) y, por otro, a aquellas funciones que tienen que ver *strictu sensu* con los cometidos de la policía especial portuaria (control de corros de subasta, seguridad física de mercancías, mediciones de superficie, etc.), señalando que las primeras eran especialmente aptas para ser prestadas por un servicio privado de seguridad bajo la superior coordinación y control de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en tanto que las restantes funciones, propias de la policía especial portuaria, deberían seguir siendo desempeñadas en exclusiva por los Celadores-guardamuelles.

Pues bien, de lo expuesto hasta este momento se deduce con bastante claridad que, en el seno de las funciones de policía portuaria encomendadas a los Celadores-guardamuelles, pueden distinguirse, en todo caso, dos tipos de funciones, las de policía general y las de policía especial, al margen o con independencia del posible desempeño de las primeras por empresas privadas de seguridad en la forma y con los condicionantes indicados en ese informe.

Como antes se dijo y refleja de nuevo el informe, la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003, bajo la rúbrica “Servicio de Policía Portuaria,” se refiere, en principio, única-

mente a las funciones de policía especial, señalando que esas funciones, enunciadas en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, atribuidas a la Autoridad Portuaria por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, corresponden a su Consejo de Administración, siendo desempeñadas por los celadores-guardamuelleres y demás personal de la Autoridad Portuaria, a los que se atribuye la consideración de agentes de la autoridad, sin perjuicio de la obligación de colaborar siempre que sea preciso con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Como también se dijo, el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992 no llega a enunciar unas concretas funciones de policía especial, limitándose a constatar la existencia de materias sujetas a esa policía especial no atribuidas expresamente a órganos del Ministerio del Interior, si bien dicho precepto añade, lo cual tiene su importancia, que los citados órganos, en relación con las mismas, sólo podrían intervenir “en la medida necesaria para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el apartado 2 del artículo 1”. Es decir, que si en el ámbito más restringido de las funciones de policía especial, desempeñadas en exclusiva por los celadores-guardamuelleres, se reconoce la necesaria intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para la consecución de las finalidades previstas en ese artículo, con mayor razón, si cabe, debería reconocerse esa intervención cuando se trate de las funciones de policía general.

La falta de enunciación en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992 de las funciones de policía especial, no es obstáculo para que, como se indicaba también en ese informe, se puedan distinguir, poniendo en relación los artículos 1.2 y 4.1 de dicho texto legal, las funciones de policía general y de policía especial, pudiendo entenderse que las primeras, tal y como se deduce del artículo 1.2, son aquéllas que tienen por finalidad asegurar la convivencia ciudadana, erradicar la violencia, la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como prevenir la comisión de delitos y faltas. Por el contrario, las funciones de policía especial son aquéllas que tienden a garantizar el correcto desenvolvimiento de la actividad administrativa, incluida en ella la prestación de servicios públicos. En el caso de la policía especial portuaria, mencionada expresamente en la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003, esas funciones tratan de garantizar el regular funcionamiento y la adecuada prestación de los servicios portuarios encomendados a las Autoridades Portuarias dentro del recinto de las instalaciones del puerto, para lo cual la normativa aplicable les atribuye, como luego se verá, unas tareas muy concretas.

Como se ha dicho, la citada resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999 encomienda de una forma muy precisa a los Celadores-guardamuelleres una serie de funciones de policía general, en concreto, las de control de entrada de personas y vehículos y las de apertura, cierre y vigilancia de edificios.

El desempeño de esas funciones por parte de los mismos en el recinto portuario está condicionado por la atribución genérica y exclusiva de la competencia en materia de seguridad pública al Estado por el artículo 149.1.29º de la Constitución, que se ve concretada en el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/1992, según el cual “de conformidad con lo dispuesto en los artículos 149.1.29ª y 104 de la Constitución, corresponde al Gobierno, a través de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a sus órdenes, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos”.

Por su parte, el artículo 1.2 de la misma Ley Orgánica precisa la competencia del Gobierno en materia de seguridad pública, ejercida a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, disponiendo que “esta competencia comprende el ejercicio de las potestades administrativas previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas”.

El reconocimiento de las competencias de otras Administraciones Públicas, en este caso de la Administración General del Estado y más en concreto del Ministerio del Interior (artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1992), en relación con los servicios de vigilancia, seguridad y policía (sea general o especial, pues no se hace matización alguna) en las zonas comunes, está presente, como también se dijo, en el artículo 58.2.d) de la Ley 48/2003, cuando atribuye a las Autoridades Portuarias la prestación de los servicios citados “sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones”.

Aunque la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003 se esté refiriendo, como se dijo, sólo a las funciones de policía especial, como funciones atribuidas a la Autoridad Portuaria por dicho texto legal, funciones que corresponde ejercer a su Consejo de Administración, lo cierto es que la policía portuaria, además de esas funciones específicas, desempeña, en virtud de lo dispuesto en la resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999, funciones de policía general y respecto de esta últimas no es posible obviar las competencias que corresponden al Estado en materia de seguridad pública para el cumplimiento de las finalidades recogidas en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1992, en especial y por lo que ahora importa, la de garantizar la seguridad ciudadana y, de forma más concreta, la de prevenir la comisión de delitos y faltas.

Del ejercicio de las potestades administrativas pertinentes por parte de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para el cumplimiento de esas finalidades no puede abdicarse por parte del Estado aunque el ámbito espacial donde se hagan efectivas las funciones correspondientes sea el recinto del puerto. Sobre esa base, las tareas a realizar por la policía portuaria en relación con esas funciones pueden y deben considerarse como tareas auxiliares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La anterior conclusión debe mantenerse en todo caso cuando se esté en presencia, con carácter general, del desempeño de funciones de policía general, sin que, al mantenimiento de la misma, sea óbice el respaldo en la Ley 23/1992 del superior control y coordinación de esas tareas por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando las mismas, como actividades complementarias y subordinadas respecto a las de seguridad pública (artículo 1.1 de la Ley 23/1992), se desarrollen por empresas de seguridad privada, tal y como se reflejaba en el informe anterior. No puede entenderse, por tanto, que la falta de previsión legal específica sobre el carácter complementario y subordinado de esas actividades cuando se desarrollen directamente por la policía portuaria desemboque en un desempeño de las mismas de forma totalmente autónoma, esto es, sin el control pertinente por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dada, como se ha dicho, la naturaleza de las funciones de policía general, así como el hecho de residenciarse en las referidas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el ejercicio de la misma.

Sobre esa base parece lógico pensar, dando así respuesta a la primera cuestión suscitada, que, aun reconociendo las competencias de la Autoridad Portuaria dentro del recinto del puerto, las instrucciones generales de actuación para el correcto ejercicio de esas funciones de policía general deban proceder de los responsables de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, dado el carácter auxiliar que asume respecto de las mismas la policía portuaria, todo ello tras un análisis conjunto y previo entre la Autoridades Portuarias y los responsables de la seguridad pública de las circunstancias que motivan que se impartan esas instrucciones generales. Por otro lado, y en el supuesto de que se configurasen equipos mixtos, las instrucciones concretas y operativas deberán ser impartidas directamente a los policías portuarios por parte de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

La interpretación propuesta, coincidente, por lo demás, con la reflejada en su solicitud de informe, es plenamente compatible con lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003, de 27 de diciembre y demás normativa aplicable.

## - III -

La segunda y última cuestión planteada en el escrito de consulta hace referencia al control de pasajeros y equipajes. Más concretamente, se solicita la opinión de este Centro Directivo sobre la posibilidad de que la policía portuaria asuma las funciones de control de vehículos, pasajeros y equipajes “como funciones propias y no como auxiliares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, manteniendo como valor prioritario el consenso con el Ministerio del Interior”.

En el escrito de consulta se comienza haciendo referencia a un informe elaborado por el Ministerio del Interior que dio lugar a una serie de instrucciones emitidas por Puertos del Estado a las distintas Autoridades Portuarias en el sentido de atribuir con carácter exclusivo el control de pasajeros y equipajes a las empresas de seguridad privada y no a la policía portuaria, por lo que, en el supuesto de que esta última lo asumiera, sería con carácter auxiliar de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El citado informe, según el escrito de consulta, podría entrar en contradicción con el informe elaborado por esta Abogacía General del Estado el 22 de septiembre de 2005, al que antes se ha hecho cumplida referencia, y en el que, como se ha expuesto, se admite, con fundamento en lo dispuesto en la resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999 que aprobó el I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, que la policía portuaria puede realizar funciones de policía general y que incluso esas funciones pueden ser desempeñadas por empresas de seguridad privada bajo el superior control de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, control y supervisión que, como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior, es también exigible cuando las funciones citadas se desarrollen directamente por la policía portuaria.

Este Centro Directivo, previa solicitud formulada al respecto al Ente público consultante, ha podido tener conocimiento de los términos exactos de un informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior que aparece fechado de 30 de marzo de 2005. En dicho informe, asumido por el Ente público Puertos del Estado en las Instrucciones remitidas a las Autoridades Portuarias sobre las funciones y medios de la policía portuaria, no hay referencia alguna a las empresas de seguridad privada, por lo que las menciones que se hacen a las mismas en el escrito de consulta deben referirse, previsiblemente, a otro informe. En cualquier caso, y como se expondrá más adelante, aunque existiese ese otro informe en los términos expuestos en el escrito de consulta, no existiría contradicción alguna entre el mismo y las conclusiones a las que llegó esta Abogacía General del Estado en su repetido informe de 22 de septiembre de 2005, a las que se ha hecho referencia en el antecedente 2º del presente.

El informe en cuestión dedica el apartado 1 del mismo a la cuestión relativa a la posición de la policía portuaria en lo relativo al control de pasajeros y equipajes.

El apartado 1 de ese informe reza textualmente así:

“En el apartado ‘D. Seguridad de Personas y Equipajes’, se considera correcto el tratamiento que se ha dado respecto a las facultades que corresponden a los celadores-guardamuelles, esto es, su condición de colaboradores o de meros ejecutores de las instrucciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en la función de control de personas y equipajes. Es exclusivamente dentro de este contexto en el que se admite que los celadores-guardamuelles pueden efectuar dichos controles e inspecciones mediante arcos detectores de metales y aparatos radioscópicos sin que, en ningún caso, puedan ejercer coerción directa sobre personas o retener sus pertenencias

Pues bien, en estos mismos términos debe expresarse el punto 6 del apartado ‘3. Facultades de actuación y medios materiales para la realización de las tareas asignadas’, es decir, no debe producirse la impresión de que se habilita genéricamente a los celadores-guardamuelles para el manejo de detectores de metales y aparatos radioscópicos en el control de

personas y equipajes, sino únicamente cuando ello forme parte de la colaboración requerida o de las instrucciones impartidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

Sobre esa base, el Presidente de Puertos del Estado aprobó definitivamente el 8 de abril de 2005, las Instrucciones sobre Funciones y Medios de la Policía Portuaria, señalando, en lo que aquí interesa, como funciones de la policía portuaria, lo que sigue:

“D. Seguridad de personas y equipajes

En aplicación del artículo 58.2.d) de la Ley 48/2003, o con carácter auxiliar de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

Las tareas asignadas son las siguientes:

- Control y vigilancia de la entrada y circulación de personas y vehículos en la zona portuaria, comprobando la existencia de autorizaciones de acceso.
- Dar cuenta de forma inmediata a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de las situaciones de riesgo que pueden existir en la zona de servicio del puerto para la integridad física de las personas, así como colaborar y auxiliar a dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su función de velar por la integridad física de los empleados y usuarios de la zona de servicio del puerto.
- Colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el control de personas y equipajes, controlando el acceso a las estaciones marítimas y las operaciones que se realizan en el exterior de las mismas, velando por el correcto desarrollo de las operaciones de embarque y desembarque de los pasajeros y equipajes y cooperando con la inspección mediante arcos detectores de metales y aparatos radioscópicos, bajo las instrucciones y dirección de las citada Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”

Por su parte, el apartado 3 de las referidas instrucciones (“Facultades de actuación y medios materiales para la realización de las tareas asignadas”) alude, en la misma línea, al “Manejo de arcos detectores de metales y aparatos radioscópicos para el control de pasajeros y equipajes, dentro de la colaboración requerida o de las instrucciones impartidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin que, en ningún caso, puedan ejercer coerción directa sobre las personas o retener sus pertenencias” –letra F–.

En las Instrucciones indicadas, con cita de la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003 que atribuye las funciones de policía especial enunciadas en el artículo 4.1 de la Ley Orgánica 1/1992 a las Autoridades Portuarias, se detallan, como funciones de policía especial de la policía portuaria, una serie de tareas, entre las que se encuentran las de “Seguridad de empleados, usuarios, edificaciones, mercancías e instalaciones” (letra A) y la de “Seguridad de personas y equipajes” (letra D).

Pues bien, a pesar de que en esa Instrucción se encuadran dichas tareas dentro de las funciones de policía especial, sobre la base del elenco de funciones encomendadas a los celadores-guardamuelles por la resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999, resulta evidente que una parte de las mismas, en concreto las relativas al control de entrada y salida de personas e incluso vehículos, apertura, cierre y vigilancia de edificios, y, por lo que aquí importa, con un carácter más general, el control de pasajeros y equipajes, son funciones de policía general en las que, como se dijo en el informe de este Centro Directivo de 22 de septiembre de 2005, los celadores-guardamuelles pueden ser sustituidos por vigilantes de seguridad privada que tienen atribuidas funciones similares en los apartados a), b) y c) del artículo 11 de la Ley 23/1992, de 30 de julio.

Ahora bien, los policías portuarios (y por extensión, lógicamente, los vigilantes de seguridad privada) sólo pueden desempeñar esas tareas relacionadas con funciones de policía general, como auxiliares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, bastando, en primer término, con tener presentes las consideraciones realizadas sobre el desempeño de tales funciones en el fundamento jurídico II de este informe, que se han visto ratificadas

claramente por el informe del Ministerio del Interior de 30 de marzo de 2005 y en las propias Instrucciones del Ente público Puertos del Estado de 8 de abril siguiente, de las que también se ha hecho detallada mención.

La colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en el desarrollo de esta tarea de control de vehículos, pasajeros y equipajes se traducirá, en la práctica, en la formación de equipos mixtos, actuando los miembros de la policía portuaria bajo la instrucción y dirección de las citadas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, somete a su consideración las siguientes:

## CONCLUSIONES

**Primera.-** La atribución constitucional y legal a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la competencia en materia de seguridad pública para el cumplimiento de las finalidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, en especial, la de garantizar la seguridad ciudadana y la de prevenir la comisión de delitos y faltas, determina que las funciones de policía general encomendadas a la policía portuaria por su normativa específica deban desarrollarse bajo la superior dependencia de las indicadas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debiendo proceder de los responsables de las mismas las instrucciones generales de actuación para el correcto ejercicio de esas funciones, dado el carácter auxiliar que, respecto de las mismas, tiene la policía portuaria. En todo caso, si se constituyesen equipos mixtos, las instrucciones concretas y operativas deben impartirse directamente a la policía portuaria por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La interpretación propuesta es plenamente compatible con lo establecido en la disposición adicional decimotercera de la Ley 48/2003.

**Segunda.-** Las tareas de control de entrada y salida de personas e incluso vehículos, apertura, cierre y vigilancia de edificios y, por lo que aquí importa y con un carácter más general, el control de pasajeros y equipajes, al que se refiere el escrito de consulta, son funciones de policía general que pueden desempeñar los policías portuarios como auxiliares de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, bastando con tener presente las consideraciones realizadas sobre el desempeño de tales funciones en el fundamento jurídico II de este informe y que se han visto ratificadas en el informe del Ministerio del Interior de 30 de marzo de 2005 y en las propias Instrucciones del Ente público Puertos del Estado de 8 de abril siguiente, a las que se hace detallada mención en el cuerpo de este informe.

## **185.- Informe sobre el destino que deban seguir las hipotecas, cargas y gravámenes constituidos sobre buque cuando, por haber sido declarados en situación de abandono, se disponga su enajenación.**

### **Resumen**

Consulta sobre el destino que deban seguir las hipotecas, cargas y gravámenes constituidos sobre buques cuando, por haber sido abandonados, se disponga su enajenación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 302 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, Examen de la aplicación al caso consultado del artículo 12 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993.

Argumentos para ello. 1) Configuración de la venta del buque abandonado como venta forzosa (lo que exige el artículo 12 de dicho Convenio como premisa para extinguirse todas las hipotecas, cargas y gravámenes); 2) inexistencia de incompatibilidad conceptual y procedimental entre el artículo 302 del TRLPEMM y el artículo 12 del Convenio; 3) Necesaria uniformidad de tratamiento a situaciones sustancialmente equivalentes (venta forzosa del artículo 302 del TRLPEMM y venta forzosa del artículo 12 del Convenio; 4) Facilitación de la concurrencia de más licitadores a la subasta del buque abandonado de seguirse el sistema de extinción de hipotecas, cargas y gravámenes del artículo 12 del Convenio.

**Ref:** A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 29/14 (R-1017/14)

**Fecha:** 19 de diciembre de 2014

**Ponente:** Luciano Mas Villarroel

### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre el destino que deban seguir las hipotecas, cargas y gravámenes constituidos sobre buques cuando, por haber sido declarados abandonados y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 302 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se disponga su enajenación. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

La cuestión sobre que la Abogacía del Estado en Pontevedra formula consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado consiste en determinar si, en los casos a que se refiere el artículo 302 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), el comprador del buque abandonado (y cuya propiedad corresponde al Estado) lo adquiere con las cargas o gravámenes que se hubiesen constituido sobre aquél o si, contrariamente, y por aplicación del artículo 12 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993 (CIPMHN), y al que España se adhirió por instrumento de 31 de mayo de 2002, lo adquiere libre de cargas y gravámenes.

El artículo 302 del TRLPEMM dispone lo siguiente:

- “1. Corresponde al Estado la propiedad de los buques abandonados en la zona de servicio del puerto.
2. Se considerarán abandonados aquellos buques que permanezcan durante más de tres meses atracados, amarrados o fondeados en el mismo lugar dentro del puerto sin actividad



apreciable exteriormente, y sin haber abonado las correspondientes tasas o tarifas, y así lo declare el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria.

La declaración de abandono exigirá la tramitación del correspondiente procedimiento, en el que se acreditarán las circunstancias expresadas y en el que se dará audiencia al propietario, al naviero, al capitán del buque o, en su caso, al consignatario del buque, en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3. Declarado el abandono del buque por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, ésta procederá, bien a su venta en pública subasta, ingresando el producto de la enajenación en el Tesoro Público, previa detracción de los créditos devengados a su favor por las correspondientes tasas y tarifas portuarias, así como los gastos del procedimiento; o bien procederá al hundimiento del buque cuando, por su estado, así lo aconsejen razones de seguridad marítima.

Cuando la venta regulada en el párrafo anterior tenga por objeto buques no comunitarios, se observarán, además, las siguientes reglas:

- a) Dicha venta tendrá la consideración de despacho a consumo de las mercancías y, por tanto, incluirá los trámites previstos para la importación de las mismas.
- b) En el precio de venta estarán incluidos los tributos devengados con motivo de la importación. A los efectos de su constatación y de la contracción de los recursos propios comunitarios, dicha enajenación deberá comunicarse a la correspondiente Administración de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.”

Por su parte, el artículo 12.1 del referido Convenio preceptúa lo siguiente:

“En caso de venta forzosa del buque en un Estado Parte, todas las hipotecas, mortgages o gravámenes inscritos, salvo los que el comprador haya tomado a su cargo con el consentimiento de los beneficiarios, y todos los privilegios y otras cargas de cualquier género dejarán de gravar el buque a condición de que:

- a) en el momento de la venta el buque se encuentre dentro del ámbito de la jurisdicción de ese Estado; y
- b) la venta se haya efectuado de conformidad con la legislación de ese Estado y con lo dispuesto en el artículo 11 y en el presente artículo.”

Es claro que el artículo 302 del TRLPEMM en modo alguno establece, una vez declarado el abandono y en fase de venta del buque en pública subasta, la extinción de las cargas y gravámenes que se hubiesen constituido sobre el buque, efecto este que es el que dispone el artículo 12 del Convenio (a condición de que se cumplan los requisitos que esta norma establece). Así las cosas, y como quiera que, con arreglo al artículo 12 del CIPMHN, la extinción de todas las hipotecas, mortgages o gravámenes inscritos (salvo los que el comprador haya tomado a su cargo con el consentimiento de los beneficiarios) y de todos los privilegios y cargas de cualquier género tiene por presupuesto fáctico-jurídico la venta forzosa del buque, la resolución de la cuestión suscitada debe efectuarse atendiendo a un doble enfoque o planteamiento.

- II -

El primer enfoque o planteamiento consiste en dilucidar la cuestión que se examina atendiendo solamente a la concurrencia del presupuesto fáctico-jurídico (venta forzosa del buque) del que parte la regla del artículo 12 del CIPMHN sin indagar cuál sea la causa de la venta forzosa.

Con arreglo a este primer planteamiento o enfoque, bastaría con que tuviese lugar la venta forzosa del buque para que (cumpliéndose, desde luego, los requisitos exigidos por el artículo 12.1 a) y b) del CIPMHN) se extinguiesen las cargas o gravámenes que se hubiesen constituido sobre aquél.

Pues bien, en esta primera línea de pensamiento, no cabe duda de que en el supuesto a que se refiere el artículo 302 del TRLPEMM concurre (salvo que, obviamente, se disponga el hundimiento del buque) el presupuesto fáctico-jurídico que establece el artículo 12 del CIPMHN, esto es, la venta forzosa del buque. En efecto, atribuida por el artículo 302 del TRLPEMM la propiedad de los buques abandonados en la zona de servicio del puerto al Estado, este precepto legal impone (prescindiendo del caso en que se acuerde el hundimiento), como regla de derecho necesario y no dispositivo, la venta del buque en pública subasta, lo que indudablemente ha de calificarse como venta forzosa en cuanto establecida por ministerio de la ley y al margen de la voluntad del titular del derecho de propiedad en atención a una razón de interés general (evitar que un buque abandonado en la zona de servicio del puerto vaya deteriorándose con la consiguiente pérdida de valor y evitar también los riesgos que para la seguridad podrían derivarse de su hundimiento como consecuencia de la situación de abandono).

Apreciándose, pues, el supuesto de venta forzosa a que se refiere el artículo 12 del CIPMHN, la conclusión que en este primer enfoque o planteamiento se anuda a ello es, por aplicación de dicha norma de Derecho Internacional Convencional, la extinción de todas las cargas y gravámenes que se hubiesen constituido sobre el buque, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el apartado 1, letras a) y b), de la repetida norma, entre los que debe destacarse, y sobre el que luego se volverá, el de la notificación de la venta forzosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del propio CIPMHN.

### - III -

El segundo enfoque o planteamiento consiste en dilucidar la cuestión que se examina indagando, para concretar el presupuesto fáctico-jurídico del artículo 12 del CIPMHN, esto es, la venta forzosa del buque, cuál sea la causa a que obedece la misma según la interpretación de dicha norma, de forma que, a diferencia del enfoque o planteamiento anteriormente examinado, sólo podrá admitirse o reconocerse la venta forzosa del buque a que se refiere el mencionado precepto y, con base en ello, el efecto jurídico previsto en aquella norma –extinción de las cargas y gravámenes– cuando concurra la causa de la enajenación o venta forzosa que resulte de la interpretación de la repetida norma de Derecho Convencional Internacional.

Pues bien, aunque el artículo 12 del Convenio de continua referencia alude a venta forzosa del buque sin precisar la causa a que ello obedezca, cabe admitir, en este segundo enfoque o planteamiento, que la venta forzosa a que dicho precepto se refiere es la venta forzosa causada por un proceso de ejecución sobre el buque tendente a satisfacer un derecho de crédito, supuesto en el que cabe incluir los procedimientos administrativos de apremio para satisfacer créditos de naturaleza jurídico-pública, y ello con fundamento en la interpretación del conjunto del propio CIPMHN. En efecto, puesto que este Convenio tiene por objeto establecer una regulación internacional uniforme en materia de privilegios marítimos, hipotecas, mortgages y gravámenes sobre buques, regulando su rango, efectos, prelación y demás extremos integrantes de su régimen jurídico, es coherente con ello pensar que la venta forzosa del buque a que se refiere el artículo 12 es la venta producida por la ejecución de una de esas cargas o gravámenes para obtener la satisfacción del derecho de crédito en cuya garantía se constituyó. Apoya este criterio una consideración adicional doble: a) el artículo 12.2 del CIPMHN alude a “las costas y gastos causados en el embargo preventivo o la ejecución y subsiguiente venta del buque...”; por lo que la enajenación forzosa de éste se vincula a un proceso de ejecución tendente a la satisfacción de un derecho de crédito; y b) los artículos 480 y siguientes de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima permiten

entender, por su interpretación sistemática y de conjunto, que la venta forzosa a la que aluden es la que tiene lugar en un proceso de ejecución, siendo así que este texto legal recoge el sistema del CIPMHN.

Partiendo de la premisa de que la venta forzosa a que se refiere el artículo 12 del CIPMHN es, en el enfoque o planteamiento que ahora se considera, la venta forzosa provocada por un proceso de ejecución de una carga o gravamen constituida sobre el buque para obtener la satisfacción de un derecho de crédito, ello no impide, a juicio de este Centro Directivo, que en la venta forzosa que tiene lugar en el supuesto del artículo 302 del TRLPEMM pueda producirse la extinción de las cargas, gravámenes y privilegios tal y como establece el artículo 12 del CIPMHN, y ello en razón de la ponderación conjunta de las consideraciones que seguidamente se exponen.

1) En primer lugar, y puesto que, como se ha razonado en el anterior apartado de este informe, la venta a que se refiere el artículo 302 del TRLPEMM merece la calificación de venta forzosa, no se aprecia ninguna incompatibilidad conceptual entre el artículo 302 del TRLPEMM y el artículo 12 del CIPMHN, por lo que, no existiendo esa incompatibilidad, no surge ningún obstáculo para que el efecto que anuda el artículo 12 del CIPMHN a la venta forzosa del buque –extinción de todas las cargas y gravámenes– se produzca también en el caso de venta forzosa que establece el artículo 302 del TRLPEMM.

En efecto, el artículo 302 del TRLPEMM se ocupa, y a ello queda circunscrita su regulación, del derecho de propiedad del buque en situación de abandono, sin que en modo alguno regule el régimen de las hipotecas, cargas y demás gravámenes que se hubiesen instituido sobre el buque en esa situación de abandono.

Ante el abandono del buque, el artículo 302 del TRLPEMM resuelve esta situación atribuyendo su propiedad al Estado; partiendo de esta regla (que tiene por base un principio tradicional de Derecho español cual es la atribución de los bienes abandonados al Estado en propiedad –cfr. artículos 17 y 18 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas que actualmente atribuyen a la Administración General del Estado la propiedad de los bienes inmuebles vacantes y de los saldos y depósitos abandonados–), el artículo 302 regula dos procedimientos concatenados: a) el procedimiento de declaración de abandono o, lo que es igual, el procedimiento de declaración de propiedad del Estado sobre el buque abandonado (apartado 2, párrafo segundo); y b) el procedimiento subsiguiente de enajenación del buque, una vez declarada su situación de abandono y, por tanto, una vez declarada la propiedad del Estado (apartado 3). Toda la regulación que recoge el artículo 302 del TRLPEMM queda, pues, referida al derecho de propiedad (como lo pone de manifiesto que dicho precepto declare la propiedad del Estado sobre el buque abandonado, defina lo que se entiende por situación de abandono como título legal determinante de la propiedad del Estado, regule el procedimiento de declaración de abandono citando a quienes afecta esta declaración y puedan alegar y aportar cuantos datos permitan fundar la declaración de abandono y consiguiente declaración del derecho de propiedad del Estado –propietario, naviero, capitán y, en su caso, consignatario– y, finalmente, regule el procedimiento de enajenación), sin que, como se ha dicho, el precepto que se examina regule lo relativo a las cargas y gravámenes que se hubiesen constituido sobre el buque ni, por tanto, la suerte que éstas deban seguir una vez enajenado el buque.

Si, como se ha expuesto, el artículo 302 del TRLPEMM regula exclusivamente la propiedad del buque abandonado, el artículo 12 del CIPMHN regula no el derecho de propiedad, sino el régimen que ha de aplicarse a las hipotecas, mortgages, privilegios, cargas y gravámenes constituidos sobre el buque cuando éste es objeto de una enajenación forzosa.

Pues bien, puesto que uno y otro precepto –artículo 302 del TRLPEMM y artículo 12 del CIPMHN– regulan cuestiones distintas, no cabe apreciar incompatibilidad entre una y otra norma desde la perspectiva de su contenido material.

2) En segundo lugar, y una vez razonado que no existe incompatibilidad entre el artículo 302 del TRLPEMM y el artículo 12 de CIPMHN por razón de sus respectivos contenidos materiales, tampoco cabe apreciar, a juicio de este Centro Directivo, incompatibilidad en la aplicación del artículo 12 del repetido Convenio al supuesto que regula el artículo 302 del TRLPEMM desde la perspectiva de las exigencias formales o procedimentales.

En efecto, como ha quedado indicado, el artículo 12.1 del Convenio de constante cita exige para que pueda producirse el efecto de purga o extinción de las hipotecas, mortgages, gravámenes, privilegios y demás cargas el cumplimiento de dos requisitos –se prescinde de la exigencia consistente en que en el momento de la venta el buque se encuentre dentro del ámbito de jurisdicción de un Estado Parte (España), dado que la venta a que se refiere el artículo 302 del TRLPMM tiene lugar en territorio español–: a) que la venta se efectúe de conformidad con la legislación del Estado en que tenga lugar la enajenación forzosa; y b) que la venta forzosa se haya efectuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del propio Convenio, lo que exige, a su vez, que se hayan practicado las notificaciones que establece este último precepto y que la notificación cumpla los requisitos formales dispuestos en el mismo.

Pues bien, si el primer requisito no suscita especial cuestión, puesto que, consistiendo en que la venta forzosa se efectúe de conformidad con la legislación de un Estado parte en el Convenio, la enajenación a que se refiere el artículo 302 del TRLPEMM se efectúa con arreglo a la legislación del Estado parte que realiza la venta (España), el cumplimiento del segundo requisito –observancia de las notificaciones establecidas en el artículo 11 del CIPMHN– no queda en modo alguno impedido por las reglas de procedimiento que establece el artículo 302 del TRLPEMM.

Como se ha indicado, el artículo 302 del TRLPEMM diferencia dos procedimientos que se corresponden a dos fases distintas: a) procedimiento de declaración de abandono; y b) procedimiento de enajenación. Pues bien, concluido el primer procedimiento con la declaración de abandono y, por tanto, con la declaración de propiedad del Estado sobre el buque, y pasando al segundo procedimiento –procedimiento de enajenación– que es consecuencia obligada de la declaración de abandono (salvo que se acuerde el hundimiento del buque), en este segundo procedimiento es total y plenamente factible la realización de las notificaciones a que se refiere el artículo 11 del CIPMHN y el cumplimiento de los requisitos formales que para ellas se establecen en este precepto.

En este punto debe hacerse una precisión. El artículo 302.3 del TRLPEMM dispone que se ingresará en el Tesoro Público el producto de la enajenación, previa detracción de los créditos devengados a favor de la Autoridad Portuaria en concepto de tasas y tarifas portuarias. Dada la literalidad de esta norma, cabría entender que queda descartado el sistema de extinción de las cargas y gravámenes, ya que en ella no se prevé que se detraiga del producto obtenido en la venta del buque el importe de dichas cargas y gravámenes, siendo así que ello es condición indispensable para que pueda tener lugar la extinción de tales cargas y gravámenes (el importe de éstas se detrae del producto de la enajenación y se pone a disposición de sus titulares). Ahora bien, la falta de previsión en el artículo 302.3 del TRLPEMM de la detracción del importe de las cargas y gravámenes constituidos no es un obstáculo insuperable para que, trascendiendo la literalidad de dicho precepto legal, se detraiga del producto de la venta el importe de las cargas y gravámenes y se ponga a disposición de los titulares de los derechos garantizados por ellas si se tiene en cuenta: a) que desde la perspectiva jurídica es manifiesto que la venta forzosa del buque no puede dar lugar a que queden privados de sus derechos las personas a cuyo favor están constituidas las cargas y gravámenes; y b) que desde una perspectiva económica la detracción del importe de esos gravámenes del producto obtenido en la venta del buque no perjudica al Tesoro Público, ya que, de seguirse el sistema de mantenimiento de las repetidas cargas y gravámenes, la tasación del buque para fijar el tipo de la subasta se hará descontando el importe de aquéllas.

En suma, si el efecto de la extinción de las hipotecas, mortgages, gravámenes, cargas y privilegios que dispone el artículo 12 del CIPMHN se supedita al cumplimiento del requisito consistente en que se realicen las notificaciones que establece el artículo 11 de dicho Convenio (se prescinde ahora de los otros dos requisitos), no se aprecia impedimento para cumplir dicho requisito ni para que se ponga a disposición de los titulares de las cargas y gravámenes su importe una vez detruido del producto obtenido en la venta del buque.

3) En tercer lugar, y no existiendo incompatibilidad entre los artículos 302 del TRLPEMM y 12 del CIPMHN desde la perspectiva de su contenido material ni apreciándose, en el régimen procedimental dispuesto por el precepto primeramente citado, obstáculo alguno que impida dar cumplimiento a la exigencia, verdaderamente básica, de que se practiquen las notificaciones que establece el artículo 11 del repetido Convenio, debe indicarse todavía que, siendo la enajenación que dispone el artículo 302 del TRLPEMM una enajenación o venta forzosa, no tendría sentido que en el caso de venta forzosa causada por un proceso de ejecución sobre el buque (por razón de una hipoteca, gravamen o carga) tendente a la satisfacción de un derecho de crédito se produzca el efecto de la extinción de todas las cargas y gravámenes y que, en cambio, en el caso de una venta forzosa por razón de lo dispuesto en el artículo 302 del TRLPEMM no se produjese ese mismo efecto (siempre que se cumpla el requisito, se insiste, fundamental del artículo 11 del CIPMHN), dando así lugar a consecuencias jurídicas distintas que no tienen una justificación objetiva y razonable, pues no cabe reputar como tal la causa o razón de una venta forzosa. Es más, desde el momento en que por consecuencia de la adhesión de España al CIPMHN se introduce en el Derecho español el sistema de purga o extinción de las cargas o gravámenes constituidos sobre el buque en caso de venta forzosa del mismo (lo que ha quedado reforzado si cabe por la circunstancia de que la Ley 14/2004, de 24 de julio, de Navegación Marítima sigue el régimen del CIPMHN, cfr. artículo 484), no resulta coherente que este régimen quede excepcionado cuando la venta forzosa del buque obedezca a una causa distinta de un proceso de ejecución sobre aquél para hacer efectivo un derecho de crédito.

La necesaria uniformidad de tratamiento que el ordenamiento jurídico ha de dar a situaciones sustancialmente afines o equivalentes (exigencia de la conceptualización del propio ordenamiento jurídico como un todo unitario cuyas partes están interrelacionadas y que responden a unos principios comunes) postula que, en punto a la extinción de las cargas y gravámenes constituidas sobre un buque, no deba haber disparidad de tratamiento entre el supuesto de venta forzosa del buque por causa de un proceso de ejecución sobre el mismo para hacer efectivo un derecho de crédito y el supuesto de venta forzosa de un buque por su situación de abandono así declarada cuando en este último caso se dé cumplimiento al requisito consistente en la práctica de las notificaciones a que se refiere el artículo 11 del CIPMHN, lo que, como se ha expuesto, no queda imposibilitado por el régimen que establece el artículo 302 del TRLPEMM para la enajenación del buque. Esta necesaria uniformidad de tratamiento queda reforzada por el principio de seguridad jurídica.

4) En cuarto lugar, y finalmente, no puede desconocerse que el régimen de extinción o purga de todas las hipotecas, mortgages, gravámenes, cargas y privilegios facilita o puede facilitar la concurrencia de más licitadores a la subasta pública del buque.

La consideración o ponderación conjunta de los argumentos expuestos permite concluir que, en este segundo enfoque o planteamiento, no existe impedimento jurídico para que en el caso de la venta forzosa del buque a que se refiere el artículo 302 del TRLPEMM se aplique el régimen de purga o extinción de las cargas y gravámenes que se hubiesen constituido sobre aquél siempre que, se insiste, se cumpla el requisito consistente en que se realicen las notificaciones a que se refiere el artículo 11 del CIPMHN.

**- IV -**

Las consideraciones expuestas hasta ahora, especialmente las recogidas en el apartado inmediatamente precedente, permiten afirmar que, al regular exclusivamente el artículo 302 del TRLPEMM la propiedad de los buques abandonados sin incidir en modo alguno en lo relativo al régimen de hipotecas, cargas y gravámenes constituidos sobre aquellos, no cabe ver en dicho precepto legal una regla que conduzca indefectiblemente al criterio de que el comprador del buque lo adquiere con las cargas y gravámenes que se hubiesen constituido sobre él. Dicho precepto, por regular exclusivamente la cuestión de la propiedad de tales buques, es compatible con la regla del artículo 12 del CIPMHN que es la que precisamente regula el destino que han de seguir las cargas y gravámenes en caso de venta forzosa. Así las cosas, cabe interpretar y aplicar concordadamente ambas normas y, sobre esta base, concluir en que, cumpliéndose los requisitos exigidos por el artículo 12.1, letras a) y b), del CIPMHN, entre los que ha destacarse, por su máxima importancia, el consistente en la práctica de las notificaciones que establece el artículo 11 del propio CIPMHN, procederá la extinción de todas las cargas y gravámenes constituidas sobre el buque cuando éste, por consecuencia de su situación de abandono así declarado formalmente, sea enajenado.

En rigor, los dos elementos capitales de la norma recogida en el artículo 12 del Convenio Internacional de continua referencia y que sanciona el efecto de purga o extinción de todas las cargas y gravámenes son la venta forzosa del buque (presupuesto de la norma) y la notificación efectuada en los términos y condiciones del artículo 11 del propio Convenio. Siendo ello así, la cualidad de venta forzosa ha de reconocerse a la que ordena el artículo 302 del TRLPEMM (por más que se entienda que la venta forzosa a que alude el artículo 12 del CIPMHN es la provocada por un proceso de ejecución sobre el buque) y, respecto del requisito de la notificación, ésta puede realizarse perfectamente en el proceso de enajenación (mediante subasta pública) que establece el artículo 302 del TRLPEMM una vez declarada la situación de abandono.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**Primera.-** La venta que dispone el artículo 302 Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, para los buques declarados abandonados ha de reputarse como venta o enajenación forzosa.

**Segunda.-** Al no existir incompatibilidad entre el artículo 302 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y el artículo 12 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, y al que España se adhirió por instrumento de 31 de mayo de 2002, y dada la necesaria uniformidad de tratamiento que ha de darse a situaciones jurídicas sustancialmente afines, la enajenación forzosa de los buques declarados abandonados que dispone el precepto legal primeramente citado determina la extinción de las cargas y gravámenes constituidos sobre ellos, siempre que se dé cumplimiento a los requisitos exigidos en el artículo 12.1 del referido Convenio.

## **XV.- OTROS**





## XV.- OTROS

### **186.- Informe sobre la procedencia de trasladar a la Comunidad Autónoma copia de un informe emitido por la OLAF a propósito de la investigación realizada sobre el proyecto de ampliación del puerto de Gijón, financiado por el Fondo de Cohesión.**

#### **Resumen**

Consulta sobre la procedencia de trasladar a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias copia de un informe emitido por la EUROPEAN ANTI-FRAUD OFFICE (OLAF) a propósito de la investigación realizada sobre el proyecto de ampliación del puerto de Gijón financiado por el Fondo de Cohesión.

Alcance de la prevención contenida en el oficio de la OLAF por el que se da traslado a la Administración del Estado de las recomendaciones y del informe final sobre la investigación del proyecto de ampliación relativa a la transmisión de datos personales incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Reglamento CE nº 45/2001. Inaplicación de las previsiones contenidas en el mismo a las personas jurídicas. Conexión con la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos española. Apoyo en un informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos de 18 de febrero de 2008, reiterado en otro de 18 de abril de 2012 y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2003.

En cualquier caso, las Autoridades que puedan recibir una comunicación de datos en el marco de una investigación específica no serán considerados destinatarios a estos efectos.

El papel relevante de la Comunidad Autónoma, que designa y separa al Presidente y a los Vocales del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria., le hace merecedora de conocer oficialmente el informe.

**Ref:** A.G. ENTES PÚBLICOS 21/14 (R- 366/14)

**Fecha:** 22 de abril de 2014

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

#### **Texto del Informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la solicitud de informe formulada por el Presidente de Puertos del Estado sobre la procedencia de trasladar a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias copia del informe emitido por la EUROPEAN ANTI-FRAUD OFFICE (OLAF) el 27 de febrero de 2014, a propósito de la investigación realizada sobre el proyecto de ampliación del puerto de Gijón, financiado por el Fondo de Cohesión.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- | -

La consulta se suscita en razón del propio oficio remitido del informe firmado por el Director General de la OLAF y dirigido a la Subdirección General del Fondo de Cohesión y de Cooperación Territorial Europea del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el que se hace constar a pie de página lo siguiente:

Declaración relativa a la transmisión de datos personales.

La transmisión de datos personales entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Reglamento (CE) n° 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de datos personales por las Instituciones comunitarias. Por consiguiente, en tanto que responsable de los datos personales transmitidos por la presente, le incumbe asegurarse de que se utilicen sólo para la finalidad para la que son transmitidos. El tratamiento incompatible con dichos fines como, por ejemplo, transmitirlos a otro destinatario cuando no sea necesario o requerido legalmente por razones importantes de interés público, es contrario a las condiciones para las que estos datos le han sido transmitidos. Por otra parte, con arreglo al artículo 6, apartado 2, de la Directiva 95/46, como responsable de los datos personales en cuestión le incumbe garantizar que se cumplan todas las obligaciones”

A la vista de lo anterior, y habida cuenta de que el Principado de Asturias a través de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, ha requerido de la Ministra de Fomento la remisión oficial de citado informe de la OLAF, se interesa el criterio de la Abogacía General del Estado sobre si resulta procedente y jurídicamente admisible dar traslado del mismo a la Comunidad Autónoma.

- II -

Antes de analizar con detalle el alcance de la prevención contenida en el oficio de la OLAF por el que se da traslado a la Administración del Estado de las recomendaciones y el informe final sobre la investigación del proyecto de ampliación del puerto de Gijón financiado por el Fondo de Cohesión, relativa a la transmisión de datos personales incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Reglamento CE n° 45/2001, resulta oportuno, a la vista del contenido del informe de la OLAF, precisar si el Reglamento en cuestión, referente a la protección de datos personales por las instituciones comunitarias, es aplicable al caso planteado.

Para ello es esencial tener presente el artículo 1 del Reglamento en cuestión, donde se dispone que “las instituciones y los organismos creados por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas o en virtud de dichos Tratados, en lo sucesivo denominados ‘instituciones y organismos comunitarios’, garantizarán, de conformidad con el presente Reglamento, la protección de los derechos y las libertades fundamentales de las personas físicas, y en particular su derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales(...)”. Por su parte, el artículo 2 a) del mismo Reglamento relativo a las definiciones entiende por “datos personales”, toda información sobre una persona física identificada o identificable (denominada en lo sucesivo, “el interesado”); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social”.

Por otro lado, la Directiva 95/46, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, cuyo artículo 6 aparece especialmente mencionado en el oficio de remisión del informe, incluye en su ámbito de aplicación únicamente a las personas físicas, tal y como indican sus artículos 1 y 2.a), insistiendo en ello el considerando 9 del Reglamento 45/2001. La Directiva 95/46 sirvió de base para la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

La Ley Orgánica 15/1999, en su artículo 2.1, delimita el ámbito de aplicación de la normativa de protección de datos de carácter personal, estableciendo que “la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”, siendo datos de carácter personal, conforme a su artículo 3.a), “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables.”

El Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en lógica concordancia con lo dispuesto en ella, dispone en el artículo 2.2, primer

inciso, que “este Reglamento no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas.” Esa misma previsión, a pesar de no existir una mención expresa en el Reglamento CE n° 45/2001 y en la Directiva 95/46, desarrollada por la Ley Orgánica 15/1999, sería aplicable, sin duda, a las personas jurídicas expresamente mencionadas en documentos elaborados por instituciones y organismos comunitarios, cuya normativa en materia de tratamiento de datos personales, como se ha expuesto, se refiere solo a las personas físicas.

Es más, por si hubiere alguna duda al respecto, ante la posible mención de algún empresario individual en el documento analizado, no se ve inconveniente jurídico para que, con independencia de una falta de mención expresa en la normativa comunitaria sobre tratamiento de datos, pueda hacerse extensiva ‘la exclusión del régimen de aplicación de la protección de datos de carácter personal a los empresarios individuales, cuando se haga referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros, lo que ocurriría claramente en este caso, tal y como dispone el artículo 2.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, siguiendo el criterio derivado de la aplicación de los artículos 2.1 y 3.a) de la Ley.

Estas consideraciones jurídicas, con referencia a la normativa interna española que, como se ha visto, hinca sus raíces en la normativa comunitaria en materia de tratamiento de datos de carácter personal, encuentran un claro apoyo en un informe del Gabinete Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos de 18 de febrero de 2008, reiterado en otro de 18 de abril de 2012, que se pronuncia en los siguientes términos:

“Dicho precepto no hace sino poner de manifiesto la interpretación que en cuanto a la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 ha venido manteniendo esta Agencia Española de Protección de Datos en sus resoluciones e informes emitidos en respuesta a consultas de responsables de los ficheros.

En relación con la aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 a los empresarios individuales, debe recordarse como cuestión previa que el artículo 21, párrafo primero de la misma dispone que “la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”, siendo datos de carácter personal, conforme al artículo 3 a) “Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”.

De dichos preceptos se deduce claramente que la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999 no es aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán de ninguna de las garantías establecidas en la Ley, sin perjuicio de que los Tribunales puedan atender las reclamaciones de responsabilidad que pudieran exigirse en el caso de que el uso de información relativa a las empresas les cause algún perjuicio. En consecuencia, las previsiones de la Ley Orgánica 15/1999 no serían de aplicación a los datos referidos a personas jurídicas.

Sin embargo, en caso de datos de empresarios individuales ‘la solución no puede ser terminante en uno o en otro sentido, de forma que si la información se refiere a profesionales o a comerciantes individuales, que no tengan organizada su actividad profesional bajo la forma de persona jurídica, habría de tenerse en cuenta lo establecido por ésta Agencia Española de Protección de Datos, en su Resolución de 27 de febrero de 2001, en cuyo Fundamento Jurídico II se indica:

“.. la protección conferida por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, no es aplicable a las personas jurídicas, que no gozarán de ninguna de las garantías establecidas en la Ley, y por extensión lo mismo ocurrirá con los profesionales que organizan su actividad bajo la forma de empresa (ostentando, en consecuencia la condición de comerciante a la que se refieren los artículos primero y siguientes del Código de Comercio) y con los empresarios individuales que ejercen una actividad comercial y respecto de las cuales sea posible diferenciar su actividad mercantil de su propia actividad privada, estando en el primer caso excluidos también del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999

En definitiva pues, tanto las personas jurídicas como los profesionales y los comerciantes individuales (éstos dos últimos sólo en los estrictos términos señalados en el párrafo que antecede,

esto es, cuando sus datos hayan sido tratados tan sólo en su consideración de empresarios) quedan fuera del manto protector de la Ley Orgánica 15/1999.

A contrario sensu, tanto los profesionales como los comerciantes individuales quedarían bajo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 15/1999 y, por tanto, amparados por ella cuando los primeros no tuvieran organizada su actividad profesional bajo la forma de empresa, no ostentando, en consecuencia, la condición de comerciante (es el caso de los profesionales liberales cuyas actividades están expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la Ley Básica 311993 por su artículo 6) y los segundos cuando no fuera posible diferenciar su actividad mercantil de la propia actividad privada. En estos dos casos deberán aplicarse siempre las garantías de la Ley Orgánica 15/1999 dada la naturaleza fundamental del derecho a proteger. Ello exigirá siempre ir analizando caso por caso para hallar en cada supuesto concreto el límite fronterizo donde resulte afectado el derecho fundamental a la protección de datos de los interesados personas físicas, o, por el contrario, aquél no resulte amenazado por incidir tan solo en la esfera de la actividad comercial o empresarial, teniendo en todo caso presente que, en caso de duda, la solución deberá siempre adoptarse a favor de la protección de los derechos individuales.”

Al hilo de lo expuesto se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo (Sección 7a. R. 980/1999) de 28 de abril de 2003, en la que se declara lo siguiente:

“(…) Ciertamente, las personas jurídicas y, entre ellas, las sociedades mercantiles disfrutan de los derechos fundamentales cuya naturaleza lo permite. Así lo ha establecido reiteradamente la jurisprudencia constitucional y se admite pacíficamente en la doctrina. También es verdad que, situados en el ámbito del artículo 18 de la Constitución, se ha reconocido que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor (STC 214/1991) y, también, obtener la protección de la inviolabilidad de su domicilio (SSTC 137/1985 y 69/1999). Por lo que se refiere al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, aunque la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, solamente lo reconoce a partir del artículo 18.4 de la Constitución a las personas físicas, es sabido que en otros ordenamientos, de acuerdo con el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, se ha extendido también a las personas jurídicas.

Sin embargo, entre esos derechos y el derecho a la intimidad existe una diferencia decisiva que la propia Constitución pone de manifiesto al calificar la intimidad como personal y familiar. La intimidad hace referencia a lo más privado de la vida de los individuos, a aquello que quieren reservar para sí y para el círculo más próximo de personas con las que conviven o con las que se relacionan, excluyéndolo del conocimiento ajeno. Por eso, la Constitución la adjetiva como personal y familiar, subrayando así la dimensión especial del derecho fundamental que impide su extensión a las personas jurídicas. Hay que advertir, a este respecto, que se trata del único derecho fundamental calificado de este modo y que los dos adjetivos, personal y familiar, redundan en la misma conexión del derecho con personas físicas, con hombres y mujeres.

Naturalmente, todo esto no quiere decir que no sea objeto de protección la reserva propia de las actividades de las personas jurídicas. Sólo significa que tal tutela no descansa en el derecho fundamental a la intimidad, como apunta el Auto del Tribunal Constitucional 257/1985, del mismo modo, podemos añadir, que las normas que regulan el proceso de formación de las personas jurídicas no descansan en el derecho a la vida. Y, desde luego, tampoco significa que esas personas jurídicas no deban velar en su actuación por el respeto a los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la intimidad, de quienes las componen. Pero eso no puede llevar a reconocerles un derecho que, por su propia naturaleza, sólo puede ser disfrutado por seres humanos y no por entes artificiales cuya subjetividad deriva de actos a los que ordenamiento jurídico atribuye esa virtualidad.

Por tanto, careciendo la sociedad recurrente del derecho fundamental que invoca, no cabe que haya sido lesionado por el acto administrativo que está en el origen de este proceso.”

Pues bien, a la vista de lo expuesto, resulta indudable que las previsiones del Reglamento 45/2001 relativas al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de datos y la referencia al mismo, contenida como cláusula de estilo

en el oficio de la OLAF de 27 de febrero de 2014, transmitiendo las recomendaciones y el informe final de la investigación relativa al proyecto de ampliación del Puerto de Gijón, no se refieren a personas jurídicas ni, en su caso, a empresarios individuales en su calidad de comerciales, industriales o navieros, condición de todas las personas que aparecen mencionados en el documento, por lo que dicho Reglamento y, por extensión la Directiva 95/46, no sería aplicable al posible traslado del informe y recomendaciones a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

En cualquier caso, aunque se considerasen aplicables las previsiones del Reglamento 45/2001, su artículo 2 g), que define al “destinatario” como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que reciba comunicación de datos, se trate o no de un tercero, considera que las autoridades que puedan recibir una comunicación de datos en el marco de una investigación específica no serán considerados destinatarios.

Por otro lado, para la hipótesis también de que se considerase aplicable el Reglamento 45/2001 y destinataria de los datos a la Comunidad Autónoma, su artículo 8, expresamente mencionado en el oficio remitido, dispone que los datos personales sólo se transmitirán a destinatarios sujetos al Derecho nacional adoptado para la aplicación de la Directiva 95/46, entre otros casos, cuando el destinatario demuestre que los datos son necesarios para el cumplimiento de una misión de interés público o son inherentes al ejercicio del poder público, supuestos de fácil demostración para el Ente autonómico.

En consecuencia, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, desde la perspectiva de la legislación comunitaria en materia de tratamiento de datos personales, no ve obstáculo jurídico al traslado del informe de la OLAF a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

A mayor abundamiento y con el fin de reforzar la legitimación del Principado de Asturias para conocer oficialmente, mediante el traslado oportuno, el informe de la OLAF, no puede perderse de vista que, aunque la persona jurídica investigada es la Autoridad Portuaria de Gijón, beneficiaria de la ayuda comunitaria y poder adjudicador de los contratos relativos al proyecto cofinanciado, Autoridad Portuaria que es un organismo público del Estado, de los previstos en el artículo 2.1.g) de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, dependiente del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado (artículo 24.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre – TRLPEDM), su Presidente es designado y separado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (artículo 31.1 del TRLPEDM). De igual forma los vocales de su Consejo de Administración (artículo 30.1 y 2 del TRLPEDM), son nombrados y separados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Todo ello pone de manifiesto el papel relevante de la Institución Autonómica en la designación y separación de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias, que le hace merecedora de conocer oficialmente el informe de la OLAF.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## CONCLUSION

Resulta procedente y jurídicamente admisible el traslado por el Ministerio de Fomento a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de las recomendaciones y del informe final emitido por la EUROPEAN ANTI-FRAUD OFFICE (OLAF), de 27 de febrero de 2014, a propósito de la investigación realizada sobre el proyecto de ampliación del puerto de Gijón, financiado por el Fondo de Cohesión.

## **187.- Informe sobre calificación jurídica del “Convenio para la puesta en marcha de la Autopista del Mar entre los puertos franceses de Nantes/Saint Nazaire y Le Havre y los puertos españoles de Vigo y Algeciras.**

### **Resumen**

Consulta sobre la calificación jurídica del Convenio para la puesta en marcha de la Autopista del Mar entre los puertos de Nantes/Saint-Nazaire y Le Hvre y los puertos españoles de Vigo y Algeciras. Análisis del Convenio para la puesta en marcha de la Autopista del Mar entre los puertos franceses de Nantes/Saint Nazaire y Le Havre y los puertos españoles de Vigo y Algeciras, que excluye la concepción del mismo como acuerdo internacional administrativo.

**REF:** A.G. FOMENTO 5/15 (R- 765/2015)

**Fecha:** 19 de noviembre de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, de conformidad con lo dispuesto en la regla segunda 1.1.1 de la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, el proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento en relación con la “Addenda nº 1 del Convenio para la puesta en marcha de la Autopista del Mar entre los puertos franceses de Nantes/Saint Nazaire y Le Havre y los puertos españoles de Vigo y Convenio para la puesta en marcha de la autopista del mar (ADM) Nantes/Saint Nazaire y Le Havre- Vigo/ Algeciras Algeciras, denominada ‘Atlántica,’ entre, por una parte, la República Francesa, el Reino de España, y, por otra parte, la sociedad X, S.L.”

Este Centro Directivo da su conformidad a dicho proyecto de informe en lo relativo a su consideración jurídica I (“sobre las modificaciones incorporadas a la Adenda”).

En relación con la calificación del “Convenio para la puesta en marcha de la Autopista del Mar entre los puertos franceses de Nantes/Saint Nazaire y Le Havre y los puertos españoles de Vigo y Algeciras, denominada ‘Atlántica’; concertado entre, por una parte, la República Francesa y el Reino de España y, por otra parte, la sociedad X, S.L. (en adelante, Convenio) como acuerdo internacional administrativo y subsiguiente aplicación de los artículos 38 a 41 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, entiende este Centro Directivo que dicho Convenio (y, por extensión, la adenda) no puede considerarse como un acuerdo internacional administrativo, y ello en atención a la ponderación conjunta de las consideraciones que seguidamente se exponen.

- 1) En primer lugar, el artículo 2.b) de la citada Ley 25/2014 define el acuerdo de carácter internacional como “acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado que se celebra por órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho Internacional competentes por razón de la materia, cuya celebración está prevista en el tratado que se ejecuta o concreta, cuyo contenido habitual es de naturaleza técnica cualquiera que sea su denominación y que se rige por el Derecho Internacional”. En esta misma línea, el artículo 38.1 de dicha Ley dispone que “los órganos, organismos y entes de las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos internacionales administrativos en ejecución y concreción de un tratado internacional cuando el propio tratado así lo prevea”. Siendo, pues, la nota esencial definidora del acuerdo internacional administrativo la de que este acuerdo ejecuta o concreta un tratado internacional, debe indicarse que el Convenio (y la adenda al mismo) no es el instrumento que ejecuta el “acuerdo celebrado en forma de intercambio de cartas entre el Reino de España y la República Francesa, referente a la creación de una Comisión Inter-gubernamental Hispano-Francesa para proponer una selección de proyectos de autopistas

del mar entre España y Francia,” firmado en París el 9 de junio de 2006 y en Madrid el 3 de julio de 2006 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 6 de noviembre de 2006 (en adelante, Acuerdo de 2006); el instrumento que ejecuta este Acuerdo de 2006 es el “Acuerdo entre el Reino de España y la República Francesa sobre la selección, puesta en marcha y financiación de dos proyectos de autopistas del mar entre España y Francia en la Fachada Atlántica-La Mancha-Mar del Norte, hecho en Madrid el 28 de abril y el 10 de noviembre de 2009” (en adelante, Acuerdo de 2009).

En efecto, el artículo 2 del Acuerdo de 2006 prevé la creación de una Comisión Intergubernamental Hispano-Francesa a la que se encomienda la elaboración de una propuesta de selección de proyectos de acuerdo con determinadas normas, principios y criterios, añadiendo que “en caso de que ambas Partes convengan en seleccionar uno o varios proyectos, dicha decisión deberá ser objeto de un Acuerdo internacional, cuya aprobación estará sujeta a la autorización de las instancias competentes de ambas Partes.” Por su parte, el artículo 3 atribuye a esa Comisión, entre otras competencias, “la organización, la realización y el seguimiento del proceso de selección de proyectos.”

No cabe duda de que el Acuerdo Internacional a que se refiere el artículo 2 del Acuerdo de 2006, esto es, el Acuerdo Internacional concertado en ejecución y concreción de este último fue el Acuerdo de 2009.

El propio Acuerdo de 2009 viene a confirmar este criterio cuando comienza diciendo que:

“Considerando el acuerdo en forma de intercambio de cartas entre el Reino de España y la República Francesa relativo a la creación de una Comisión Intergubernamental hispano-francesa para proponer una selección de proyectos de autopistas del mar entre España y Francia, en lo sucesivo denominada ‘Comisión Intergubernamental’, firmado en París el 9 de junio de 2006 y en Madrid el 3 de julio de 2006, y que entró en vigor el 18 de enero de 2007”

Sobre la base de esta declaración, el artículo 2.1 del Acuerdo de 2009 dispone que “la selección se ha efectuado con pleno respeto a los principios establecidos en el Derecho internacional y en el Derecho Comunitario, sobre la base del primer acuerdo internacional y de los proyectos de los convenios negociados por la Comisión Intergubernamental”. Por su parte, el apartado 2 de dicho precepto establece que “el presente Acuerdo determina las condiciones del compromiso financiero de las Partes sobre los dos proyectos seleccionados, así como las medidas de seguimiento de la puesta en marcha y explotación de tales proyectos”; por lo demás, los restantes artículos del propio Acuerdo de 2009 determinan los derechos y obligaciones de las Partes, las funciones y composición de la Comisión Intergubernamental, la financiación de los convenios de explotación mediante subvenciones a cargo de las Partes, las consultas de las Partes y resolución de discrepancias entre éstas y, finalmente, la modificación y entrada en vigor del propio Acuerdo. Atendiendo al contenido del Acuerdo de 2009, es claro que es este acuerdo internacional el que ejecuta y concreta el anterior Acuerdo de 2006.

No siendo, pues, el Convenio (y la adenda al mismo) el instrumento de ejecución del Acuerdo Internacional de 2006 (la ejecución o concreción de este Acuerdo tiene lugar, como se ha expuesto, por el Acuerdo de 2009), no cabe atribuir a dicho Convenio la condición de acuerdo internacional administrativo.

- 2) En segundo lugar, el mencionado Convenio, concertado entre, de una parte, el Reino de España y la República Francesa y, de otra parte, la Sociedad Explotadora de la Autopista del Mar y, por tanto, la adenda al mismo instrumentan una relación jurídica de carácter contractual como claramente se deduce del clausulado de aquél y, en particular, de la cláusula 6 en la que la Autopista del Mar se define como “un servicio comercial explotado enteramente por cuenta y riego de la Sociedad Explotadora,” siendo precisamente la regulación de la explotación de este servicio el objeto del repetido Convenio; así lo confirma, por lo demás, la circunstancia de que en las bases reguladoras del concurso se disponía que, una vez seleccionado el candidato, se procedería a suscribir con él un Convenio que

definiese la relación contractual entre las partes (relación contractual que sin dificultad ha de calificarse como un contrato de concesión al que se refiere la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión).

Así las cosas, no puede desconocerse que la Ley 25/2014, al regular el régimen jurídico que siguen los acuerdos internacionales administrativos, establece en su artículo 41 la prescripción de su publicación en Boletín Oficial del Estado como condición para que su contenido pase a formar parte del ordenamiento interno. Esta previsión demuestra que no puede conceptuarse como acuerdo internacional administrativo un convenio cuyo objeto y finalidad es regular una relación de naturaleza contractual como es el caso, pues difícilmente las cláusulas o estipulaciones a que se somete dicha relación tienen la condición de normas jurídicas que pasen a formar parte del ordenamiento jurídico interno.

3) En tercer lugar, y para el caso de que se entendiese que la previsión del artículo 41 de la citada Ley 25/2014 queda referida exclusivamente a los acuerdos internacionales administrativos de contenido normativo, posibilitando la existencia de otros acuerdos internacionales administrativos de contenido distinto (no normativo), debe seguirse teniendo presente que, como se ha indicado, el referido Convenio instrumenta una relación jurídica contractual que posibilita la explotación por una sociedad mercantil de un servicio que se califica expresamente como servicio comercial. Esta relación no se concierta propiamente entre el Reino de España y la República Francesa, sino entre ambos Estados, de una parte, y la Sociedad Explotadora del servicio, de otra parte; dicho en otros términos, al contenido de la relación que media entre ambos Estados se superpone el contenido de la relación de dichos Estados, que asumen la misma posición jurídica, frente a la mencionada Sociedad Explotadora, siendo, por tanto, esta última relación (Reino de España y República Francesa/Sociedad Explotadora) lo verdaderamente prevalente y decisivo. Es más, la regulación de la relación jurídica que media entre ambos Estados y la determinación de los derechos y obligaciones que les corresponde no se recoge en el Convenio (y adenda) de que ahora se trata, sino, como se ha indicado, en el Acuerdo de 2009.

Pues bien, siendo ello así, esto es, teniendo por objeto el Convenio de continua referencia la regulación de la relación contractual que media entre el Reino de España y la República Francesa, de una parte, y la Sociedad Explotadora del servicio, de otra parte, debe indicarse que la doctrina más autorizada del Derecho Internacional Público excluye de la conceptualización de acuerdo internacional el que media entre un sujeto de Derecho Internacional Público (Estados, Organizaciones Internacionales) y personas físicas o jurídicas privadas, criterio ratificado por el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 22 de julio de 1952. No resulta ajeno a este criterio la Ley 25/2014 que lo presupone tanto en los apartados I y II de su Preámbulo como en la definición que de las tres figuras de acuerdos internacionales establece su artículo 2 y en los preceptos que dedica a la regulación de los acuerdos internacionales administrativos.

En virtud de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## CONCLUSION

La "Addenda nº 1 del Convenio para la puesta en marcha de la Autopista del Mar entre los puertos franceses de Nantes/Saint Nazaire y Le Havre-Vigo/Algeciras, denominada "Atlántica, entre, por una parte, la República Francesa y el Reino de España y, por otra parte, la sociedad "X, S.L.," no tiene la consideración de acuerdo internacional administrativo por lo que para su tramitación no han de aplicarse las previsiones contenidas en los artículos 38 a 41 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.



## **188.- Informe sobre la asunción de costes de las reparaciones necesarias en la nave del Programa Mundial de Alimentos (PMA) de la Organización de Naciones Unidas en el puerto de Las Palmas.**

### **Resumen**

Consulta sobre la asunción de costes de las reparaciones necesarias en la nave del Programa Mundial de Alimentos (PMA). Las reparaciones estructurales de las instalaciones de dominio público portuario puestas a disposición del Programa Mundial de Alimentos serán a cargo de la Autoridad Portuaria de Las Palmas como consecuencia del Acuerdo administrativo entre el Reino de España y el Programa Mundial de Alimentos.

**REF:** A.G. ASUNTOS EXTERIORES Y COOPERACION 7/15 (R-737/2015)

**Fecha:** 5 de noviembre de 2015

**Ponente:** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo de lo prevenido en el artículo 27 de Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, relativo a la asunción de costes de las reparaciones necesarias en la nave del Programa Mundial de Alimentos de la Organización de Naciones Unidas en el puerto de Las Palmas.

- I -

Tal y como comienza diciendo el proyecto de informe remitido, con fecha 19 de julio de 2012 el Reino de España y el Programa Mundial de Alimentos (PMA) suscribieron un Acuerdo para el Establecimiento de Oficinas del PMA en España. En el preámbulo de dicho Acuerdo se reconocía el deseo de las partes de establecer, entre otras, unas instalaciones de transbordo y preposicionamiento de alimentos en Las Palmas de Gran Canaria para llevar a cabo actividades operativas, administrativas y otras relacionadas con ellas y para crear un marco de trabajo para la futura expansión de la cooperación.

Posteriormente, el 10 de abril de 2014 el PMA y el Reino de España, representado por la Secretaría General de Cooperación Internacional para el Desarrollo y por el Organismo público Puertos del Estado, formalizaron, en desarrollo del anterior Acuerdo, un Acuerdo Administrativo relativo al uso por el PMA de oficinas e instalaciones ubicadas en Las Palmas de Gran Canaria.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 ("Instalaciones") de este último Acuerdo y a efectos de que el PMA realice sus actividades relativas al transbordo y preposicionamiento de alimentos, el Reino de España pone a disposición del PMA, para su uso y ocupación exclusiva, una instalación de dominio público portuario identificada en el Anexo A.2 que se incorpora al Acuerdo.

Es importante resaltar, como lo hace el proyecto de informe, que, según dispone dicho artículo 4.1, párrafo tercero, del Acuerdo Administrativo "las Instalaciones de Transbordo y Preposicionamiento de Alimentos se registrarán exclusivamente por los términos del Acuerdo y el presente Acuerdo Administrativo"

Por su parte, el artículo 4.2 del Acuerdo Administrativo establece que "la puesta a disposición del PMA por parte de España de las Instalaciones no comportará contraprestación económica alguna a cargo del PMA, sin perjuicio de la obligación del PMA de asumir aquellos costes expresamente previstos en el Acuerdo y en el presente Acuerdo Administrativo, entre otros, en sus artículos 4.4, 10 y 11"

El artículo 10 se refiere al "Mantenimiento, Conservación y Reparación de las Instalaciones," disponiendo su apartado 1 lo siguiente:

“España, a través de la Autoridad Portuaria, se encargará sin coste para el PMA, de las reparaciones mayores de las Instalaciones, incluidas las reparaciones estructurales y sustituciones de todo el edificio, estructura, camino, cerca perimetral e Infraestructura de Servicios, y de las demás reparaciones de naturaleza no recurrente resultantes de defectos estructurales o de fuerza mayor”

Por su parte, el Consejo de Ministros, en acuerdo adoptado el 24 de julio de 2015, otorgó, al amparo de lo dispuesto en el artículo 90.2 de Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, autorización especial de uso del bien inmueble de dominio público portuario, adscrito a la Autoridad Portuaria de Las Palmas, sito en la Avenida de las Petrolíferas s/n (Área funcional 4, Parcela C-11), al PMA.

En un correo electrónico de 25 de octubre de 2015, un representante del PMA detalla la serie de reparaciones necesarias para poner la nave en disposición de ser utilizada. Ante esta circunstancia, el PMA entiende que las reparaciones a realizar en la nave, necesarias para que ésta cumpla su función, son a cargo del Reino de España, a través de la Autoridad Portuaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1 del Acuerdo Administrativo. El organismo público Puertos del Estado alega, por el contrario, que lo que prevalece, en este caso, es la autorización singular del Consejo de Ministros en la que se habla del otorgamiento de la autorización especial de uso al PMA del inmueble “en su estado actual de conservación y utilización”, previsión de la que, según dicho ente, cabe deducir que los gastos de reparaciones de esta concreta instalación serían por cuenta del PMA.

- II -

La discrepancia entre el PMA y el organismo público Puertos del Estado ha de resolverse en favor del PMA, debiendo el Reino de España, a través de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, hacerse cargo de los costes de reparaciones estructurales de la nave puesta a disposición del PMA, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

Como bien se indica en el informe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de fecha 13 de octubre de 2015, el Acuerdo Administrativo de 10 de abril de 2014 es un acuerdo vigente entre el Reino de España y el PMA. Como todo acuerdo, descansa sobre el principio *pacta sunt servanda*, así como también sobre el principio de buena fe que inspira todos los contratos y demás negocios convencionales (artículo 1.258 del Código Civil) y que cobra especial trascendencia en el ámbito de las relaciones internacionales.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2004 declara que “la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar, queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales”; por su parte, sentencia del Alto Tribunal de 10 de febrero de 1997 declara que “la buena fe contractual de la que habla el artículo 1.258 es la buena fe en sentido objetivo consistente en dar al contrato debida efectividad para que se realice el fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales”.

Pues bien, junto a la inequívoca voluntad del Reino de España de poner a disposición del PMA las instalaciones de dominio público portuario necesarias para que pueda cumplir su cometido y que se concretan en el inmueble adscrito a la Autoridad Portuaria de Las Palmas a que se ha hecho anteriormente referencia, queda claro en el propio Acuerdo Administrativo (artículo 4.1) que “las Instalaciones de Transbordo y Preposicionamiento de Alimentos se regirán exclusivamente por los términos del Acuerdo y el presente Acuerdo Administrativo”, previsión que otorga, a juicio de este Centro Directivo, una indudable prevalencia del Acuerdo sobre la autorización especial de uso otorgada posteriormente.

En virtud del artículo 10.1 de dicho Acuerdo, “España, a través de la Autoridad Portuaria, se encargará, sin coste para el PMA, de las reparaciones mayores de las Instalaciones, incluidas las reparaciones estructurales y sustituciones de todo el edificio, estructura, camino, cerca perimetral e

Infraestructura de Servicios, y de las demás reparaciones de naturaleza no recurrente resultantes de defectos estructurales o de fuerza mayor.”

Si bien, nada se indica sobre la situación originaria en que pudiera encontrarse la instalación que ha de ser puesta a disposición del PMA ni de las condiciones en que dicha instalación debe ser entregada al citado PMA, la interpretación de un negocio convencional con arreglo al criterio que establece el artículo 1.284 del Código Civil (interpretación en el sentido más adecuado para que el contrato produzca su efecto) y las exigencias que postula el principio de buena fe conducen a entender que, si el Reino de España, a través de la Autoridad Portuaria, tiene que hacerse cargo, sin coste alguno para el PMA, de las reparaciones mayores, incluidas las estructurales, de las Instalaciones que vayan surgiendo una vez puestas a disposición del PMA, de ello se deduce que fue voluntad de las partes que la cesión de las instalaciones se haga en el estado de poder servir al uso a que se destinan, por lo que si aquéllas adolecen de esas deficiencias al tiempo de su entrega o puesta a disposición del PMA, su reparación debe correr de cuenta y cargo del Reino de España; dicho en otros términos, no tendría sentido que las reparaciones estructurales que surjan una vez efectuada la cesión o puesta a disposición del PMA de las instalaciones sean de cuenta del Reino de España y que, en cambio, las reparaciones estructurales que daban efectuarse al tiempo de la entrega de las instalaciones al repetido organismo internacional sean de cuenta de éste y no del Reino de España.

El criterio que aquí se mantiene no queda desvirtuado por la circunstancia de que en el apartado cuarto del acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2015 por el que se otorga la autorización especial se diga que “la eficacia de la presente autorización queda condicionada a la aceptación por el Programa Mundial de Alimentos del inmueble, objeto de esta autorización, en su estado actual de conservación y utilización;” y ello en razón de lo que seguidamente se indica.

Puesto que la autorización otorgada por el Consejo de Ministros es el medio de instrumentar jurídicamente lo convenido en el Acuerdo Administrativo, la propia configuración de la autorización como instrumentación jurídica del repetido Acuerdo Administrativo determina que no quepa hacer prevalecer la autorización sobre aquél en términos tales que las previsiones de la autorización contravengan lo estipulado en el Acuerdo Administrativo. La propia autorización parte de esta premisa –subordinación o supeditación de la autorización al Acuerdo Administrativo– como lo pone de manifiesto la circunstancia de que el apartado tercero del acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2015 disponga que “esta autorización se otorga de acuerdo con las condiciones de uso establecidas en el Acuerdo Administrativo entre el Programa Mundial de Alimentos y el Reino de España”; a ello cabe añadir, reiterando lo dicho, que “las Instalaciones de Transbordo y Preposiciónamiento de alimentos se registrarán exclusivamente por los términos del Acuerdo y del presente Acuerdo Administrativo.”

Consecuencia obligada de lo anterior es que cualquier duda que se pudiera suscitar sobre el sentido del apartado cuarto del acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2015 no pueda resolverse en el sentido de dar primacía a esta previsión o de estarse exclusivamente a ella y, por esta vía, entender que las reparaciones por deficiencias estructurales existentes al tiempo de la entrega o puesta a disposición del PMA de las instalaciones sean de cuenta y cargo de este organismo internacional y no a cargo del Reino de España

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede confirmar el criterio mantenido por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y por la Abogacía del Estado en dicho Departamento ministerial.

## **189.- Informe sobre si cabe entender estimada por silencio administrativo positivo una licencia de funcionamiento solicitada por una empresa para la actividad que desarrolla en la terminal de Puerto Seco S.A.**

### **Resumen**

Consulta sobre si cabe entender estimada por silencio administrativo positivo una licencia de funcionamiento para la actividad que desarrolla en la terminal de Puerto Seco S.A.. Análisis de la licencia de funcionamiento como control preventivo municipal o autorización operatoria que se proyecta hacia el futuro.

**Ref:** A.G. ENTES PÚBLICOS 93/15 (R- 810/2015)

**Fecha:** 23 de diciembre de 2015

**Ponente.** Ricardo Huesca Boadilla

### **Texto del informe**

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre si cabe entender estimada por silencio administrativo positivo la licencia de funcionamiento solicitada por X, S.A. para la actividad que desarrolla en la Terminal de Puerto Seco de Coslada, tras cumplimentarse ante el Ayuntamiento de Coslada el último requerimiento de subsanación de documentación realizado por la entidad local.

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

**- I -**

La figura del silencio administrativo positivo está regulada con carácter general en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). El artículo 43.1 de este texto legal dispone que “en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezca lo contrario”.

El silencio administrativo positivo se configura como un verdadero acto administrativo, tal y como lo pone de manifiesto el artículo 43.2 de la LRJ-PAC, según el cual “la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto finalizador del procedimiento,” añadiendo el artículo 43.3.a) del mismo texto legal que “en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”.

A diferencia del régimen anterior contenido en la derogada Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) de 17 de julio de 1958, no se requiere para el silencio administrativo positivo denuncia de la mora, bastando el vencimiento del plazo para resolver sin haberse dictado y notificado resolución expresa (artículo 43.1 y 4 de la LRJ-PAC) y sin que la certificación a que alude el artículo 43.4, in fine, de la propia LRJ-PAC tenga otra finalidad que la de ser un medio de prueba del acto administrativo obtenido por silencio positivo. A lo dicho debe indicarse que, a diferencia del sistema de la LPA, la LRJ-PAC sanciona la regla del silencio administrativo positivo para todos los procedimientos iniciados a solicitud del interesado salvo que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario (artículo 43.1).

La figura del silencio administrativo positivo ha tenido un importante campo de aplicación en el ámbito de la Administración Local, más concretamente, en relación con las licencias o autorizaciones que deben otorgar las entidades locales para el ejercicio de actividades, siendo en este sentido paradigmático el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Así, el apartado 1.7º de dicho precepto reglamentario, aplicable a licencias urbanísticas, de instalaciones y de apertura de establecimientos, posibilita que por el transcurso de un determinado plazo, unido, en su caso, al cumplimiento de ciertos trámites, se obtengan dichos títulos habilitantes por silencio administrativo.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2001, que ha tenido continuidad en la más reciente de 28 de enero de 2009, declara que:

“(…) el silencio positivo sustituye, en realidad, al propio acto de licencia o autorización, como técnica de intervención de la Administración para velar por el cumplimiento de los requisitos a que el ordenamiento jurídico condiciona el ejercicio por los particulares de determinadas actividades; de manera que transcurrido el plazo establecido sin resolución expresa de la Administración y cumplidos, en su caso, las demás exigencias establecidas para la producción de dicho silencio, se entiende aquélla otorgada, pero en el bien entendido de que a través de la institución del silencio administrativo positivo no puede adquirirse derecho o facultad para el que, no concurren los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para su adquisición o ejercicio.”

Para añadir más adelante que:

“(…)Y es que el silencio positivo constituye una solución satisfactoria para el administrado asegurándole el acto o decisión frente a la inactividad de la Administración, pero comporta ciertos riesgos para el interés público porque puede dar lugar a que aquella pasividad de la Administración se convierta en una decisión que vulnere el ordenamiento jurídico (SSTS 28 de octubre de 1988 y 19 de noviembre de 1990, entre otras); y de ahí que el silencio no pueda ser utilizado como cauce para obtener derechos contrarios a la Ley, dado que es de todo punto imposible que resulte otorgado por silencio administrativo lo que no puede expresamente concederse por resultar contrario al ordenamiento jurídico.”

El sentido positivo que como regla general tiene el silencio administrativo positivo según el artículo 43.1 de la LRJ-PAC dio lugar a la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la exigencia, como requisito necesario para la apreciación del sentido positivo del silencio administrativo, de que lo solicitado fuese conforme con el ordenamiento jurídico, lo que tuvo especial incidencia en materia urbanística, en la que se inserta la licencia de funcionamiento a que se refiere el presente informe conforme resulta del artículo 155 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM) que incardina la intervención municipal en materia de usos en el ámbito de la licencia urbanística, dado el tenor literal del artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que luego pasó a ser el artículo 8.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLR).

Dicha discusión fue zanjada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 2009, dictada en un recurso de casación en interés de ley, en favor de la vigencia del artículo 8.1.b), último párrafo, del TRLR, al declarar que en ningún caso podían entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contraviniesen la ordenación territorial o urbanística. La doctrina sentada por el Alto Tribunal, que en realidad no supuso sino mantener el régimen tradicional del silencio administrativo en materia de licencia urbanística, provocó una situación inseguridad jurídica frente al régimen general del silencio administrativo configurado en la LRJ-PAC, pues, pudiendo entender el solicitante que ha obtenido la licencia urbanística por silencio administrativo positivo, la Administración podría desconocer dicho título habilitante sobre la base de la ilegalidad de la solicitud, sin que exista precisión sobre

cuáles pudieran ser los requisitos cuyo incumplimiento o carencia determinase la inaplicación de la figura del silencio administrativo positivo.

Esta situación dio lugar a que en el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa se introdujese una previsión sobre silencio administrativo en procedimientos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, cual es la recogida en el artículo 23 de dicho Real Decreto-ley, en cuyo apartado 1 se relacionan las actividades que requieren un acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo según la legislación de ordenación territorial y urbanística, estableciéndose en su apartado 2 la regla de que el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa permitirá al interesado entenderla desestimada por silencio administrativo

El régimen dispuesto por el artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011 ha pasado a quedar recogido, por vía de modificación introducida por la disposición adicional duodécima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, en el artículo 9 del TRLS, cuyos apartados 7 y 8 combinan el criterio tradicional (“en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan las ordenación territorial o urbanística”) con el establecimiento del silencio negativo en relación a determinadas actos relacionados con el movimiento de tierras, explanaciones, parcelaciones, obras de edificación, construcción de instalaciones de nueva planta, etc.

Una vez fijado, respecto del régimen general del silencio administrativo establecido en la LRJ-PAC, el sistema de silencio administrativo en materia de licencia urbanística que, se insiste, es el ámbito en el que se inserta la licencia a que se refiere el presente informe, los Tribunales Superiores de Justicia, aplicando básicamente la normativa autonómica, han intentado buscar el punto de equilibrio para dilucidar en los casos de licencias urbanísticas y, en especial, de licencias de obras, cuándo se podía entender obtenida la licencia por silencio.

Este ha sido el caso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que se ha ocupado de interpretar especialmente el artículo 154 de la LSCM, en el que se establece el procedimiento para la concesión de licencias cuando se trate de obras de nueva planta o de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de construcciones o edificios ya existentes, de carácter provisional o permanente, con o sin previa demolición de aquéllos, según que, conforme a la legislación general de ordenación de la edificación, precisen o no de proyecto de obras de edificación.

Respecto a dichas licencias, el citado Tribunal (sentencias de 9 de septiembre de 2010, 30 de enero de 2013 y 7 de octubre de 2014, entre otras) ha precisado, en primer lugar, que la Ley exige que a la solicitud se acompañe “la declaración del técnico o técnico autores del proyecto sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable” (artículos 153.2º.b) y 154.1º.b). En segundo lugar, considera que esta declaración del técnico autor del proyecto resulta esencial, toda vez que dicho precepto legal desplaza, en un primer momento, al profesional de la construcción al que se refiere la responsabilidad de la comprobación de la conformidad del proyecto de obra con la ordenación territorial y urbanística, lo cual representa una colaboración o compromiso del técnico autor con el cumplimiento de la normativa urbanística. Dicha declaración, distinta del proyecto técnico, se convierte así en un documento imprescindible para que la concesión de la licencia por silencio positivo pueda operar. Su omisión, aunque no haya sido objeto de requerimiento de subsanación por parte de la Administración, impide que se pueda entender obtenida la licencia por silencio. Por el contrario, su aportación, seguida del silencio municipal, permite entender obtenida la licencia, una vez transcurrido el plazo de tres meses señalado en el apartado 5º del artículo 154 de la LSCM.

## -II-

En el caso sometido a examen de este Centro Directivo, lo que se trata de determinar es la obtención por silencio de una licencia de funcionamiento. A estos efectos, puede traerse a colación, para fijar su concepto, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2001 que, aunque referida a la licencia de apertura, es plenamente aplicable a la licencia de funcionamiento con la que en numerosas resoluciones judiciales viene a identificarse. La citada sentencia de 26 de marzo de 2001 declara lo siguiente:

“(…) Por la segunda –licencia de apertura de establecimiento–, prevista en el artículo 22 RSCL y en determinada legislación sectorial, como el RAM, –de conformidad con lo establecido en la Disposición Final 1ª y en la Transitoria 1ª de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL, en adelante)–, se sujeta a control municipal la apertura de establecimientos industriales y mercantiles. Esta licencia de apertura de establecimiento no se limita al mero control y autorización de las instalaciones en cada caso necesarias sino que se proyecta hacia el futuro para condicionar de modo continuado el funcionamiento de la actividad que se autoriza. Constituye, por tanto, una autorización operativa, cuya virtualidad no se agota en el control preventivo que la Administración efectúa en el acto de licencia. El control administrativo se extiende «ex post facto», para verificar materialmente, mediante la correspondiente comprobación, efectuada antes de dar comienzo a la actividad autorizada, primero, el cumplimiento efectivo de las condiciones fijadas en la licencia, y después, a lo largo de todo el desarrollo de la actividad, el funcionamiento adecuado de la misma en las condiciones precisas de tranquilidad, seguridad y salubridad. En definitiva, se trata de garantizar tales condiciones o, en su caso, restablecerlas o restaurarlas (art. 1 RSCL). Además, en relación con la licencia de apertura debe tenerse en cuenta que, junto a la intervención administrativa de las Corporaciones locales sobre dichos establecimientos y actividades en general, la normativa sectorial establece una intervención municipal especial y reforzada en relación con determinados establecimientos y actividades. De ellas destaca la licencia contemplada en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, RAM, relativa a las actividades e industrias clasificadas de acuerdo con dicho Reglamento, que tiene la finalidad de evitar que «produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a la riqueza pública o privada, o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes» (art. 1)”

En el ámbito de la Comunidad de Madrid ha de estarse, como ya se ha dicho, a la LSCM, debiendo entenderse aplicable el artículo 155 de este texto legal que lleva por rúbrica “Intervención de usos”. Este precepto legal establece las reglas para la obtención de la licencia urbanística “cuando se trate de actos de implantación de usos o de modificación de los ya establecidos para el desarrollo de actividades en terrenos, edificios, construcciones e instalaciones o parte de los mismos, sin ejecución de obra alguna”

Comenzando por los aspectos procedimentales, el apartado 2º de dicho precepto dispone que:

“La mera presentación de la solicitud, con todos los documentos exigibles, comportará automáticamente la autorización provisional para la implantación y el desarrollo del uso o usos de que se trate de acuerdo y en los términos de la normativa que en todo momento los regule”

Por su parte, el apartado 3ª dispone que:

“El Ayuntamiento deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de un mes desde su presentación. Este plazo se suspenderá, como máximo por tres meses mientras se produce la calificación ambiental del uso, en caso de estar sujeto legalmente a la misma. El transcurso del plazo máximo para resolver sólo podrá interrumpirse una sola vez por requerimiento de subsanación de deficiencias o mejora de la solicitud. La ausencia de notificación dentro del plazo de resolución expresa, comportará la concesión de la licencia”

Del precepto transcrito resulta que el plazo del que dispone la Administración para resolver es de un mes, plazo que se suspende como máximo por tres meses mientras se produce la calificación ambiental del uso, (en caso de estar sujeto legalmente a dicha calificación), y que solo resulta admisible una única interrupción por requerimiento e subsanación de deficiencias o mejora de la solicitud.

Ahora bien, para que pueda obtenerse la licencia por silencio administrativo positivo es requisito inexcusable que a la solicitud se acompañen determinados documentos. Así el artículo 155.1<sup>ª</sup> dispone que “la solicitud de licencia deberá acompañarse de los siguientes documentos:

- a) Documentación técnica exigible.
- b) Consulta previa al Ayuntamiento sobre la legitimidad del uso o usos.
- c) Copia de las restantes autorizaciones y, en su caso, concesiones, administrativas cuando sean legalmente exigibles al solicitante o acreditación de haber sido solicitadas.
- d) Declaración del impacto ambiental cuando el uso al que vayan a destinar las obras lo requiera.”

A diferencia del supuesto de licencia de obras que regula el artículo 154 de la LSCM y en el que se exige en todo caso la presentación de una declaración del técnico autor del proyecto sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable (requisito básico, según el TSJM, para poder estimar concedida la licencia por silencio), en el caso de la licencia que regula el artículo 155 de dicho texto, la exigencia es menor, ya que basta con la aportación de los documentos antes aludidos.

- III -

Expuesto el régimen jurídico a que se somete la obtención por silencio administrativo de la licencia a que se refiere el artículo 155 de la LSCM, procede examinar si se cumplen los requisitos exigidos para ello a la vista de los antecedentes remitidos.

Según la detallada información contenida en la solicitud de informe, mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2007, X, S.A. solicitó al Ayuntamiento de Coslada la concesión de licencia de funcionamiento de la actividad de manipulación de contenedores de tránsito con almacenamiento en superficie y edificio auxiliar del centro de transportes sito en el Puerto Seco CT Coslada.

Casi tres años después, mediante escrito de fecha 30 de Junio de 2010, el Concejal Delegado de Urbanismo del Ayuntamiento de Coslada requirió que se diese cumplimiento íntegro a las medidas correctoras impuestas y que se subsanasen las deficiencias advertidas.

Por medio de escrito de fecha 27 de Julio de 2010, X, S.A. solicitó al Ayuntamiento de Coslada un aplazamiento para atender el requerimiento municipal.

Tras un nuevo requerimiento realizado por el Ayuntamiento de Coslada a X, S.A. para que se diese cumplimiento íntegro a las medidas correctoras impuestas y se subsanasen de las deficiencias señaladas y tras un nuevo aplazamiento, Conterail, S.A., por escrito de fecha 22 de enero de 2014, presentó al Ayuntamiento de Coslada la documentación acreditativa del cumplimiento de los requerimientos municipales, solicitando que le fuera concedida la licencia.

En virtud de escrito de fecha 28 de Abril de 2014 la Concejal de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Coslada señaló que, según el informe de los servicios técnicos municipales de medio ambiente, y de conformidad con lo establecido en la Ley 2/2002 de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid, la Ley 10/1991, de protección del medio ambiente de la Comunidad de Madrid, así como en la Ordenanza municipal de protección del medio



ambiente y demás normativa ambiental actualmente vigente, la solicitud de licencia de funcionamiento formulada por X, S.A. incurría en las siguientes omisiones y/o deficiencias:

- Se había adjuntado una copia de la "Instrucción Técnica Operativa Nocturna (IT-PC-03-62) de fecha 27 de Mayo de 2011 de carácter definitivo y transitorio", observándose que el documento no es original y no está firmado por el responsable.
- En lo relativo "apantallado acústico para motores de grúa pórtico", no constaba certificado del técnico responsable en materia acústica recogiendo lo ejecutado y realización según lo proyectado.
- El certificado suscrito por técnico responsable con fecha 6 de febrero de 2008 y su visado de 30 de octubre de 2007, presentados al Ayuntamiento con fecha 19 de febrero de 2008 (registro de entrada nº 5558) son anteriores a la documentación que consta en el expediente acerca de la situación en relación al cumplimiento de medidas en materia de ruido. Por ello debe constar en el expediente un certificado suscrito por técnico responsable que sea emitido con fecha posterior.

Por otra parte, la Concejala señalaba en su citado escrito de 28 de abril de 2014 que, según se indicaba en el escrito de presentación, el informe acústico de fecha 20 de marzo de 2013, aportado por X, S.A., se refiere "a la actividad que se desarrolla actualmente en el Puerto Seco", por lo que el ámbito de ejercicio de la actividad a que dicho informe acústico se refiere no se corresponde o refiere al que es objeto de los expedientes 02/1137 y 06/1456, sino al expediente 07/2200 actualmente en tramitación.

En el mismo requerimiento se hacía constar que, hasta que no se completase o subsanase la petición, quedaba interrumpido el plazo máximo legal para resolver D.

el procedimiento y notificar la resolución de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5.a) de la LRJ-PAC.

Por fin, tras un último requerimiento municipal, fechado el 22 de enero de 2015, X, S.A., en escrito de 4 de marzo de 2015, aportó los documentos siguientes:

- "Instrucción Técnica Operativa Nocturna (ITC-PC-03-62)", fechada el 27 de Mayo de 2011, en documento original y firmado por los responsables.
- Certificado de apantallado acústico en puente grúa, suscrito por el técnico responsable en materia acústica con fecha 11 de Febrero de 2015.
- Informe acústico (Mediciones acústicas 0813/L1), de fecha 11 de Febrero de 2015, suscrito por el técnico responsable en materia acústica, donde se justifica el cumplimiento de la vigente normativa en materia de ruidos.

Con la documentación aportada, X, S.A. consideró atendidos los requerimientos municipales y reiteró que le fuese concedida la licencia de funcionamiento para la actividad solicitada. Desde el 4 de marzo de 2015, fecha en la que se cumplimentaron totalmente los requerimientos municipales, hasta la actualidad no se ha notificado resolución alguna por parte del Ayuntamiento.

A la vista de las actuaciones de que se ha hecho mención, no cabe duda de que se ha cumplido el requisito temporal exigido por el artículo 155.3 de la LSCM, pues, efectuado por el Ayuntamiento de Coslada el único requerimiento de subsanación a que se refiere dicho precepto legal el 28 de abril de 2014 (bien que reiterado el 22 de enero de 2015) y cumplido por X, S.A. mediante escrito de 4 de marzo de 2015 desde esta última fecha y hasta la actualidad no se ha notificado resolución alguna a esta sociedad mercantil.

Ahora bien, en materia urbanística y en consonancia con lo dicho anteriormente sobre el régimen del silencio administrativo en dicha materia, para que tenga lugar la obtención de la licencia por silencio administrativo positivo es requisito inexcusable que a la solicitud se acompañe la documentación exigida por el artículo 155.1 de la LSCM y a la que antes se ha hecho referencia. En efecto, no tendría sentido alguno que, exigiéndose el cumplimiento de los requisitos que se ponen de manifiesto en la documentación que dicho precepto requiere

que se acompañe a la solicitud de licencia, se entendiese que la falta de cumplimiento de alguno o algunos de ellos no impide la obtención de la licencia por silencio, pues una cosa es que, cumplidos los requisitos sustantivos o materiales legalmente exigidos, la falta de notificación en plazo por la Administración se sancione, en cuanto a incumplimiento de ella, con la concesión de la licencia por vía de silencio positivo, y otra distinta que la licencia se entienda concedida (por silencio) aun cuando no se cumplan los requisitos materiales o sustantivos exigidos por la normativa aplicable en cada caso; dicho en otros términos, el silencio positivo constituye la reacción frente al incumplimiento de una exigencia formal (plazo para resolver y notificar) por la Administración, pero no puede llegar hasta el extremo de convalidar el incumplimiento de la legalidad material sustantiva por quien solicita la licencia.

Así las cosas, entre la documentación exigida por el artículo 155.1 de la LSCM figura la declaración de impacto ambiental cuando el uso al que vayan a destinarse las obras o instalaciones lo requiera. Pues bien, no consta a este Centro Directivo si la actividad para la que se solicitó la licencia a que se refiere el presente informe precisa o no de declaración de impacto ambiental, dado que en los antecedentes remitidos los únicos pronunciamientos sobre este extremo quedan referidos no a la licencia inicial de cuya obtención aquí se trata, sino a una posterior licencia que queda referida al “proyecto de ampliación y mejora de la terminal intermodal del Puerto Seco de Coslada” (comunicación de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del entonces Ministerio de Medio Ambiente de 26 de marzo de 2007 –que se pronunció en el sentido de que no era aplicable la evaluación de impacto ambiental a dicho proyecto, siendo así que la competencia no correspondía a la Administración del Estado, sino a la Comunidad Autónoma de Madrid al tratarse de un proyecto promovido en su territorio por una sociedad privada–; informe de la Dirección General de Evaluación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid de 2 de agosto de 2007 –que se limita a indicar que “no cabe pronunciamiento (...) en relación con el sometimiento a algún procedimiento ambiental del proyecto de ampliación y mejora en la Terminal Intermodal del Puerto Seco de Coslada”–, sin que se explique la causa de esta falta de pronunciamiento; e informe de dicha Dirección General de 11 de agosto de 2014 en el que la cuestión de la determinación del procedimiento ambiental aplicable se supedita a un análisis caso por caso), sin que se contenga alusión o referencia alguna a la posibilidad de que la actividad de cuya licencia aquí se trata deba quedar sometida a la declaración de impacto ambiental.

No constando con la necesaria certeza si la actividad de cuya licencia se trata precisa o no de la declaración de impacto ambiental, este Centro Directivo tan sólo puede indicar que, de no estar sometida dicha actividad a la declaración de impacto ambiental y puesto que, por una parte, se cumplen los demás requisitos a que se refiere el artículo 155.1 de la LSCM y, por otra parte, se cumplen también las exigencias temporales del apartado 3 de dicho precepto legal, la licencia se habría obtenido por silencio administrativo positivo.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración la siguiente

## CONCLUSION

De no precisar la actividad para la que se solicitó la licencia de funcionamiento a que se refiere el presente informe declaración de impacto ambiental, dicha licencia se habría obtenido por silencio administrativo positivo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

**TABLA DE  
CORRESPONDENCIAS  
DEL TEXTO REFUNDIDO  
CON LAS LEYES 27/1992,  
48/2003 y 33/2010**



Tabla de correspondencias

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
<b>Título preliminar. Disposiciones generales.</b>			
<b>Capítulo I. Objeto de la ley.</b>			
Artículo 1. Objeto de la ley.	1		
<b>Capítulo II. Puertos.</b>			
Artículo 2. Puertos marítimos: concepto.	2		
Artículo 3. Puertos comerciales.	3. D.A. 17ª		
Artículo 4. Puertos de interés general.	5		
Artículo 5. Espacios portuarios de competencia autonómica.	16 14.4 D.A. 18ª y 20ª		
<b>Capítulo III. Marina Mercante.</b>			
Artículo 6. Marina Mercante.	6		
Artículo 7. Objetivos.	74		
Artículo 8. Zonas y tipos de navegación.	7		D. F. 2ª.1
Artículo 9. Flota civil y plataformas fijas.	8		D. F. 2ª.2
Artículo 10. Empresas navieras.	9		
<b>LIBRO PRIMERO. SISTEMA PORTUARIO DE TITULARIDAD ESTATAL.</b>			
<b>Título I. Organización y Gestión.</b>			
<b>Capítulo I. Disposiciones generales.</b>			
Artículo 11. Competencia de la Administración General del Estado.	10		
Artículo 12. Puertos e instalaciones gestionadas por el Ministerio de Fomento.	11		
Artículo 13. Gestión.	23		
Artículo 14. Otros puertos e instalaciones dependientes de la Administración General del Estado.	12		
Artículo 15. Reserva de zonas.	13		
<b>Capítulo II. Administración portuaria estatal.</b>			
<i>Sección 1.ª Organismo Público Puertos del Estado.</i>			
Artículo 16. Denominación y naturaleza.	24	D.A. 28ª	3.35
Artículo 17. Competencias.	25		
Artículo 18. Funciones.	26		D. F. 2ª.5
Artículo 19. Recursos económicos de Puertos del Estado.		3	1
Artículo 20. Órganos rectores.	27		
Artículo 21. Consejo Rector: Composición y funciones.	28		
Artículo 22. Presidente: Nombramiento y funciones.	29		
Artículo 23. Consejo Consultivo de Puertos del Estado.	27 bis		

TABLA DE CORRESPONDENCIAS

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
<i>Sección 2.ª Autoridades Portuarias.</i>			
Artículo 24. Denominación y naturaleza.	35	D.A. 15ª D. A. 28ª	3.35
Artículo 25. Competencias.	36		D. F. 2ª apdos 6 y 7
Artículo 26. Funciones.	37		D. F. 2ª apdos 8 y 9
Artículo 27. Recursos económicos de las Autoridades Portuarias.		2	1
Artículo 28. Ámbito territorial.	38		
Artículo 29. Órganos.	39		
Artículo 30. Consejo de Administración: Composición, funciones e incompatibilidades.	40		D. F. 2ª apdos 10 y 11
Artículo 31. Presidente: Nombramiento y funciones.	41		D. F. 2ª.12
Artículo 32. Vicepresidente: Designación y funciones.	42		
Artículo 33. Director.	43		D. F. 2ª.13
Artículo 34. Consejo de Navegación y Puerto.	44		
Artículo 35. Impugnación y revisión de oficio de acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias.		D. A. 25ª	3.32 D. F. 3ª
<b>Título II. Régimen presupuestario, tributario, patrimonial, de funcionamiento y control.</b>			
<b>Capítulo I. Régimen presupuestario.</b>			
Artículo 36. Régimen jurídico.		40	
Artículo 37. Presupuestos y programas consolidados.		41	
Artículo 38. Presupuestos y programas individuales.		42	
<b>Capítulo II. Régimen contable.</b>			
Artículo 39. Régimen contable.		43	3.3
<b>Capítulo III. Régimen de fiscalización y control.</b>			
Artículo 40. Régimen de fiscalización y control.		44	3.4
<b>Capítulo IV. Régimen tributario.</b>			
Artículo 41. Régimen tributario.		45	
<b>Capítulo V. Régimen patrimonial.</b>			
Artículo 42. Patrimonio propio de los organismos portuarios.		46	
Artículo 43. Adscripción, adquisición y afectación de bienes a los organismos públicos portuarios.		47	
Artículo 44. Desafectación de bienes de dominio público adscritos a las Autoridades Portuarias.		48	

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Artículo 45. Desafectación de bienes de dominio público adscritos a Puertos del Estado.		49	
Artículo 46. Participación en sociedades y otras entidades.		50	3.5
<b>Capítulo VI. Régimen de los recursos humanos.</b>			
Artículo 47. Régimen de personal.		51	
Artículo 48. Retribuciones del personal.		52	
Artículo 49. Estructura de personal.		53	3.6
Artículo 50. Selección de personal.		54	
Artículo 51. Funciones de los organismos públicos portuarios.		55	
<b>Título III. Régimen de planificación y construcción de los puertos de interés general.</b>			
<b>Capítulo I. Planificación.</b>			
Artículo 52. Instrumentos de planificación.		36	
Artículo 53. Plan Estratégico de la Autoridad Portuaria.		37	
Artículo 54. Plan Director de Infraestructuras del Puerto.		38	3.1
Artículo 55. Plan de Empresa de la Autoridad Portuaria.		39	3.2
<b>Capítulo II. Consideración urbanística de los puertos.</b>			
Artículo 56. Articulación urbanística de los puertos.	18	96.7	D.F. 2ª.3 3.8
<b>Capítulo III. Régimen de las obras portuarias.</b>			
<i>Sección 1.ª Construcción y modificación de los puertos.</i>			
Artículo 57. Construcción de nuevos puertos.	20		
Artículo 58. Ampliación o modificación de puertos.	21		D. F.2ª.4
<i>Sección 2.ª Otras obras.</i>			
Artículo 59. Obras en el dominio público portuario.	19 apdos. 1, 2 y 4		
<i>Sección 3.ª Disposiciones comunes a las obras portuarias.</i>			
Artículo 60. Carácter de interés general.	19.3		
Artículo 61. Declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación.	22		
<b>Título IV. Medio ambiente y seguridad.</b>			
Artículo 62. Prevención y lucha contra la contaminación en el dominio público portuario.		129	
Artículo 63. Recepción de desechos y residuos procedentes de buques.		130	3.23
Artículo 64. Obras de dragado.		131	
Artículo 65. Planes de emergencia y seguridad.		132	3.24

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
<b>Título V. Dominio público portuario estatal.</b>			
<b>Capítulo I. Modelo de gestión.</b>			
Artículo 66. Modelo de gestión del dominio público portuario.		92	
<b>Capítulo II. Dominio público portuario.</b>			
<i>Sección 1.ª Bienes integrantes.</i>			
Artículo 67. Naturaleza y determinación del dominio público portuario.	14 apdos 2 y 3	93	
Artículo 68. Zona de servicio en puertos gestionados en régimen concesional.	17		
<i>Sección 2.ª Espacios y usos portuarios.</i>			
Artículo 69. Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios.		96 apdos. 1 a 6	3.8
Artículo 70. Modificación de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios.		97	3.9
Artículo 71. Efectos de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios sobre las concesiones y autorizaciones.		98	3.10
<b>Capítulo III. Utilización del dominio público portuario estatal.</b>			
<i>Sección 1.ª Disposiciones generales.</i>			
Artículo 72. Usos y actividades permitidas en el dominio público portuario.		94	3.7
Artículo 73. Régimen de utilización del dominio público portuario.	D. A. 23ª párrafo 1º	95	
<i>Sección 2.ª Autorizaciones.</i>			
Artículo 74. Clases de autorizaciones.		99	
Artículo 75. Ámbito de aplicación.		100	
Artículo 76. Iniciación del procedimiento.		101	
Artículo 77. Requisitos de la solicitud.		102	3.11
Artículo 78. Procedimiento de otorgamiento.		103	
Artículo 79. Concursos.		104	
Artículo 80. Condiciones de otorgamiento.		105	
<i>Sección 3.ª Concesiones demaniales.</i>			
Artículo 81. Ámbito de aplicación.		106	
Artículo 82. Plazo de las concesiones.		107	3.12
Artículo 83. Iniciación del procedimiento. Otorgamiento directo.		108	3.13
Artículo 84. Requisitos de la solicitud.		109	3 apdos 14 y 15
Artículo 85. Procedimiento de otorgamiento.		110	3.16
Artículo 86. Concursos.		111	3.17
Artículo 87. Condiciones de otorgamiento.		112	
Artículo 88. Modificación de concesiones.		113	
Artículo 89. Revisión de concesiones.		114	3.18



Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Artículo 90. División y unificación de concesiones.		115	3.19
Artículo 91. Renovación de determinadas concesiones.		116	
Artículo 92. Actos de transmisión y de gravamen.		117	
Artículo 93. Garantía provisional y garantía definitiva.		118	
Artículo 94. Garantía de explotación.		119	
Artículo 95. Disposiciones comunes.		120	
<i>Sección 4.ª Extinción de autorizaciones y concesiones.</i>			
Artículo 96. Causas de extinción.		121	
Artículo 97. Revocación de autorizaciones y concesiones.		122	
Artículo 98. Caducidad.		123	3.20
Artículo 99. Rescate de concesiones.		124	3.21
Artículo 100. Efectos de la extinción.		125	
<i>Sección 5.ª Contrato de concesión de obras públicas portuarias.</i>			
Artículo 101. El contrato de concesión de obras públicas portuarias.		126 (salvo apdo.4)	3.22
<i>Sección 6.ª Medios de ejecución.</i>			
Artículo 102. Ejecución forzosa.		127	
Artículo 103. Desahucio administrativo.		128	
<b>Título VI. Prestación de servicios.</b>			
<b>Capítulo I. Servicios.</b>			
Artículo 104. Servicios prestados en los puertos de interés general.		56	2
Artículo 105. Garantías de prestación de los servicios esenciales.		D. A. 10ª	
<b>Capítulo II. Servicios generales.</b>			
Artículo 106. Concepto de servicios generales.		57	2
Artículo 107. Régimen de prestación de los servicios generales.		58	2
<b>Capítulo III. Servicios portuarios.</b>			
<i>Sección 1.ª Concepto y régimen de prestación de los servicios portuarios.</i>			
Artículo 108. Concepto y clases de servicios portuarios.		59	2
Artículo 109. Régimen de prestación de los servicios portuarios y título habilitante.		60 (salvo apdos. 3 y 6) D. A. 9ª D. A. 3ª 64.3	2
Artículo 110. Obligaciones de servicio público portuario.		60.3	2

TABLA DE CORRESPONDENCIAS

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Artículo 111. Limitación del número de prestadores.		60.6	2
Artículo 112. Régimen de utilización de los servicios portuarios.		61 D. A. 14ª	2
Artículo 113. Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios.		62	2
Artículo 114. Plazo máximo de la licencia de prestación del servicio portuario.		63	2
Artículo 115. Procedimiento de otorgamiento de la licencia de prestación del servicio portuario.		64 (salvo apdo.3)	2
Artículo 116. Licencias de servicios portuarios en estaciones marítimas de pasajeros y terminales de mercancías dedicadas a uso particular.		65 (salvo párrafos 1º, 2 y 3º del apdo 2 que están en Anexo II)	2
Artículo 117. Contenido de la licencia de prestación del servicio portuario.		66	2
Artículo 118. Transmisión de la licencia de prestación del servicio portuario.		67	2
Artículo 119. Extinción de la licencia de prestación del servicio portuario.		68	2
Artículo 120. Registros de Empresas Prestadoras de Servicios Portuarios.		69	2
Artículo 121. Régimen de incompatibilidades.		70	2
Artículo 122. Separación contable.		71	2
Artículo 123. Observatorio permanente del mercado de los servicios portuarios.		72	2
Artículo 124. Comité de servicios portuarios.		73	2
Artículo 125. Supervisión y promoción de la competencia en la prestación de los servicios portuarios.		74	2
<i>Sección 2.ª Servicios técnico-náuticos.</i>			
Artículo 126. Definición y características del servicio de practicaje.		75 D. A. 4ª párrafo 2º	2
Artículo 127. Definición y características del servicio de remolque portuario.		76	2
Artículo 128. Definición y características del servicio de amarre y desamarre de buques.		77	2
<i>Sección 3.ª Servicio al pasaje.</i>			
Artículo 129. Definición y alcance del servicio al pasaje.		78	2
<i>Sección 4.ª Servicio de manipulación de mercancías.</i>			
Artículo 130. Definición y ámbito del servicio portuario de manipulación de mercancías.		79	2
Artículo 131. Instrucciones Técnicas sobre maquinaria específica.		D. A. 22ª	3.29

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
<i>Sección 5.ª Servicio de recepción de desechos generados por buques.</i>			
Artículo 132. Régimen de prestación.		80	2
<i>Sección 6.ª Servicios portuarios en régimen de autoprestación e integración de servicios.</i>			
Artículo 133. Concepto de autoprestación.		81	2
Artículo 134. Concepto de integración de servicios.		82	2
Artículo 135. Requisitos y procedimiento de otorgamiento de las licencias de autoprestación y de integración de servicios.		83	2
Artículo 136. Compensaciones económicas.		84	2
<b>Capítulo IV. Servicio de señalización marítima.</b>			
Artículo 137. Concepto y regulación.		85	2
<b>Capítulo V. Servicios comerciales.</b>			
Artículo 138. Definición y régimen de aplicación.		86	2
Artículo 139. Régimen de prestación de servicios comerciales y otras actividades.		87	2
Artículo 140. Servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias.		88	2
Artículo 141. Entrega, recepción y otras operaciones de manipulación de mercancías.		89	2
<b>Capítulo VI. Régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.</b>			
<i>Sección 1.ª Sociedades de gestión de la puesta a disposición de trabajadores.</i>			
Artículo 142. Modelo de gestión de la puesta a disposición de trabajadores portuarios.		133	4
Artículo 143. Capital social y su distribución.		134	4
Artículo 144. Órgano de gobierno.		135	4
Artículo 145. Impugnación de acuerdos.		136	4
Artículo 146. Régimen económico.		137	4
Artículo 147. Garantías.		138	4
Artículo 148. Obligación de aportación de información.		139	4
<i>Sección 2.ª Régimen laboral aplicable a los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías.</i>			
Artículo 149. Tipos de relaciones laborales.		140	4
Artículo 150. Régimen laboral común.		141 D.A. 27ª párr. 2ª a 5ª	4 3.34
Artículo 151. Régimen laboral especial.		142	4
Artículo 152. Formación continua.		143	4
<i>Sección 3.ª Requisitos de capacitación de los trabajadores que realicen actividades del servicio portuario de manipulación de mercancías.</i>			
Artículo 153. Cualificación exigida.		144	4

TABLA DE CORRESPONDENCIAS

Tabla de correspondencias (*continuación*)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Artículo 154. Excepciones a la exigencia de titulación.		145	4
<i>Sección 4.ª Utilización de los servicios de la SAGEP por las empresas autorizadas a la realización de actividades comerciales del artículo 130.3.c) de esta ley.</i>			
Artículo 155. Solicitud de oferta a la SAGEP.		149	4
<b>Título VII. Régimen económico.</b>			
<b>Capítulo I. Principios y compensación y asistencia interportuarias.</b>			
Artículo 156. Autofinanciación del sistema portuario.		1 apdos 1, 2 y 3 D. A. 1ª	1 3,25
Artículo 157. Cálculo de la rentabilidad anual.		1.4	1
Artículo 158. Medidas para garantizar el cobro de sus recursos.	48.1		
Artículo 159. Fondo de Compensación Interportuario.		4	1
Artículo 160. Financiación y asistencia.			D. A. 2ª
<b>Capítulo II. Régimen económico de la utilización del dominio público y de la prestación de los servicios portuarios.</b>			
<i>Sección 1.ª Tasas portuarias; disposiciones generales.</i>			
Artículo 161. Tasas portuarias.		5	1
Artículo 162. Régimen jurídico.		6	1
Artículo 163. Rendimiento de las tasas.		7.a)	1
Artículo 164. Importe de las tasas.		7.b), c), d) y e)	1
Artículo 165. Bonificaciones.		7.f)	1
Artículo 166. Coeficientes correctores.		7.g)	1
Artículo 167. Repercusión en régimen de estimación simplificada.		7.h)	1
Artículo 168. Publicación.		7.i)	1
Artículo 169. Exenciones del pago de la tasa de ocupación.		8.1	1
Artículo 170. Exenciones del pago de la tasa de actividad.		8.2	1
Artículo 171. Exenciones del pago de las tasas de utilización y ayudas a la navegación.		8.3 y 4	1
Artículo 172. Gestión, revisión y garantías de cobro de las tasas.		9	1
<i>Sección 2.ª Tasa de ocupación.</i>			
Artículo 173. Hecho imponible.		10.1	1
Artículo 174. Sujetos pasivos.		10.2	1
Artículo 175. Base imponible.		10.3	1
Artículo 176. Tipo de gravamen.		10.4	1
Artículo 177. Valor de los terrenos y las aguas del puerto.		10.5	1
Artículo 178. Reflejo, actualización y revisión de la cuota íntegra.		10.6	1

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Artículo 179. Devengo, exigibilidad y pago.		10.7	1
Artículo 180. Oferta de importes adicionales en concursos.		10.8	1
Artículo 181. Bonificaciones.		10.9	1
Artículo 182. Bonificaciones singulares.		10.10	1
<i>Sección 3.ª Tasa de actividad.</i>			
Artículo 183. Hecho imponible.		11.1	1
Artículo 184. Sujeto pasivo.		11.2	1
Artículo 185. Devengo.		11.3	1
Artículo 186. Cálculo de la cuota.		11.4 párr. 1º	1
Artículo 187. Criterios para la fijación de la base imponible.		11.4.a)	1
Artículo 188. Criterios y límites para la fijación del tipo de gravamen.		11.4.b)	1
Artículo 189. Fijación de la base imponible y el tipo de gravamen.		11.4 último párrafo	1
Artículo 190. Actualización de la base imponible.		11.5	1
Artículo 191. Exigibilidad de la tasa.		11.6	1
Artículo 192. Importes adicionales en concursos.		11.7	1
<i>Sección 4.ª Tasas de utilización.</i>			
Artículo 193. Ámbito de aplicación.		12	1
SUBSECCIÓN 1.ª TASA DEL BUQUE (T-1).			
Artículo 194. Hecho imponible.		13.1	1
Artículo 195. Sujetos pasivos.		13.2	1
Artículo 196. Devengo de la tasa.		13.3	1
Artículo 197. Cuota íntegra por acceso y estancia en Zona I o interior de las aguas portuarias.		13.4.I)	1
Artículo 198. Cuota íntegra por atraque en Zona II y en diques exentos en Zona I.		13.4.II)	1
Artículo 199. Cuota íntegra por fondeo en la Zona II o exterior de las aguas portuarias.		13.4.III)	1
Artículo 200. Tiempo de estancia.		13.5	1
Artículo 201. Servicio marítimo a un determinado tipo de tráfico y servicio marítimo regular.		13.6	1
Artículo 202. Cuantías básicas.		13.7	1
Artículo 203. Arqueo bruto del buque.		13.8	1
Artículo 204. Prolongación de estancia no autorizada.		13.9	1
SUBSECCIÓN 2.ª TASA DEL PASAJE (T-2).			
Artículo 205. Hecho imponible.		14.1	1

TABLA DE CORRESPONDENCIAS

Tabla de correspondencias (*continuación*)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Artículo 206. Sujetos pasivos.		14.2	1
Artículo 207. Devengo de la tasa.		14.3	1
Artículo 208. Cuota íntegra.		14.4	1
Artículo 209. Estimación simplificada.		14.5	1
Artículo 210. Cuantía básica.		14.6	1
SUBSECCIÓN 3. <sup>a</sup> TASA DE LA MERCANCÍA (T-3).			
Artículo 211. Hecho imponible.		15.1	1
Artículo 212. Sujetos pasivos.		15.2	1
Artículo 213. Devengo.		15.3	1
Artículo 214. Cuota íntegra en terminales marítimas de mercancías que no estén en régimen de concesión o autorización.		15.4.I)	1
Artículo 215. Cuota íntegra en terminales marítimas de mercancías en régimen de concesión o autorización.		15.4.II)	1
Artículo 216. Cuota íntegra en otros supuestos.		15.5	1
Artículo 217. Cuantía básica.		15.6	1
SUBSECCIÓN 4. <sup>a</sup> TASA DE LA PESCA FRESCA (T-4).			
Artículo 218. Hecho imponible.		16.1	1
Artículo 219. Sujetos pasivos.		16.2	1
Artículo 220. Devengo.		16.3	1
Artículo 221. Base imponible.		16.4	1
Artículo 222. Tipo de gravamen.		16.5	1
SUBSECCIÓN 5. <sup>a</sup> TASA DE LAS EMBARCACIONES DEPORTIVAS Y DE RECREO (T-5).			
Artículo 223. Hecho imponible.		17.1	1
Artículo 224. Sujetos pasivos.		17.2	1
Artículo 225. Devengo de la tasa.		17.3	1
Artículo 226. Cuota íntegra.		17.4	1
Artículo 227. Superficie ocupada por el buque o embarcación.		17.5	1
Artículo 228. Pago anticipado y en régimen simplificado de la tasa.		17 apdos 6 y 7	1
Artículo 229. Cuantía básica.		17.9	1
Artículo 230. Buques o embarcaciones con base en el puerto.		17.8	1
SUBSECCIÓN 6. <sup>a</sup> TASA POR UTILIZACIÓN ESPECIAL DE LA ZONA DE TRÁNSITO (T-6).			
Artículo 231. Hecho imponible.		18.1	1
Artículo 232. Sujetos pasivos.		18.2	1
Artículo 233. Devengo de la tasa.		18.3	1
Artículo 234. Cuota íntegra.		18 apdos 4, 5 y 7	1
Artículo 235. Cuantía básica.		18.6	1
Artículo 236. Exenciones.		18.8	1

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
<i>Sección 5.ª Tasa de ayudas a la navegación.</i>			
Artículo 237. Hecho imponible.		20.1	1
Artículo 238. Sujetos pasivos.		20.2	1
Artículo 239. Devengo de la tasa.		20.3	1
Artículo 240. Cuota íntegra.		20 apdos. 4 y 5	1
Artículo 241. Pago de la tasa.		20.6	1
Artículo 242. Exigencia anticipada de la tasa.		20.9	1
Artículo 243. Justificación del pago.		20.7	1
Artículo 244. Convenios interadministrativos.		20.8	1
<i>Sección 6.ª Bonificaciones.</i>			
Artículo 245. Bonificaciones de las tasas de actividad y utilización.		19	1
<b>Capítulo III. Precios privados por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias.</b>			
Artículo 246. Tarifas por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias.		21	1
Artículo 247. Exigibilidad de las tarifas.		22	1
Artículo 248. Prescripción.		23	1
Artículo 249. Suspensión del servicio.		24	1
Artículo 250. Reclamación previa a la vía judicial civil.		25	1
<b>LIBRO SEGUNDO. MARINA MERCANTE.</b>			
<b>Título I. Explotación Naviera y Régimen de las Navegaciones.</b>			
<b>Capítulo I. Buques y Empresas Navieras.</b>			
Artículo 251. Registro de Buques y Empresas Navieras.	75		
Artículo 252. Abanderamiento de buques.	76		D.F. 2ª apd. 14, 15 y 16
Artículo 253. Dotaciones de los buques.	77		
Artículo 254. Responsabilidad civil.	78		
<b>Capítulo II. Comercio exterior de buques.</b>			
Artículo 255. Importación y exportación de buques.	79		
<b>Capítulo III. Navegación interior.</b>			
Artículo 256. Régimen de la navegación interior.	80		
<b>Capítulo IV. Navegación de cabotaje.</b>			
Artículo 257. Navegación de cabotaje.	81		
<b>Capítulo V. Navegación exterior y extranacional.</b>			
Artículo 258. Navegación exterior y extranacional.	82		

TABLA DE CORRESPONDENCIAS

Tabla de correspondencias (*continuación*)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
<b>Capítulo VI. Consignatarios de buques.</b>			
Artículo 259. Consignatario de buques.	73		
<b>Capítulo VII. Establecimiento de obligaciones de servicio público.</b>			
Artículo 260. Establecimiento de obligaciones de servicio público.	83 D.A. 27 <sup>a</sup>	D.F. 2 <sup>a</sup> . 52	
<b>Capítulo VIII. Conferencias marítimas y consejos de usuarios.</b>			
Artículo 261. Conferencias marítimas y consejos de usuarios.	84		
Artículo 262. Obligaciones de información y consulta.	85		
<b>Título II. Administración marítima.</b>			
<b>Capítulo I. Administración central.</b>			
Artículo 263. Competencias del Ministerio de Fomento.	86		D.F.2 <sup>a</sup> .17
Artículo 264. Del servicio público de salvamento.	87 D.A. 19 <sup>a</sup> y 20 <sup>a</sup>		
Artículo 265. Comisión Permanente de Investigación de Accidentes e Incidentes Marítimos (CIAIM).	D. A. 26 <sup>a</sup>		D. F. 2 <sup>a</sup> . 51
<b>Capítulo II. Administración periférica.</b>			
Artículo 266. Capitanía Marítima. Funciones.	88		D.F.2 <sup>a</sup> apdos 18 a 22
<b>Capítulo III. Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.</b>			
Artículo 267. Naturaleza, denominación y objeto.	89		
Artículo 268. Objeto de la Sociedad.	90		D.F. 2 <sup>a</sup> apds 23, 24 y 25
Artículo 269. Órganos de gobierno y gestión.	91		
Artículo 270. Consejo de Administración.	92		
Artículo 271. Nombramiento y funciones del Presidente.	93		
Artículo 272. Nombramiento y funciones del Director.	94		
Artículo 273. Régimen de personal.	95		
Artículo 274. Régimen presupuestario.	96		
Artículo 275. Régimen patrimonial y financiero.	97		
Artículo 276. Régimen de contratación.	98		
Artículo 277. Contabilidad y régimen de control.	99		
<b>Capítulo IV. Cuerpos de la Marina Civil.</b>			
Artículo 278. Cuerpos de Marina Civil.	101		
<b>Título III. Servicio de practicaaje.</b>			
Artículo 279. Régimen de gestión.	102		



Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Artículo 280. Régimen de protección del personal del servicio de practicaaje.		D. A. 19ª	
Artículo 281. Responsabilidad.	104		D. F. 2ª.26
<b>Título IV. Tasas.</b>			
<b>Capítulo I. Tasas por servicios de inspección y control.</b>			
Artículo 282. Ámbito y régimen de exigencia.	105		
<b>Capítulo II. Tasas por actuaciones registrales.</b>			
Artículo 283. Clases de tasas.	D. A. 16ª. 1		
Artículo 284. Hecho imponible de las tasas.	D. A. 16ª. 2		
Artículo 285. Devengo de las tasas.	D. A. 16ª. 3		
Artículo 286. Sujetos pasivos.	D. A. 16ª. 4		
Artículo 287. Cuantías exigibles.	D. A. 16ª. 5		
Artículo 288. Gestión, liquidación y pago de las tasas.	D. A. 16ª apdos. 6, 7 y 8		
<b>Capítulo III. Tasa por la emisión o renovación de la Libreta Marítima.</b>			
Artículo 289. Hecho imponible y devengo.	D. A. 16ª bis párrafos 1º y 2º		D. F. 2ª. 46
Artículo 290. Sujetos pasivos, cuantía, gestión y pago.	D. A. 16ª bis párrafos 3º, 4º, 5º y 6º		D. F. 2ª. 46
<b>Capítulo IV. Tasas por la emisión de certificado de seguro o de otra garantía financiera relativa a la responsabilidad civil por daños debidos a contaminación por hidrocarburos.</b>			
Artículo 291. Hecho imponible y devengo.	D. A. 16ª ter y quáter párrafos 1º y 2º		D. F. 2ª apdos 47 y 48
Artículo 292. Sujetos pasivos, cuantía, gestión y pago.	D. A. 16ª ter y quáter párrafos 3º, 4º, 5º y 6º		D. F. 2ª.apdos 47 y 48
<b>Capítulo V. Tasa por la emisión de documento del Registro Sinóptico Continuo.</b>			
Artículo 293. Hecho imponible y devengo.	D. A. 16ª quinques párrafos 1º y 2º		D. F. 2ª. 49
Artículo 294. Sujetos pasivos, cuantía, gestión y pago.	D. A. 16ª quinques párrafos 3º, 4º, 5º y 6º		D. F. 2ª. 49
<b>LIBRO TERCERO. RÉGIMEN DE POLICÍA.</b>			
<b>Título I. Reglamento de Explotación y Policía de los puertos del Estado.</b>			
Artículo 295. Reglamento de Explotación y Policía.	106		D. F. 2ª. 27
<b>Título II. Funciones de policía especial.</b>			
Artículo 296. Servicio de policía portuaria.		D. A. 13ª	3.26
<b>Título III. Medidas que garantizan la actividad portuaria y la navegación.</b>			
Artículo 297. Medidas de garantía de la navegación marítima y del medio marino.	112		

TABLA DE CORRESPONDENCIAS

Tabla de correspondencias (*continuación*)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Artículo 298. Protección de la navegación libre.	109		
Artículo 299. Asistencia y refugio.	D. A. 25ª		D.F.2ª.50
Artículo 300. Situación de peligro a bordo.	110		
Artículo 301. Prevención de actividades ilícitas y tráfico prohibidos.	111		
Artículo 302. Buques abandonados.		D. A. 18ª	3.27
Artículo 303. Operaciones de desguace.	108		
Artículo 304. Hundimiento de buques.	107		D. F. 2ª.28
<b>Título IV. Régimen sancionador.</b>			
<b>Capítulo I. Infracciones.</b>			
Artículo 305. Concepto y clasificación.	113		
Artículo 306. Infracciones leves.	114		D. Derogatoria única
Artículo 307. Infracciones graves.	115		D. F. 2ª apdos 29 a 41
Artículo 308. Infracciones muy graves.	116		D. F. 2ª.42 y Derogatoria única
Artículo 309. Prescripción.	117		
Artículo 310. Responsables.	118		
<b>Capítulo II. Sanciones y otras medidas.</b>			
<i>Sección 1.ª Disposiciones generales.</i>			
Artículo 311. Principios generales.	119		
<i>Sección 2.ª Sanciones aplicables.</i>			
Artículo 312. Multas y sanciones accesorias.	120		
Artículo 313. Medidas no sancionadoras.	121		D. F. 2ª. 43
Artículo 314. Criterios de graduación.	122		
Artículo 315. Competencia.	123		
<i>Sección 3.ª Indemnización por daños y perjuicios.</i>			
Artículo 316. Indemnización por daños y perjuicios.	124		
<i>Sección 4.ª Procedimiento, medios de ejecución y medidas cautelares.</i>			
Artículo 317. Procedimiento.	125		
Artículo 318. Medidas para garantizar el cobro.	126		
Artículo 319. Obligaciones de consignación de los hechos producidos.	127		
Artículo 320. Retención de buques.	128		
Disposición adicional primera. Zona de servicio.	D. A. 1ª		
Disposición adicional segunda. Zona contigua.	D. A. 2ª		
Disposición adicional tercera. Capitanías y Capitanes de Puerto.	D. A. 3ª		

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Disposición adicional cuarta. Colaboración interministerial.	D. A. 4ª		
Disposición adicional quinta. Política de defensa en los ámbitos portuario y marítimo.	D. A. 5ª		
Disposición adicional sexta. Transformación de las Juntas de Puertos y Puertos Autónomos y creación de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.	D. A. 6ª D. A. 14ª		
Disposición adicional séptima. Transformación de la Dirección General de Puertos y de la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos.	D. A. 7ª		
Disposición adicional octava. SAGEP. Transformación y adaptación.		146 147	4 4
Disposición adicional novena. Derechos de los trabajadores.		148	4
Disposición adicional décima. Autorización extraordinaria de atraque en los puertos españoles.		D. A. 24ª	3.31
Disposición adicional undécima. Mantenimiento de la titularidad de las Comunidades Autónomas en materia portuaria.	D. A. 8ª		
Disposición adicional duodécima. Reserva de aplicación de la legislación sobre hidrocarburos.	D. A. 9ª		
Disposición adicional decimotercera. Obligaciones de información.	D. A. 10ª.1		
Disposición adicional decimocuarta. Subcomisión de transportes, puertos y aeropuertos.	D. A. 12ª bis		
Disposición adicional decimoquinta. Obras e instalaciones portuarias de telecomunicación portuaria en Canarias.	D. A. 12ª ter		
Disposición adicional decimosexta. Registro Especial de Buques y Empresas Navieras.	D. A. 15ª		D. F. 2ª apdos 44 y 45
Disposición adicional decimoséptima. Instalaciones de avituallamiento de combustibles.	D. A. 21ª		
Disposición adicional decimooctava. Modificación del anexo III.		D. A. 2ª	
Disposición adicional decimonovena. Suspensión de las normas que regulan el servicio de manipulación de mercancías para la pesca congelada.		D. A. 8ª	
Disposición adicional vigésima. Zona geográfica de prestación del servicio de señalización marítima.		D. A. 11ª	
Disposición adicional vigésima primera. Prelación de créditos en los casos de venta judicial de buques.		D. A. 17ª	
Disposición adicional vigésima segunda. Determinación de las cuantías básicas de las tasas del buque, del pasaje, de la mercancía, de las embarcaciones deportivas y de recreo, de la tasa por utilización de la zona de tránsito,		D. A. 21ª	3.28

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
de la tasa de ayudas a la navegación, de la tarifa fija por el servicio de recepción de desechos generados por buques y de los coeficientes correctores a la tasa del buque, de la mercancía y del pasaje.			
Disposición adicional vigésima tercera. Especialidad en la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público.		D. A. 26ª	3.33
Disposición adicional vigésima cuarta. Aplicación del régimen económico del sistema portuario.		D. A. 29ª	3.36
Disposición adicional vigésima quinta. Limitaciones de la propiedad por razones de protección del dominio público.		D. A. 16ª	
Disposición adicional vigésima sexta. Compensación al transporte marítimo y aéreo de mercancías y productos agrícolas, plantas, flores, esquejes y frutos comestibles en fresco originarios de las Islas Canarias o transformados en éstas y de productos para alimentación del ganado procedentes del resto de España concedidas hasta el 31 de diciembre de 2006.			D. A. 3ª
Disposición adicional vigésima séptima. Régimen jurídico y funciones del Consorcio Valencia 2007.			D. A. 4ª
Disposición adicional vigésima octava. Medidas de apoyo al acontecimiento «Salida de la Vuelta al Mundo a Vela Alicante 2011».			D. A. 5ª
Disposición adicional vigésima novena. Aprobación de los Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios.			D. A. 6ª
Disposición adicional trigésima. Reintegro a la Administración General del Estado.			D. F. 4ª
Disposición adicional trigésima primera. Suspensión temporal del régimen jurídico que regula el régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías.	D. A. 13ª.3	D. A. 23ª	3.30
Disposición adicional trigésima segunda. Jornada laboral de los trabajadores en los servicios técnico-náuticos.		D. A. 4ª párrafo 1º	
Disposición adicional trigésima tercera. Responsabilidad medioambiental.			
Disposición transitoria primera. Régimen transitorio establecido por las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.			

Tabla de correspondencias (continuación)

Texto Refundido	LEY 27/1992	LEY 48/2003	LEY 33/2010
Disposición transitoria segunda. Régimen transitorio de las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, cuya vigencia se mantiene.	D. T. 4ª	D. T. 2ª	3.37
	D. T. 5ª	D. T. 12ª	3.38
	D. T. 10ª	D. T. 15ª	3.39
Disposición transitoria tercera. Aplicación de las tasas de utilización a las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 33/2010, de 5 de agosto.			D. T. 1ª
Disposición transitoria cuarta. Licencias de prestación de servicios portuarios.			D. T. 2ª
Disposición transitoria quinta. Manipulación de D. T. 3ª medios mecánicos de las Autoridades Portuarias.			
Disposición transitoria sexta. Régimen transitorio aplicable a los Planes de Utilización de los Espacios Portuarios y a los Planes Directores.			D. T. 4ª
Disposición transitoria séptima. Pliegos Reguladores de los servicios portuarios básicos.			D. T. 5ª
Disposición transitoria octava. Autorización para la emisión de certificaciones de servicio.			
Disposición final primera. Fundamento constitucional.			D. F. 1ª
Disposición final segunda. Desarrollo reglamentario.	83	79.5 144.2	D. F. 5ª 2 4
Disposición final tercera. De los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas.		D. F. 2ª apdos 1.b) y 2	
Disposición final cuarta. Seguridad Marítima.			
Anexo I. Puertos de interés general.	Anexo		D. F. 2ª.53
Anexo II. Definiciones a los efectos de esta ley.		Anexo II	3.41
Anexo III. Asignación de grupos de mercancías.		Anexo I	3.40

\*: Las correspondencias que se indican se refieren a los preceptos de las leyes indicadas con el contenido y redacción vigentes a la fecha de publicación en el BOE (nº 253 de 20/10/2011) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.





