

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

TOMO I

Edita:
Organismo Público Puertos del Estado
Asesoría Jurídica
Asesoría Corporativa

Imprime:
Grupo Diario Imprenta, S.L.

Depósito Legal:
M-7586-2018

2ª Edición: 2017

NOTA EXPLICATIVA

La favorable acogida entre los operadores del sector portuario de la obra “Doctrina de la Abogacía General del Estado en materia portuaria”, publicada en mayo de 2013 y seguida por sus Adendas con los dictámenes de los años 2013 y 2014, ha propiciado la publicación de una segunda edición de la misma en la que se integran y refunden ya en un solo texto los dictámenes contenidos en el primer libro y en sus dos Adendas más los dictámenes correspondientes a los años 2015 y 2016.

El presente libro, por tanto, recoge el texto íntegro de los informes elaborados por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y por la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado, más en concreto por la Subdirección General de los Servicios Consultivos, en los últimos veintitrés años, en un periodo de tiempo que va desde la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante hasta el 31 de diciembre de 2016, constituyendo un sólido y riguroso cuerpo de doctrina en materia portuaria de gran interés para todos los operadores del sector.

En la tarea de recopilación y sistematización de este importante número de informes se ha seguido la sistemática 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. Para una mejor localización de los informes existe un índice general al comienzo del libro.

Como fácilmente se comprenderá, en algunos de los informes se aplica normativa ya derogada. A pesar de ello se ha considerado oportuno recogerlos en su integridad, junto con todos los demás, la gran mayoría, para dejar constancia en todo caso de la tarea de la Subdirección indicada, si bien en el apartado de Observaciones del informe se hace referencia precisa a la derogación y a la norma que sustituye a la derogada, en algunos casos también interpretada en otro informe recogido en el libro.

Por último, dado que el actual Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, como es lo propio del mismo, no hace más que refundir la normativa dictada a partir de la Ley 27/1992, constituida esencialmente por esa Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, reformada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, y por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, que modifica las dos anteriores, no se ha considerado oportuno ir cambiando una a una las referencias que se hacen en la mayor parte de los informes a las Leyes citadas y sustituirlas por la referencia oportuna a los preceptos del Texto Refundido, habiéndose incorporado, no obstante, la tabla de correspondencias del Texto Refundido con las tres Leyes, que figura como anexo del documento de trabajo conteniendo dicho Texto elaborado en 2011 por Puertos del Estado.

PRÓLOGOS A LA PRIMERA EDICIÓN

PRÓLOGO

I

La historia de la Abogacía del Estado y la de la Administración portuaria española están inseparablemente unidas, con hitos relevantes que muestran también significativas coincidencias cronológicas. Así, el Cuerpo de Abogados del Estado fue creado por el Real Decreto de 11 de marzo de 1881, escasamente posterior a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, que con algunas modificaciones estuvo vigente durante más de cien años. Entre estas reformas destacó en su momento la operada por la Ley de 19 de enero de 1928, también sustancialmente coetánea del Estatuto Orgánico de la Abogacía del Estado de 21 de enero de 1925.

La Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 24 de noviembre de 1992 marcó un punto de inflexión extraordinariamente relevante en la evolución de la legislación portuaria, al advertir que el régimen general de la gestión portuaria instrumentado a través de organismos autónomos (las Juntas de Puertos y la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos), salvo excepciones (los puertos en régimen de Estatuto de Autonomía: Barcelona, Valencia, Bilbao y Huelva) no era el más adecuado para atender a las exigencias de un tráfico precisado de agilidad, competencia y abaratamiento de costes en un mundo globalizado. De ahí que la Dirección General de Puertos y Costas es sustituida en sus funciones de dirección y coordinación del sistema portuario por el Organismo Público Puertos del Estado y los diferentes organismos rectores de los puertos de interés general lo son a su vez por las Autoridades Portuarias, organismos públicos con un régimen jurídico próximo al ya preexistente de los puertos dotados de Estatuto de Autonomía.

La transformación de la naturaleza de los organismos portuarios afecta profundamente a la regulación de sus diferentes áreas de actividad, y también a su mecanismo de asistencia jurídica: si la Abogacía del Estado había sido desde el comienzo, y lo seguía siendo, el aparato administrativo que prestaba asistencia jurídica al sistema portuario por disposición de la Ley, en cuanto que se trataba de organismos autónomos comprendidos en el concepto estricto de Hacienda Pública, la Ley de 1992 sigue contemplando que el asesoramiento jurídico, la defensa y representación en juicio de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias podrán ser encomendados a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, si bien que mediante convenio en el que se determine la compensación económica a abonar, que generará crédito en los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia.

De este modo, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante supone asimismo un hito histórico en la evolución de la Abogacía del Estado, en cuanto inaugura una nueva línea de actuación de asistencia jurídica, ya

no en beneficio exclusivo de la Hacienda Pública, sino del entero sector público estatal, cuyo fundamento no es legal sino convencional, regido por un principio de onerosidad, y que se ha generalizado con el paso del tiempo.

Transcurridos veinte años de la entrada en vigor de la norma –efemérides que da ocasión a la publicación de la presente obra-, cabe concluir sin género de dudas que su aplicación permite constatar un éxito rotundo tanto para la Administración portuaria como para la Abogacía del Estado, de las que se puede afirmar que, merced a aquélla en una medida significativa, son instituciones en la actualidad modernas, eficientes y -lo que no constituye cuestión baladí- razonablemente bien dotadas desde el punto de vista financiero.

Aún cabe señalar en este breve excursus histórico, una modificación legislativa de importancia que se llevó a efecto mediante la Ley de 26 de diciembre de 1997 que, al hilo de una nueva configuración de los órganos de rectores de las Autoridades Portuarias (cuyos miembros pasan a ser nombrados formalmente por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio radiquen, que designa libremente al Presidente del Organismo y a una parte de los miembros del Consejo de Administración), establece que uno de los vocales en representación del Estado debe ser precisamente Abogado del Estado, a buen seguro por la plena confianza en la disciplina y el sentido de Estado que el Cuerpo de Abogados del Estado ha acreditado durante su historia más que centenaria.

II

De este modo, el Abogado del Estado en el sistema portuario estatal añade a sus funciones tradicionales consultivas y contenciosas (asesoramiento en Derecho y representación y dirección técnica en juicio, por utilizar los conceptos de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas de 1997) una nueva función, de naturaleza metajurídica, cuyo propósito no es otro que asegurar la ejecución de la política portuaria del Gobierno de la Nación.

Es por ello que el vigente convenio de asistencia jurídica suscrito entre la Abogacía General del Estado y Puertos del Estado, de 1 de septiembre de 2005, atiende especialmente en su estipulación quinta a esta función del Abogado del Estado, comprometiéndose ambas instituciones a “mantener entre ellas la necesaria y permanente comunicación que permita una perfecta identificación de la postura y voto de los Abogados del Estado (en cuanto vocales de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias), con los intereses de la Administración General del Estado, representados, en el ámbito portuario, por el Ministerio de Fomento y por Puertos del Estado.”

A tal efecto, se establece que los Abogados del Estado, deberán dar traslado por propia iniciativa o requeridos al efecto de la documentación o

información que pueda afectar al interés general portuario, especial, pero no exclusivamente, cuando se refieran a asuntos objeto de deliberación o votación en los Consejos de Administración, añadiendo que “Puertos del Estado, a través de su Dirección de Servicios Jurídicos, podrá cursar a los referidos Abogados del Estado las instrucciones que estime pertinentes para la coordinación y el control de la eficacia del sistema portuario que a aquél compete”.

III

Esta última función no ensombrece en modo alguno las tradicionales actuaciones contenciosas y consultivas propias de la asistencia jurídica, si no que las enriquece. En este marco tradicional de actividad la experiencia acumulada resulta asimismo muy positiva, y en sus resultados juega un papel fundamental la figura del Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica de repetida cita, que se ocupa, en permanente comunicación con la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, de coordinar la llevanza de los pleitos que afectan al conjunto del sistema portuario y compete a los Abogados del Estado y además, desde la propia Abogacía General del Estado, de preparar los dictámenes que se recaban del Centro Directivo en materia portuaria.

Desde hace años, de esa importantísima tarea viene ocupándose Ricardo Huesca Boadilla, el autor de esta obra que es fruto de su experiencia acumulada en el ámbito consultivo y de su entrega, siempre entusiasta y desinteresada, a la causa de los intereses generales en el ámbito portuario.

El libro recoge la totalidad del cuerpo de doctrina que durante los últimos veinte años, a través de sucesivos dictámenes, ha ido generando la Abogacía General del Estado. No se trata tanto de una obra didáctica o divulgativa, sino que obedece a una alta especialización y permite, junto con una interesantísima visión diacrónica de la evolución del sistema portuario en el dilatado periodo considerado, acceder a una información jurídica de máxima calidad y de enorme e insustituible utilidad para los operadores en el ámbito de los puertos de interés general.

No pueden concluir estas líneas, en coherencia con lo que queda dicho, sin expresar la gratitud de Puertos del Estado hacia la Abogacía del Estado por los valiosísimos servicios profesionales que desde siempre recibe de ella; y hacia el autor por el rigor, calidad y dedicación con que desarrolla su asistencia jurídica y especialmente por la elaboración de este libro cuya edición constituye un motivo de singular satisfacción para este Organismo Público.

José Llorca Ortega

Presidente de Puertos del Estado

PRÓLOGO

El presente libro, como refleja su título, constituye un compendio de los informes más relevantes evacuados por la Abogacía General del Estado a solicitud de las entidades que conforman el Sistema Portuario Español.

La asistencia jurídica prestada por la Abogacía del Estado a las Autoridades Portuarias y al Organismo Público, Puertos del Estado tiene su origen hace ya más de 20 años, en una norma con rango de ley, la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de 5 de septiembre.

Dicha ley cuya vigencia debe de ser digna de elogio en un mundo cambiante como el derecho, máxime si regula un sector económico complejo, tiene una especial incidencia en el desarrollo y evolución de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Hasta esa fecha, la Abogacía General del Estado asistía y representaba judicialmente a los órganos de la Administración General del Estado y a los organismos y entidades del Sector Público, cuando así lo declaraba una disposición legal. La nueva normativa del Sistema Portuario Español permite encomendar la asistencia jurídica y la defensa y representación en juicio del Organismo Público, Puertos del Estado y del resto de Autoridades Portuarias, a los Abogados del Estado en virtud de un convenio, surgiendo así un modelo que, con el transcurso de los años, ha sido desarrollado en gran parte del Sector Público Estatal.

Ejemplo de esa labor, durante los más de veinte años de vigencia de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, es esta obra en la que se recogen los informes más relevantes que se han emitido y a los que debe unirse la multitud de procedimientos administrativos y procesos judiciales en los que los Abogados del Estado han actuado en defensa de los intereses del Sistema Portuario Español.

El índice de este libro es igualmente, un fiel reflejo de esta labor de asesoramiento y de su diversidad, que comprende la asistencia jurídica en materias propias y singulares del sistema portuario (dominio público portuario, su uso o a los regímenes económico y de policía), así como en otras cuestiones que afectan directamente a la Administración portuaria y que derivan de la complejidad de una organización en la que confluyen los intereses de la Administración General del Estado, de la Administración Autónoma y Local, así como los de los propios usuarios.

Sirva esta obra para recordar, poner en valor esta realidad y reconocer explícitamente la labor de todos los Abogados del Estado que durante este tiempo han sabido realizar las funciones encomendadas de asistencia jurídica al Sistema Portuario Español.

Marta Silva de Lapuerta

Abogada General del Estado

ÍNDICE GENERAL

I.- ADMINISTRACIÓN PORTUARIA ESTATAL _____	35
II.- RÉGIMEN CONTRACTUAL _____	155
III.- RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO _____	367
IV.- RÉGIMEN TRIBUTARIO _____	379
V.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL _____	451
VI.- RÉGIMEN PATRIMONIAL _____	471
VII.- RÉGIMEN DE RECURSOS HUMANOS _____	665
VIII.- RÉGIMEN DE PLANIFICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LOS PUERTOS DE INTERÉS GENERAL _____	725
IX.- MEDIO AMBIENTE Y SEGURIDAD _____	783

TOMO I

I.- ADMINISTRACIÓN PORTUARIA ESTATAL

1.- Régimen de impugnación de los acuerdos dictados por las Autoridades Portuarias con la redacción originaria de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. _____	35
A.G. MOPT 15/93	
2.- Cuestiones relacionadas con la solicitud de compatibilidad presentada por un Abogado del Estado para ejercer una segunda actividad pública en el ente público Puertos del Estado. _____	40
A.G. MOPTMA 3/95	
3.- Pagos a efectuar por la Autoridad Portuaria de Gijón-Avilés en 1995 por el concepto de asistencia jurídica. _____	45
A.G. ENTES PÚBLICOS 4/95	
4.- Indemnización por cese como Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas _____	48
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 7/96	
5.- Órgano competente para la designación del Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla. _____	53
A.G. FOMENTO 2/98	
6.- Informe sobre el procedimiento a seguir por las Capitanías Marítimas en el ejercicio de las competencias que, por razones de seguridad, les atribuye el artículo 88.3.b) y d) de la LPEMM. Competencia de las Autoridades Portuarias para el control del cumplimiento efectivo de las determinaciones que adopten las Capitanías Marítimas en materia de fondeo y maniobras. ____	55
A.G. FOMENTO 7/99	
7.- Informe sobre la competencia para autorizar la creación de una Fundación en la que participarían la Junta de Andalucía, las Autoridades Portuarias de dicha Comunidad Autónoma y la Empresa Pública Puertos de Andalucía a través de un convenio de colaboración _____	64
A.G. ENTES PÚBLICOS 4/00	
8.- Informe sobre nuevo modelo de convenio de asistencia jurídica entre las Autoridades Portuarias y el Ministerio de Justicia (Abogacía General del Estado) _____	77
A.G. ENTES PÚBLICOS 33/03	
9.- Régimen de incompatibilidades del Presidente, Director Técnico y Directores de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias de acuerdo con la Ley 5/2006, de 5 de abril _____	82
A.G. ENTES PÚBLICOS 58/06 (R-160/06)	
10.- Consideración de altos cargos de los Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias a los efectos de la Ley 5/2006. _____	96
A.G. ENTES PÚBLICOS 70/06 (R-245/06)	
11.- Delegación de competencias del Presidente y del Director Técnico de una Autoridad Portuaria en los Departamentos dependientes de este último ____	101
A.G. ENTES PÚBLICOS 18/11 (R-267/11)	

12.- Pertenencia del Presidente o del Director de una Autoridad Portuaria al Consejo de Administración de la Sociedad de Gestión de Estibadores Portuarios y su adecuación al régimen de incompatibilidades de altos cargos A.G. ENTES PÚBLICOS 43/11 (R-525/11)	106
13.- Informe sobre el alcance e interpretación del artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, relativo a la impugnación y revisión de oficio de acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias A.G. ENTES PÚBLICOS 67/12 (R-482/12)	112
14.- Informe acerca de los órganos competentes para determinar las cuantías que en concepto de compensación económica deban percibir los miembros del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias por su asistencia a las reuniones de estos órganos. A.G. ENTES PÚBLICOS 66/13 (R-629/2013)	131
15.- Informe sobre la interpretación de la disposición final primera.2 de la Orden HAP/1741/2015 por la que se fija el sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos a los contratos de alta dirección suscritos por Puertos del Estado. A.G. ENTES PÚBLICOS 82/15 (R-709/15)	136
16.- Informe sobre el alcance de la prohibición de abstención incluida en el artículo 19.3 c) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en relación con los miembros “no natos” de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias. ENTES PÚBLICOS 68/16 (R-563/16)	140
17.- Informe sobre supresión de la reclamación judicial previa a la vía civil en el ámbito portuario. A.G. ENTES PÚBLICOS 81/16 (R –779/2016)	144
 II.- RÉGIMEN CONTRACTUAL	
18.- Informe sobre la aplicación de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas a las Autoridades Portuarias SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 12/95	155
19.- Informe sobre el régimen jurídico al que debe someterse la contratación del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias después de la entrada en vigor de la Ley 48/1998, sobre procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/99	163
20.- Informe sobre ciertas dudas suscitadas acerca de la interpretación y alcance el artículo 7.2.g) de la Ley 48/1998 en relación con la posibilidad de contratación directa de servicios entre entidades adscritas al Ministerio de Fomento A.G. FOMENTO 1/01	174
21.- Informe sobre la adecuación a derecho del expediente de modificación de obras de la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” tramitado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas A.G. FOMENTO 15/04	186

22.- Informe sobre determinadas cuestiones que suscita el procedimiento para la aprobación de las normas o condiciones generales de contratación de los Entes Públicos Portuarios _____	197
A.G. ENTES PÚBLICOS 24/05	
23.- Informe sobre la legalidad de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual o del uso de los proyectos de parques eólicos en el puerto de Arinaga (Las Palmas) _____	205
A.G. ENTES PÚBLICOS 28/06	
24.- Informe sobre conformidad a derecho de la aprobación de un modificado del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” _____	219
A.G. ENTES PÚBLICOS 23/06 (R-38/06)	
25.- Informe sobre posible declaración de lesividad de un acto implícito de asunción de competencia en materia de contratación por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas _____	224
A.G. FOMENTO 19/06	
26.- Informe sobre el régimen jurídico a que ha de ajustarse la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias tras la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007) y de la nueva Ley de Sectores Excluidos (Ley 31/2007) _____	233
A.G. ENTES PÚBLICOS 165/08	
27.- Informe sobre las Instrucciones reguladoras de los Procedimientos de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, acomodados a Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007) y a la Ley de Sectores Excluidos (Ley 31/2007) _____	244
A.G. ENTES PÚBLICOS 72/08	
28.- Informe sobre el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en relación con la suma adeudada por una empresa adjudicataria de una obra de una Autoridad Portuaria por parte de una empresa subcontratista. _____	248
A.G. ENTES PÚBLICOS 57/10 (R-953/10)	
29.- Informe sobre el alcance del artículo 60.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, respecto a las empresas o entes participados por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, entre cuyos administradores se encuentren altos cargos de la Administración del Estado. _____	260
A.G. ENTES PÚBLICOS 128/11 (R-1813/11)	
30.- Informe sobre la calificación jurídica de los convenios de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Motril y una Agrupación de Interés Económico _____	264
A.G. ENTES PÚBLICOS 64/11 (R. 752/11)	
A.G. ENTES PÚBLICOS 95/11 (R-1300/11)	
31.- Informe sobre el proyecto de liquidación provisional del contrato de ampliación del puerto de Gijón. _____	283
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 24/11 (R-1391/11)	
32.- Informe sobre los criterios de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa en los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias. _____	286
A.G. ENTES PÚBLICOS 117/12 (R-1036/12)	

33.- Informe sobre la propuesta de Orden Ministerial por la que se modifica la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, que aprueba las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias _____	299
A.G. ENTES PÚBLICOS 54/2013 (R-545/2013)	
34.- Informe acerca de las posibilidades que existen para regularizar la situación tributaria de un edificio de oficinas realizado sin sujetarse al proyecto aprobado por el órgano de contratación, en un concurso convocado por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa para la redacción del proyecto y ejecución de una obra en un muelle. _____	302
A.G. ENTES PÚBLICOS 80/13 (R-735/2013)	
35.- Informe acerca de la consideración o no de la sociedad estatal PUERTO SECO DE MADRID, S.A. como poder adjudicador. _____	306
A.G. ENTES PÚBLICOS 87/13 (R-832/2013)	
36.- Informe relacionado con un proyecto de liquidación y modificado de una obra portuaria. Revisión de precios y abono de determinadas partidas no contempladas en el proyecto. _____	313
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 3/14 (R-172/14)	
37.- Informe solicitado por la Presidencia de Puerto Seco de Madrid S.A. acerca del criterio jurídico a seguir a raíz de un informe del Tribunal de Cuentas considerando a dicha sociedad como poder adjudicador en el marco del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. _____	320
A.G. ENTES PÚBLICOS 29/14 (R-502/14)	
38.- Informe sobre trámite a seguir ante la detección de determinadas unidades de obra de un proyecto de obra no aprobadas por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria. _____	324
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 30/14 (R-1033/14)	
39.- Informe sobre el procedimiento de modificación de contratos de obras de las Autoridades Portuarias cuando resulte preciso aprobar precios contradictorios durante su ejecución. _____	332
A.G. ENTES PÚBLICOS 77/15 (R-651/15)	
40.- Informe sobre el procedimiento para la adquisición, por parte de las Autoridades Portuarias, de vehículos a motor para transporte de personas y mercancías. _____	342
A.G. ENTES PÚBLICOS 95/15 (R-835/2015)	
41.- Informe sobre el devengo de intereses de demora en el caso del pago de obras realizadas al margen del contrato. _____	347
A.G. ENTES PÚBLICOS 65/16 (R – 548/2016)	
42.- Informe sobre procedencia de tramitar expediente de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto para abonar al contratista las obras ejecutadas al margen del contrato. _____	362
A.G. ENTES PÚBLICOS 71/16 (R – 587/2016)	

III.- RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO

- 43.- Informe sobre la viabilidad jurídica de solicitar préstamos de carácter colectivo con cargo a los fondos de fines sociales de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias. _____ 367
A.G. ENTES PÚBLICOS 44/11 (R-538/11)
- 44.- Informe sobre la interpretación de una cláusula de un contrato de crédito suscrito entre Puertos del Estado y la Autoridad Portuaria de Gijón. _____ 370
A.G. ENTES PÚBLICOS 73/11 (R-899/11)

IV.- RÉGIMEN TRIBUTARIO

- 45.- Informe sobre la sujeción de las Autoridades Portuarias al Impuesto sobre Sociedades por los ingresos obtenidos por ellas en concepto de tarifas por prestación de servicios. _____ 379
A.G. ENTES PÚBLICOS 39/05
- 46.- Informe sobre exigibilidad del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a la Autoridad Portuaria de Tarragona por razón de determinadas fincas sitas en la zona de servicio del puerto. _____ 403
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 5/07
- 47.- Informe sobre la sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles de los puertos e instalaciones portuarias salvo que sean de aprovechamiento de público y gratuito. Alcance del artículo 63.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, al que dio nueva redacción la Ley 16/2007, de 4 de julio. _____ 416
A.G. FOMENTO 1/11 (R-23/11)
- 48.- Informe sobre el alcance retroactivo de la disposición final cuarta de la Ley 33/2010, de modificación de la Ley 48/2003, en lo relativo al Impuesto sobre Bienes Inmuebles a satisfacer por las Autoridades Portuarias. _____ 426
A.G. FOMENTO 6/11 (R-524/11)
- 49.- Informe sobre los supuestos de no sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles en los Bienes Inmuebles de Características Especiales, consideración que tienen los puertos comerciales. _____ 433
A.G. ENTES PÚBLICOS 116/13 (R-1102/2013)
- 50.- Informe sobre el abono del IBI correspondiente a local sito en el puerto de Málaga, ocupado en virtud de convenio por un órgano de Sanidad Exterior. ___ 442
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 21/16 (R-317/16)

V.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

- 51.- Informe sobre el posible carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Autoridades Portuarias. _____ 451
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/06
- 52.- Informe sobre responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por incumplimiento del Derecho Comunitario por no haber podido beneficiarse la entidad reclamante de las bonificaciones de las tasas portuarias del buque y de los servicios generales. _____ 455
A.G. ENTES PÚBLICOS 82/11 (R-965/11)

53.- Informe sobre responsabilidad patrimonial de la Autoridad Portuaria formulada por la sucesora de la antigua Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba a consecuencia de las deudas que se ocasionaron a esta última por actuaciones de la Autoridad Portuaria, accionista mayoritario de la Sociedad. _____	462
A.G. ENTES PÚBLICOS 75/12 (R-557/12)	
VI.- RÉGIMEN PATRIMONIAL	
54.- Informe solicitado por la Dirección General del Patrimonio del Estado sobre diversas cuestiones que suscita la aplicación de la Ley 27/1992, de Puertos de Estado y de la Marina Mercante. _____	471
A.E.H. PATRIMONIO 53/94	
55.- Informe sobre el régimen jurídico aplicable con carácter general a la desafectación de los bienes de dominio público portuario con la redacción originaria de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. _	486
A.E.H. PATRIMONIO 31/96	
56.- Informe sobre la existencia o no de adscripción demanial a una Comunidad Autónoma de unos terrenos de dominio público afectados a una concesión administrativa. _____	499
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 12/98	
57.- Informe sobre diversas cuestiones suscitadas por la inmatriculación en el Registro de la Propiedad y posterior desafectación de un inmueble en el que se encontraba ubicado el Centro Técnico de Señales Marítimas. _____	510
A.E.H. PATRIMONIO 44/99	
58.- Informe sobre la adscripción o afectación de una parcela de terreno ganada al mar que quedó integrada en la zona de servicio del puerto. _____	519
A.E.H. PATRIMONIO 64/99	
59.- Informe solicitado por al Autoridad Portuaria sobre posibilidad de que dicha entidad enajene, previa su desafectación, determinados terrenos sitios en la zona de servicio del puerto. _____	528
A.G. ENTES PÚBLICOS 24/01	
60.- Informe sobre la naturaleza y titularidad de determinados terrenos adquiridos por expropiación forzosa, en especial de los que correspondía a una Autoridad Portuaria, en virtud de su participación en un proindiviso constituido con otras entidades públicas. _____	539
A.G. ENTES PÚBLICOS 76/06	
61.- Informe sobre la naturaleza y situación de una parcela ocupada por el edificio de la Comandancia de Marina sito en la zona de servicio del puerto. ___	546
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICO 10/08	
62.- Informe sobre el procedimiento a seguir para desafectar del uso portuario una franja de terreno de la zona de servicio del puerto y afectarla, a su vez, a los fines de la Dirección General de Carreteras. _____	555
A.G. ENTES PÚBLICOS 1/10	
63.- Informe sobre la posibilidad de adjudicación de una concesión a una sociedad, en la que una Autoridad Portuaria participa en un 20%, a la vista de la redacción del artículo 50.1 de la Ley 48/2003, hoy 46.1 del TRLPEMM. _____	561
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 25/11 (R-1369/11)	

64.- Informe sobre diversas cuestiones relativas a la solicitud de autorización de uso presentada por la Generalitat valenciana para la celebración del Gran Premio de Fórmula 1 sobre determinados espacios integrados en el patrimonio público del Consorcio Valencia 2007 (bienes demaniales adscritos por la Autoridad Portuaria. _____	563
A.G. ENTES PÚBLICOS 49/11 (R-590/11)	
65.- Informe sobre la procedencia de que se satisfaga la compensación presupuestaria prevista en el artículo 71 de la Ley 50/1998, por razón de una transferencia de un inmueble de la Comandancia Militar de Marina a una Autoridad Portuaria. _____	566
A.G. DEFENSA 1/12 (R-264/12)	
66.- Informe sobre determinadas cuestiones relacionadas con la solicitud de ampliación de un acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba a una Autoridad Portuaria a ceder determinados bienes patrimoniales de esa entidad pública a un Ayuntamiento. _____	573
A.G. ENTES PÚBLICOS 127/12 (R-1114/12)	
67.- Informe sobre inversiones y desinversiones de las Autoridades Portuarias. ____	595
A.G. ENTES PÚBLICOS 68/13 (R-650/2013)	
68.- Informe sobre los trámites procedimentales que deban seguirse para la enajenación de acciones y participaciones sociales de entidades mercantiles de las que sean titulares las Autoridades Portuarias, más concretamente, si es necesaria la previa autorización del Consejo de Ministros cuando el precio de la enajenación de las acciones o participaciones sociales sea superior a 10 millones de euros. _____	598
A.G. ENTES PÚBLICOS 75/2013 (R-679/13)	
69.- Informe sobre la compra por parte de la una entidad de una parcela de la Zona de Actividades Logísticas del Puerto de Valencia. _____	603
A.G. ENTES PÚBLICOS 90/13 (R-875/13)	
70.- Informe sobre la prerrogativa de la inembargabilidad de los bienes titularidad de las Autoridades Portuarias. _____	608
A.G. ENTES PÚBLICOS 109/13 (R-928/2013)	
71.- Informe sobre la situación jurídica de la carretera Bilbao-Las Arenas, desafectada del dominio público portuario por Orden del Ministerio de Fomento. Examen de la naturaleza jurídica de los terrenos ocupados por la carretera. Regularización actual de los terrenos indicados. _____	611
A.G. ENTES PÚBLICOS 23/14 (R-412/14)	
72.- Informe sobre actuaciones a practicar tras una sentencia judicial en relación a determinados terrenos incluidos en un Convenio suscrito por la Autoridad Portuaria de Vigo, el Consorcio de la Zona Franca de Vigo y el Instituto Galego da Vivienda e Solo para el desarrollo de una Plataforma Logística. _____	621
A.G. ENTES PÚBLICOS 51/14 (R-730/14)	
73.- Informe sobre el régimen y situación jurídica del terreno y del edificio donde se ubica la Aduana, así como sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha situación con el fin de determinar la instalación de un museo. _____	637
A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 8/15 (R-275/15)	

- 74.- Informe sobre imputación de los gastos por bienes, servicios y suministros de los espacios cedidos por las Autoridades Portuarias a la AEAT en los que la Guardia Civil realiza funciones de Resguardo Fiscal. _____ 648
A.G. AEAT 1/2015 (R-799/15)
- 75.- Informe sobre el procedimiento que ha de seguir una Autoridad Portuaria para adquirir unos terrenos para construir una estación ferroviaria intermodal. _____ 656
A.G. ENTES PÚBLICOS 44/16 (R-388/2016)
- 76.- Informe sobre la enajenación directa de un inmueble a un Ayuntamiento por parte de una Autoridad Portuaria. _____ 661
A.G. ENTES PÚBLICOS 104/16 (R – 990/2016)

VII.- RÉGIMEN DE RECURSOS HUMANOS

- 77.- Sujeción de las Autoridades Portuarias al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 49/1998, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 para la contratación de personal laboral, así como para el incremento de las retribuciones del mismo. _____ 665
A.G. ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 1/99
- 78.- Informe sobre la procedencia de la jubilación forzosa a los 65 años de un empleado de una Autoridad Portuaria por aplicación de lo establecido en el Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y determinadas Autoridades Portuarias. _____ 674
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 3/04
- 79.- Informe sobre la posible atipicidad de los hechos denunciados en una causa tramitada contra el Presidente de una Autoridad Portuaria por un delito de obstrucción a la justicia por haber quedado conculcada la integridad moral de los denunciantes, trabajadores de la Autoridad Portuaria. _ 688
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 15/07
- 80.- Informe sobre la posibilidad de que se actualicen las retribuciones de cualquiera de los colectivos en 1 de enero de cada año según el porcentaje determinado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. _____ 695
A.G. ENTES PÚBLICOS 8/09
- 81.- Informe sobre la aplicación de la resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horario de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias. _____ 701
A.G. ENTES PÚBLICOS 25/13 (R-223/2013)
- 82.- Informe sobre la naturaleza del vínculo que une a las Autoridades Portuarias con sus Directores y consecuencias de ello en su régimen retributivo. _____ 706
A.G. ENTES PÚBLICOS 74/16 (R –603/2016)

VIII.- RÉGIMEN DE PLANIFICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LOS PUERTOS DE INTERÉS GENERAL.

- 83.- Informe sobre determinadas cuestiones planteadas entre una Autoridad Portuaria y la Jefatura Provincial de Costas con motivo de la ejecución de las obras de ampliación de un puerto _____ 725
A.G. MEDIO AMBIENTE 1/99

84.- Informe sobre el instrumento urbanístico que haya de elaborarse para el desarrollo de la zona de servicio de un puerto de interés general _____	743
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 7/04	
85.- Informe sobre determinadas cuestiones atinentes a los planes especiales o instrumentos equivalentes a que se refiere el artículo 18 de la Ley 27/1992- hoy 56 del Texto Refundido _____	754
A.G. ENTES PÚBLICOS 68/07	
86.- Informe sobre posibilidad de ejecución de unas obras en la dársena deportiva de un puerto en ausencia de Plan de Utilización de los Espacios Portuarios y de Plan Especial. _____	760
A.G. ENTES PÚBLICOS 156/08	
87.- Informe sobre los efectos que produce la anulación de un Plan especial de un puerto sobre un concurso convocado por la Autoridad Portuaria para el otorgamiento de una concesión. _____	770
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 29/10 (R-1174/2010)	

IX. MEDIO AMBIENTE Y SEGURIDAD

88.- Informe sobre la delimitación de competencias entre las Autoridades Portuarias y la Administración Marítima para sancionar vertidos ilegales en las aguas comprendidas en las zonas de servicio de los puertos. _____	783
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 14/95	
89.- Informe sobre el alcance de las competencias de las Autoridades Portuarias en materia de protección civil, especialmente en materia de prevención y control de emergencias en las que intervienen varias Administraciones Públicas. _____	798
A.G. ENTES PÚBLICOS 44/13 (R-459/2013)	
90.- Informe sobre la atribución a las Autoridades Portuarias de la función de control de cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades establecida en el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a la vista del artículo 65.1 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, consecuencia de la modificación introducida en el artículo 132.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, por la Ley 33/2010, de 5 de agosto _____	817
A.G. ENTES PÚBLICOS 62/13 (R-585/13)	
91.- Informe sobre la posible derogación del artículo 24 del Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Explosivas en los Puertos por el artículo 265 del Reglamento de Explosivos _____	825
A.G. ENTES PÚBLICOS 28/14 (R-481/14)	

TOMO II

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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 7/07	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/07	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 21/07	
107.- Informe sobre la aplicación de la disposición transitoria quinta de la Ley 48/2003, a determinadas concesiones otorgadas por una Autoridad Portuaria. _____	151
A.G. ENTES PÚBLICOS 65/07	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 5/08	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/08	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 22/08	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 156/08	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 98/09	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 23/09	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/11(R-146/11)	

115.- Informe sobre determinadas operaciones de división y transmisión de unas concesiones derivadas de una concesión inicial _____	226
A.G. ENTES PÚBLICOS 73/12(R-509/12)	
116.- Informe sobre los requisitos para otorgar una prórroga de una concesión portuaria _____	230
A.G. ENTES PÚBLICOS 97/12 (R-857/12)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 130/12 (R-1150/12)	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/13 (R-3/2013)	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 6/2013 (R-187/13)	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 7/13 (R-191/2013)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 95/13 (R-949/2013)	
122.- Informe sobre la posición jurídica del concesionario y del cesionario de uso de las concesiones sobre el dominio público portuario. _____	283
A.G. ENTES PÚBLICOS 16/14 (R-263/14)	
123.- Informe sobre cancelación de un aval bancario constituido en garantía de las obligaciones contraídas por el otorgamiento de una concesión portuaria. ____	297
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 21/14 (R-752/14)	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 17/14(R-716/14)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 56/14(R-774/14)	

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
A.G. ENTES PÚBLICOS 9/15 (R-106/15)	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/15 (R-105/15)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 17/15 (R. 139/15)	
129.- Informe sobre la reversión de obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario en los supuestos de prórroga del plazo concesional _____	337
A.G. ENTES PÚBLICOS 86/15 (R-745/15)	
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
A.G.-ENTES PÚBLICOS 18/16 (R-174/16)	
131.- Informe sobre la valoración de la lámina de agua del puerto de Vigo en ejecución de sentencia _____	347
A.G. ENTES PÚBLICOS 21/16 (R-195/16)	
132.- Informe sobre la constitución de hipoteca sobre una concesión portuaria. ____	351
A.G. ENTES PÚBLICOS 58/16 (R – 508/2016)	
133.- Informe sobre la preferencia de atraque reconocida a algunos concesionarios en espacios no incluidos en el ámbito de la concesión. _____	356
A.G. ENTES PÚBLICOS 45/2016 (R – 416/2016)	
134.- Informe sobre eventual limitación para la participación en un expediente de competencia de proyectos. _____	363
A.G. ENTES PÚBLICOS 72/16 (R-589/2016)	

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
A.G. ENTES PÚBLICOS 2/99	
136.- Informe sobre competencias de las Autoridades Portuarias en materia de extinción de incendios producidos en la zona de servicio de los puertos. _____	384
A.G. ENTES PÚBLICOS 11/03	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/05	

- 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 practica 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
A.G. ENTES PÚBLICOS 6/97	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 2/98	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 16/99	
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
A.G. INTERIOR 2/00	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 6/05	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 4/06	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 65/07	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 27/08	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 13/08	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/09	

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
A.G. ENTES PÚBLICOS 71/09	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 106/09	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 122/09	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 23/10	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 38/10	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 87/2010 (R-1179/10)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 2/11 (R-95/11)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 5/11 (R-124/11)	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 27/11 (R-1881/11)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 66/11 (R-819/11)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 107/11 (R-1426/11)	

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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/12 (R-540/12)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 76/12 (R-569/12)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 52/13 (R-542/2013)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 8/14(R-166/14)	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 9/14(R-446/14)	
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
A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 21/14(R-693/14)	
174.- Informe sobre posible estimación de un recurso de reposición contra determinadas providencias de apremio de liquidaciones giradas en concepto de tasas portuarias. _____	724
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 27/14 (R-981/14)	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 8/15 (R-92/15).	
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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/15 (R-120/15)	
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
A.G. ENTES PÚBLICOS 41/15 (R-393/15)	

- 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
A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 14/15 (R-453/15)
- 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
A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 26/15 (R-826/15)
- 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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 25/15 (R-869/2015)
- 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
A.E. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 14/16 (R-300/2016)

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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/05
- 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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 12/05
- 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
ENTES PÚBLICOS 8/06
- 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
A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 29/14 (R-1017/14)

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)

I.- ADMINISTRACIÓN PORTUARIA ESTATAL

I.- ADMINISTRACION PORTUARIA ESTATAL

1.- Régimen de impugnación de los acuerdos dictados por las Autoridades Portuarias con la redacción originaria de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Resumen

Consulta acerca de si los acuerdos dictados por las Autoridades Portuarias en el ejercicio de sus potestades administrativas agotan la vía administrativa o por el contrario, son susceptibles de un recurso en dicha vía ante otro Ente u órgano (Puertos del Estado, MOPMMA), la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado entiende que:

- 1.- Conforme al ordenamiento vigente los actos de las Autoridades Portuarias no son susceptibles de recurso alguno en vía administrativa (arg. art. 37.2 LRJCA);
- 2.- No obstante lo anterior, podría introducirse por vía reglamentaria un recurso administrativo contra aquellos actos ante el Ente público Puertos del Estado o, en su caso, ante el MOPTMA (arg. disp. finales la y 3a Ley de Puertos y disp. adicional 3a y final de la Ley 30/92).

Ref.: A.G MOPT 15/93

Fecha : 7 de diciembre 1993

Ponente: Luis Pérez de Ayala Becerril

Texto del informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta relativa al régimen de impugnación de los acuerdos dictados por las Autoridades Portuarias en el ejercicio de potestades administrativas y, a la vista de dicha consulta, procede a emitir el siguiente dictamen:

- I -

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en lo sucesivo, LPEMM) establece una nueva organización de la Administración portuaria del Estado, que se describe y regula en la normativa contenida en el capítulo II del título I de la Propia Ley, dedicada al Ente público "Puertos del Estado" y a las Entidades que denomina "Autoridades Portuarias."

El primer precepto que interesa destacar aquí, dentro del marco normativo señalado, es el artículo 24 de la LPEMM, que dispone lo siguiente:

"1. Se crea, adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, con la denominación de "Puertos del Estado", un Ente de Derecho Público, de los previstos en el apartado 5 del artículo 6 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria.

Corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Transportes la aprobación del plan anual de objetivos de Puertos del Estado, establecer el sistema para su seguimiento y, sin perjuicio de otras competencias, ejercer el control de eficacia de la Entidad de acuerdo con la normativa vigente. Reglamentariamente, se establecerán los instrumentos y procedimientos oportunos para el ejercicio de dichas competencias.

2. El Ente Público Puertos del Estado, que tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, así como plena capacidad de obrar, ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el Ordenamiento le atribuya, y se regirá por lo dispuesto en esta Ley, en las normas que la desarrollen y en cuantas otras le sean de aplicación (...).

3. Los actos dictados por Puertos del Estado en el ejercicio 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”

Por su parte, las Autoridades Portuarias aparecen contempladas en el artículo 35, a cuyo tenor:

- “1. 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.
2. Se regirán por la presente Ley, la Ley General Presupuestaria y demás disposiciones que les sean de aplicación, estando excluidas de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, y actuarán con sujeción 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 atribuye (...).
3. Las Autoridades Portuarias desarrollarán las funciones que se les asigna en esta Ley bajo el principio general de autonomía de gestión, sin perjuicio de las facultades atribuidas en la misma a Puertos del Estado y las de tutela y fiscalización que sobre ellas ostente el Ministerio de Obras Públicas y transportes (...).”

Sin perjuicio de que a lo largo del presente dictamen resulte preciso citar otros preceptos de la LPEMM, los artículos transcritos son suficientes para obtener una primera aproximación a la configuración tanto de las Autoridades Portuarias como del Ente Público Puertos del Estado. En efecto, ambos se califican como entidades de Derecho Público de las previstas en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria (en adelante, LGP). Conviene recordar que el artículo 6 de la LGP se refiere en sus apartados 1 a 4 a las denominadas sociedades estatales, caracterizadas en general por su sometimiento al ordenamiento jurídico privado para, posteriormente, en su apartado 5, contemplar al “resto de Entes del sector público estatal”, que se rigen por su normativa específica, por las disposiciones de la propia LGP que expresamente se refieran a ellos y, con carácter supletorio, por las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas. Se trata, pues, de una categoría residual (aunque cada vez más numerosa) de entes públicos instrumentales respecto de los que, a diferencia de lo que ocurre con los organismos autónomos y con las sociedades estatales, apenas pueden predicarse notas comunes que permitan afirmar la existencia de un régimen jurídico aplicable a todos ellos. Cada uno de estos entes se regirá, pues, por su normativa específica, y a ella habrá de acudir, en primer lugar, para resolver cualesquiera dudas que en relación con los mismos se planteen.

De acuerdo con lo anterior, no procede en principio acudir a la LGP ni a la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958 (texto este último expresamente excluido de aplicación a las Autoridades Portuarias, a tenor del artículo 35.2 de la LPEMM), sino centrarse en la propia LPEMM, y supliendo sus lagunas con la normativa propia de cada materia.

-II-

La consulta formulada puede, a efectos de un mejor análisis de la cuestión, descomponerse en dos interrogantes sucesivos: en primer lugar, si los actos dictados por las Autoridades Portuarias agotan la vía administrativa; en segundo lugar, y para el caso de que la respuesta a lo anterior fuera negativa, sería preciso determinar el órgano competente para conocer de los recursos que se interpongan contra los acuerdos de dichas Autoridades.

Partiendo de este planteamiento debe examinarse, ante todo, la posibilidad de que ciertos actos dictados por las Autoridades Portuarias queden sujetos al régimen propio de los actos administrativos. Como ya ha podido observarse, el artículo 35.2 LPEMM somete a las Autoridades Portuarias al ordenamiento jurídico privado, "...salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el Ordenamiento les atribuye." Es decir, existen esferas de actuación de las Autoridades Portuarias que se regirán por el ordenamiento privado, y por tanto quedarán sometidas, en caso de litigio, a la jurisdicción civil o social. Pero, por otra parte, las Autoridades Portuarias pueden dictar actos administrativos que han de sujetarse, en principio, al régimen propio de tales actos, en términos por lo menos semejantes a los que dicten otras Administraciones Públicas.

Puede conectarse en este punto la LPEMM con lo prevenido en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LRJ-PAC), conforme al cual "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." En virtud del precepto transcrito, y asimilando sin dificultad alguna la expresión "ejercicio de potestades administrativas" que la LRJ-PAC emplea, a la de "ejercicio de las funciones de poder público", que es la utilizada por la LPEMM, no cabe duda que cuando las Autoridades Portuarias ejerzan potestades administrativas quedarán sometidas a la LRJ-PAC. Y esta línea, se plantea si los actos que dicten las reiteradas Autoridades en el ejercicio de tales potestades son o no susceptibles de recurso en vía administrativa.

El artículo 107 LRJ-PAC establece en su apartado 1 que "contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario a que se refiere la sección 2ª de este capítulo".

Por su parte, el artículo 109 del mismo texto legal dispone que "ponen fin a la vía administrativa:

- a) Las resoluciones de los recursos ordinarios.
- b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2.
- c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- d) Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca".

Las dificultades que surgen para considerar que los actos dictados por las Autoridades Portuarias son susceptibles de recurso ordinario radican, fundamentalmente, y tal y como afirma el Servicio Jurídico del MOPTMA, en que las Autoridades Portuarias carecen, "stricto sensu", de superior jerárquico, por lo que podrían entenderse incluidas en el apartado c) del transcrito artículo 109 LRJ-PAC. El propio Servicio consultante considera, sin embargo, que puede deducirse una cierta relación de jerarquía de las funciones de control de la gestión portuaria que el artículo 23 LPEMM atribuye al Ente Público Puertos del Estado, lo que conduciría a estimar que dicho Ente es, en cierta medida, superior jerárquico de las Autoridades Portuarias y, por consiguiente, cabría admitir la posibilidad de un recurso ordinario interpuesto ante aquél frente a los actos administrativos dictados por las Autoridades en cuestión. Añade el Servicio Jurídico en el MOPTMA, como argumentos en favor de la tesis que acaba de exponerse, que las funciones reconocidas en los artículos 25 y 26 de la LPEMM a Puertos del Estado hacen suponer la existencia de dicha relación de dependencia jerárquica, y que lo mismo se colige de la no inclusión, entre los órganos con competencia sancionadora (ex artículo 123 del mismo texto), del Ente Público Puertos del Estado.

Por otra parte, y como argumento derivado de una interpretación a contrario de la LPEMM, no debe olvidarse que mientras el artículo 24.3 de dicha Ley establece expresamente que los actos del Ente público Puertos del Estado agotan la vía administrativa, el artículo 35 del mismo texto, referido a las Autoridades Portuarias, no contiene una previsión similar, lo que podría dar a entender que los actos de dichas entidades no agotan la vía administrativa.

No cabe duda que las funciones que se atribuyen a Puertos del Estado en relación con las Autoridades Portuarias, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 LPEMM, permiten sostener razonablemente una cierta relación de control o tutela, próxima a la de estricta jerarquía: así, Puertos del Estado define los objetivos generales de gestión de las Autoridades Portuarias (apartado a del citado artículo 26), coordina la actuación de éstas (apartado b), aprueba su programación financiera y de inversiones (apartado c), fija los criterios reguladores de las relaciones económicas y comerciales de las Autoridades Portuarias entre sí (apartado d), controla la eficiencia de la gestión y el cumplimiento de los objetivos estratégicos fijados para cada una de ellas (apartado f), autoriza su participación en sociedades mercantiles (apartado g), establece los criterios generales para la contratación de su personal directivo (apartado i), coordina la política comercial de todas ellas (apartado m), etc.; en suma, la tutela del Ente Público Puertos del Estado sobre las Autoridades Portuarias se manifiesta en diversas formas.

- III-

Ahora bien, al margen de la existencia o no de relaciones tutelares o cuasi jerárquicas, no debe olvidarse que lo que permite la revisión de un acto en vía administrativa por un órgano distinto del que lo dictó es precisamente la estricta jerarquía, que difícilmente se da en las relaciones entre los entes instrumentales de una misma Administración Pública matriz (en el caso, el Estado). En particular, existe un obstáculo normativo de gran entidad para admitir que los actos de las Autoridades Portuarias deban ser recurridos en vía administrativa ante Puertos del Estado, que es el tenor literal del artículo 37.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27 de diciembre de 1956, en cuya virtud “Los actos de las Corporaciones e Instituciones a que se refiere el artículo 1º, párrafo 2, apartado c), podrán ser objeto directamente del recurso contencioso-administrativo, salvo que, de modo expreso, fueran susceptibles de recurso en vía administrativa ante cualquier otro organismo o entidad”. Las Corporaciones e Instituciones a que se refiere precisamente el artículo 1, párrafo 2, c) de la propia Ley son las de carácter público sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local.

Conocida es la polémica, tanto doctrinal como jurisprudencial, que se entabló sobre el alcance y vigencia de este precepto en relación con el artículo 76 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, el cual estableció lo siguiente:

- “1. Contra los actos administrativos y disposiciones generales de los Organismos Autónomos podrán los interesados interponer los recursos de reposición, alzada y revisión, en los mismos casos, plazo y forma que determinan las Leyes vigentes respecto de los actos e la Administración Central del Estado, con las salvedades que se exponen a continuación.
2. Siempre que en la Ley de creación del Organismo o en sus disposiciones complementarias no se determine expresamente otra cosa, corresponderá al Ministro del Departamento a que aquél esté adscrito conocer del recurso de alzada contra los actos del órgano supremo del mismo”.

No obstante la aparente disconformidad entre los dos preceptos transcritos, la jurisprudencia optó mayoritariamente por admitir los denominados “recursos de alzada impropios” contra los actos de los Organismos Autónomos y ante el Ministro del Departamento correspondiente (así, sentencias del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1978, Ar. 4182; 20 de septiembre de 1982, Ar. 4881; y 26 de enero de 1983, Ar. 365; entre otras. En contra, sentencias de 13 de abril de 1981, Ar. 1841; y 9 de mayo de 1983, Ar. 2900; también entre otras). Ahora bien, el hecho

de que se reconozca, en mayor o menor medida, la subsistencia de la alzada impropia, que ha de ser sustituida por el recurso calificable como "ordinario impropio" tras la LRJ-PAC, debe considerarse como una excepción al artículo 37.2 LJCA. Y dicha excepción no puede aplicarse al supuesto que está siendo analizado: en primer lugar, porque las Autoridades Portuarias no son Organismos Autónomos, sino entes del artículo 6.5 LGP, a los que ha de reconocerse -a la vista del régimen legal que les es aplicable- una menor dependencia jerárquica y funcional de la Administración del Estado que a los Organismos Autónomos. Además, y como ya se señaló más arriba, el artículo 35.2 LPEMM excluye de forma expresa la aplicación de la ley de Entidades Estatales Autónomas a las Autoridades Portuarias.

Cabe, por tanto, afirmar que cualquiera que sea la calificación que haya de darse a las relaciones entre el ente Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, el artículo 37.2 LJCA impide que los actos dictados por éstas sean recurridos ante aquél y conduce a concluir que tales actos agotan la vía administrativa y son susceptibles de ser recurridos directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

- IV -

Ahora bien, la conclusión que acaba de alcanzarse puede llevar a desvirtuar en alguna medida el régimen teórico de tutela que el legislador quiso diseñar en la LPEMM para los Entes de que se viene tratando. Cabe, por ello, apuntar una alternativa que permita a Puertos del Estado revisar, en vía de recurso, los actos dictados por las Autoridades Portuarias, de modo que dicha vía pueda ser uno de los medios para obtener la deseada coordinación en la actuación de aquellas Autoridades.

Conforme se ha indicado en el fundamento jurídico anterior, no cabe duda que las relaciones entre uno y otros Entes son susceptibles de calificarse como cuasi jerárquicas. Al amparo de ello, bastaría con una previsión expresa normativa para entender salvado el obstáculo que implica el artículo 37.2 LJCA. Ha de tenerse en cuenta que las disposiciones finales primera y tercera de la LPEMM reconocen una potestad reglamentaria al amparo de la cual, y en desarrollo de las relaciones entre ambos entes públicos, sería posible recoger el recurso administrativo contra los actos dictados por las Autoridades Portuarias, del cual podría conocer tanto el Ente público Puertos del Estado como el Ministro de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente. No debe olvidarse, además, que la entrada en vigor de la LRJ-PAC ha motivado la necesidad de adaptar a la misma tanto los procedimientos preexistentes (cfr. disposiciones adicional tercera y final de la propia LRJ-PAC) como determinadas relaciones interadministrativas, por lo que sería posible emplear tal adaptación para perfilar de modo concreto la existencia de facultades revisoras de los actos de las Autoridades Portuarias por parte del Ente público Puertos del Estado.

Por todo lo expuesto, esta Dirección General formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- El artículo 37.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no permite exigir a los interesados que recurran en vía administrativa ante el Ente público Puertos del Estado contra los actos dictados por las Autoridades Portuarias en el ejercicio de las funciones de poder público y potestades administrativas que el Ordenamiento les atribuye.

Segunda.- Para concluir que tales actos son susceptibles de recurso en vía administrativa ante el Ente público Puertos del Estado -o, en su caso, ante el Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente- sería necesaria una expresa previsión normativa al respecto, pudiendo utilizarse la vía reglamentaria en los términos que se indican en el apartado IV de este informe.

2.- Cuestiones relacionadas con la solicitud de compatibilidad presentada por un Abogado del Estado para ejercer una segunda actividad pública en el ente público Puertos del Estado.

Resumen

Cuestiones relacionadas con la compatibilidad presentada por un Abogado del Estado para ejercer una segunda actividad pública en el ente público Puertos del Estado. Necesidad, en todo caso, de obtener la previa declaración de compatibilidad. Aplicación a los supuestos comprendidos en el ámbito del Real Decreto 685/1993, de 7 de mayo. Los límites retributivos del artículo 7 de la Ley 53/1984 no operan en el presente caso por decisión expresa del Consejo de Ministros. Compatibilidad de las jornadas de trabajo de las dos actividades públicas sometidas a compatibilidad.

Ref.: A.G. MOPTMA 3/95

Fecha: 22 de marzo de 1995

Ponente: Francisco Sanz Gandasegui

Texto del informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.I. sobre diversas cuestiones relacionadas con la solicitud de compatibilidad presentada por el Abogado del Estado D. para ejercer una segunda actividad pública en el ente público Puertos del Estado.

En relación con las citadas cuestiones, se procede a informar en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

- 1) La Dirección General de Recursos Humanos del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (MOPTMA) solicita informe sobre diversas cuestiones relacionadas con la solicitud de compatibilidad formulada por el Abogado del Estado D. para prestar una segunda actividad en el ente público Puertos del Estado.

El ente público Puertos del Estado y el Sr. suscribieron, con fecha 1 de octubre de 1993, un contrato de trabajo a tiempo parcial, amparándose para ello en las previsiones del Real Decreto 685/1993, de 7 de mayo, sobre asistencia jurídica a los entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, y, concretamente, en la cláusula cuarta del convenio (cuyo modelo figura como anexo a la citada disposición) de asistencia jurídica entre la Administración del Estado (Ministerio de Justicia, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado) y el ente público Puertos del Estado. En dicha cláusula se establece lo siguiente:

“Para la debida efectividad y coordinación de la asistencia jurídica que se establece en el presente convenio, las Autoridades Portuarias designarán como Secretario o vocal o, en su defecto, como asistente con voz pero sin voto en sus respectivos Consejos de Administración, a un Abogado del Estado integrado en el Servicio Jurídico del Estado.

Del mismo modo, el ente público Puertos del Estado designará como Secretario o vocal o, en su defecto, como asistente con voz pero sin voto en su Consejo Rector a un Abogado del Estado integrado en el Servicio Jurídico del Estado, quien ocupará dicho puesto en régimen laboral, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.”

El convenio de que aquí se trata fue suscrito efectivamente entre la Ilma. Sra. Subsecretaria de Justicia y el Presidente de Puertos del Estado, con fecha de 1 de octubre de 1993, acor-

dándose en la cláusula segunda del anexo al propio convenio que “el Ente Público Puertos del Estado, con cargo a su presupuesto, abonará al Abogado del Estado asistente a las reuniones de su Consejo Rector la cantidad de 4.000.000 de pesetas íntegras anuales, distribuidas en 12 mensualidades, y, conforme a la cláusula cuarta, párrafo segundo del Convenio, celebrará con él un contrato laboral en los términos del artículo 3.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre”

- 2) La Inspección General de Servicios del Ministerio para las Administraciones Públicas instó en su día al Sr. para que solicitara la autorización de compatibilidad para desarrollar su segunda actividad pública por cuenta del ente público Puertos del Estado, requiriéndole para que cesara en dicha actividad hasta tanto se resolviera su solicitud. Cumpliendo lo requerido, el Sr. cesó en su actividad laboral en el mencionado ente público y solicitó la declaración de compatibilidad.
- 3) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LI), la citada Inspección de Servicios solicitó informe a la Subsecretaría del MOPTMA, dando así origen a la consulta formulada a este Centro, cuyo contenido da lugar al planteamiento de tres cuestiones:
 - a) La exigencia, en el presente caso, de someter el desempeño de la segunda actividad en el sector público a la previa declaración de compatibilidad;
 - b) La procedencia o no del otorgamiento de dicha compatibilidad, habida cuenta el límite retributivo impuesto por el artículo 7 de la LI;
 - c) El tiempo de la prestación de los servicios del Sr. al ente público Puertos del Estado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

-I-

El artículo 1 de la LI establece como principio general la incompatibilidad, para el personal incluido dentro del ámbito de aplicación de dicha norma, del desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo los supuestos previstos en la propia Ley.

Entre las salvedades apuntadas por el precepto citado (que permitirían el desempeño de una segunda actividad en el sector público) se encuentran las previstas en el artículo 3.1 de la propia LI, según el cual “el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley sólo podrá desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público en los supuestos previstos en la misma para las funciones docente y sanitaria, en los casos a que se refieren los artículos 5 y 6 y en los que, por razón de interés público, se determinen por el Consejo de Ministros, mediante Real-Decreto, u órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus respectivas competencias; en este último supuesto la actividad sólo podrá prestarse en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada, en las condiciones establecidas por la legislación laboral ...”

Los supuestos a los que se refiere, directamente o por remisión, la LI en su artículo 3 son los previstos en la misma para las funciones docentes y sanitarias, el desempeño de cargos electivos en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y en las Corporaciones Locales (artículo 5), el ejercicio, “excepcionalmente” y previa autorización, de actividades de investigación, de carácter no permanente o de asesoramiento en supuestos concretos (artículo 6), y, finalmente, el que aquí interesa analizar, es decir, los supuestos que, “por razón de interés público, se determinen por el Consejo de Ministros, mediante Real-Decreto, u órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus respectivas

competencias; supuesto en el que, como ya se indicó, “la actividad sólo podrá prestarse en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada, en las condiciones establecidas por la legislación laboral”.

- II -

La principal cuestión que plantea la interpretación de este último supuesto es -como apunta la consulta- si el desempeño de la segunda actividad en tal caso se somete al régimen previsto en el resto del precepto, esto es, a la previa declaración de compatibilidad, o si, por el contrario, tal autorización no es necesaria. En efecto, el artículo 3 de la LI dispone en los párrafos segundo y tercero de su apartado 1 lo siguiente:

“Para el ejercicio de la segunda actividad será indispensable la previa y expresa autorización de compatibilidad, que no supondrá modificación de jornada de trabajo y horario de los dos puestos y que se condiciona a su estricto cumplimiento en ambos.

En todo caso la autorización de compatibilidad se efectuará en razón del interés público”.

El precepto en cuestión puede entenderse en el sentido de que la totalidad de los supuestos mencionados en su apartado 1 exigen que la segunda actividad sea ejercida previa la declaración de compatibilidad, avalando esta interpretación el hecho de que en el resto del precepto no se establece excepción alguna en relación con los supuestos previstos en el apartado 1, entre los que se encuentra el que constituye objeto de informe. Siguiendo este criterio (que es el postulado por el Ministerio para las Administraciones Públicas), sería necesario que la persona que quisiera desempeñar la segunda actividad solicitase como requisito previo (en concordancia con el artículo 10 de la LI) la correspondiente declaración de compatibilidad.

No obstante, el precepto podría entenderse también en el sentido de que, en estos casos excepcionales, la autorización la otorga directamente el Consejo de Ministros sin necesidad de acuerdo expreso de otro órgano de la Administración, apoyándose en el dato de que el criterio que debe seguir la Administración para conceder o denegar la autorización es el de la concurrencia de interés público para autorizar la compatibilidad, siendo evidente que, apreciado este extremo por el Consejo de Ministros, resultaría innecesario cualquier pronunciamiento sobre este punto, es más, en virtud del principio de jerarquía no sería posible que un órgano inferior pudiera entrar en contradicción con el criterio del Gobierno, órgano superior de la Administración General del Estado.

De las dos interpretaciones señaladas, este Centro se inclina por la primera, es decir, por la exigencia también en estos supuestos de previa autorización de la compatibilidad, entre otras razones porque la propia cláusula cuarta del convenio objeto de análisis, al remitirse expresamente al artículo 3.1 de la LI, así exige entenderlo. De acuerdo con el sistema legal, mediante el procedimiento de declaración de compatibilidad, la Administración toma conocimiento de la designación de una persona para el desempeño de dos puestos de trabajo retribuidos por el sector público y controla el cumplimiento de los requisitos establecidos por la LI en lo que se refiere a la idoneidad de los solicitantes. Ahora bien, en casos como el que aquí se examina, si el solicitante es idóneo, el órgano competente ha de otorgar la compatibilidad, por ser un acto debido. En efecto, en estos supuestos, tal y como se acaba de apuntar, la determinación del interés público que justifica la excepción de la regla general de incompatibilidad de actividades es decidida por el propio Gobierno, sin que lógicamente quepa a ninguna autoridad inferior discutir ni examinar su procedencia, lo que justifica el carácter de acto debido al que se acaba de hacer referencia. Además, la prestación de la segunda actividad no se realiza como en los demás supuestos, sino mediante un especial régimen laboral a tiempo parcial, todo lo cual viene a apoyar el que en estos casos la Ley habilita al Gobierno, por razón del interés público que sólo dicho órgano puede apreciar, a que se autorice que una persona sujeta a la LI pueda desempeñar excepcionalmente una segunda actividad. La

especialidad de este supuesto determina que, aunque sea aplicable el sometimiento del ejercicio de la segunda actividad a la previa autorización de un órgano subordinado al Consejo de Ministros (salvo que el propio Gobierno así lo dispusiera), dicho órgano no es libre de otorgar o no la autorización, sino que está obligado a concederla.

El carácter excepcional de esta previsión determina también que pueda separarse del régimen general de la LI, y, en especial, que no impere el límite retributivo previsto en el artículo 7.1 de la LI. En efecto, la intervención del Consejo de Ministros autorizando el desempeño de la segunda actividad pública excluye en este caso la aplicación de dicho límite retributivo. Así se deduce de la dicción de la cláusula cuarta del convenio, transcrita en el antecedente 1) de este informe, que se remite al artículo 3.1 de la LI, pero no al artículo 7 que es el que establece el límite retributivo, de lo cual se deduce que el Gobierno ha excepcionado este supuesto del límite señalado para los demás casos.

Esta conclusión se confirma si se analizan “a contrario sensu” otros supuestos en los que el Gobierno ha hecho uso de la previsión del artículo 3.1 de la LI. Así ocurre con el artículo 3.2 del Real Decreto 474/1993, de 2 de abril (en relación a los contratos de la Exposición universal de Sevilla, de idéntica redacción al caso -concretamente el Real Decreto 1120/ 1991, de 21 de julio, disposición adicional tercera, 2- citado en el oficio dirigido por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública el 14 de noviembre de 1994 al Presidente del ente público Puertos del Estado, que figura en el expediente). Dicho precepto prevé que “por razón de interés público, y atendidas la naturaleza y condiciones del objeto social, los contratos laborales de duración determinada y tiempo parcial, que concierte la sociedad estatal para el desarrollo de sus actividades, se entenderán comprendidos entre los susceptibles de compatibilidad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, con las limitaciones establecidas en la misma”. En este caso, la decisión del Gobierno exige, como no podía ser de otra manera el sometimiento de la segunda actividad a la previa declaración de compatibilidad, pero, además, por la expresa remisión a las limitaciones establecidas en la LI, somete su ejercicio a la limitación retributiva prevista en el artículo 7 de la LI, cosa que no ocurre -como se ha justificado anteriormente- con el Convenio objeto de análisis.

Finalmente, respecto al régimen temporal de prestación de las dos actividades, principal y secundaria, este Centro entiende que la dicción del artículo 3 resuelve la cuestión al disponer que “.. en este último supuesto la actividad sólo podrá prestarse en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada, en las condiciones establecidas por la legislación laboral”, requisitos cumplidos en el caso de que se trata, como se deduce de la lectura del contrato de trabajo suscrito entre el ente público Puertos del Estado y el Sr....., en el que consta una duración del contrato de dos años, realizándose la prestación laboral a razón de 11 horas semanales. Estas previsiones son compatibles con el horario de la jornada de trabajo en la actividad principal del interesado.

-III-

En cualquier caso, este Centro considera oportuno añadir que resultaría improcedente imputar al Sr. la comisión, en relación con el asunto que aquí se analiza, de infracción disciplinaria. En efecto, la dificultad interpretativa del artículo 3 de la LI excluye cualquier tipo de culpabilidad en el interesado, quien, además, cumplió estrictamente las órdenes emanadas de la Inspección de Servicios en cuanto al cese inmediato de la segunda actividad y la solicitud de declaración de compatibilidad para el ejercicio de la misma.

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección General formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- La autorización por el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto y al amparo del artículo 3 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, del desempeño de una segunda actividad por razón de interés público en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada, no excluye la necesidad de solicitar y obtener la previa declaración de compatibilidad.

Segunda.- La conclusión anterior es aplicable a los supuestos comprendidos en el ámbito del Real Decreto 685/1993, de 7 de mayo, y en el convenio que, de conformidad con dicha disposición, fue suscrito entre la entonces Subsecretaria de Justicia y el Presidente del ente público Puertos del Estado con fecha 1 de octubre de 1993 (reseñado en el antecedente primero de este informe), a cuyo amparo se celebró, a su vez, el contrato de trabajo a tiempo parcial entre el mencionado ente y D....., fechado también en 1 de octubre de 1993.

Tercera.- Respecto a los límites retributivos previstos en el artículo 7 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, este Centro entiende que no operan en el presente supuesto por decisión expresa del Consejo de Ministros. Se entienden asimismo compatibles las jornadas de trabajo de las dos actividades públicas sometidas a compatibilidad.

Cuarta.- Por consiguiente, procede la tramitación de la solicitud de compatibilidad presentada, a la que este Centro entiende que hay que informar favorablemente.

3.- Pagos a efectuar por la Autoridad Portuaria de Gijón-Avilés en 1995 por el concepto de asistencia jurídica.

Resumen

Consulta sobre los pagos que deba efectuar durante el año 1995 la Autoridad Portuaria (AP) de Gijón-Avilés a la DGSJE por el concepto de asistencia jurídica, habida cuenta de que en la citada AP se han agrupado las antiguas AP de Gijón-Musel y de Avilés (RD. 2542/94), cada una de las cuales había suscrito un convenio de asistencia jurídica, por separado, con el Ministerio de Justicia (DGSJE) al amparo de los arts. 24. 4 y 35.7 de la Ley 27/92, de Puertos del Estado y del R.D. 685/93. Conclusión, a la vista del Art. 1.1 del RD 2542/94 (subrogación de la AP Gijón-Avilés en la posición jurídica de las antiguas AAPP agrupadas) y del art. 1274 C.C.: la cantidad a abonar por la nueva AP es la suma de las estipuladas en los convenios celebrados en 1993 con las extintas AAPP de Gijón y de Avilés.

Ref.: A.G ENTES PÚBLICOS 4/95

Fecha: 10 abril 1995

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.I. sobre los pagos que deba efectuar durante el año 1995 la Autoridad Portuaria de Gijón-Avilés por el concepto de asistencia jurídica, y en relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes del caso tiene el honor de informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

- 1) Con fecha 1 de octubre de 1993, y al amparo de los artículos 24.4 y 35.7 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y del Real Decreto 685/1993, de 7 de mayo, se concertó entre la Autoridad Portuaria de Gijón y el Ministerio de Justicia-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, un convenio de asistencia jurídica por virtud del cual y como contraprestación por el servicio de asistencia jurídica, el ente público "Autoridad Portuaria de Gijón" se obligaba a satisfacer anualmente a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado la cantidad de 3.833.000 ptas.; en anexo a dicho convenio se preveía que la referida Autoridad Portuaria designaría como Secretario o Vocal, o, en su defecto, como asistente con voz, pero sin voto, en su Consejo de Administración a un Abogado del Estado integrado en el Servicio Jurídico del Estado, obligándose a abonar a dicho funcionario, por su asistencia a las reuniones del Consejo de Administración, la cantidad de 874.940 pesetas anuales.
- 2) Con fecha 1 de octubre de 1993 la Autoridad Portuaria de Avilés y el Ministerio de Justicia-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado concertaron un convenio similar al referido anteriormente, obligándose la Autoridad Portuaria de Avilés a satisfacer anualmente a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado la suma de 1.379.000 pesetas; en anexo al aludido convenio la Autoridad Portuaria de Avilés se obligaba a designar como Secretario o Vocal, o en su defecto, como asistente con voz pero sin voto en su Consejo de Administración a un Abogado del Estado, abonando a dicho funcionario, por su asistencia a las reuniones del Consejo de Administración, la cantidad de 874.940 pesetas anuales.
- 3) El Real Decreto 2542/1994, de 29 de diciembre, dispuso en su artículo 1 la agrupación en la Autoridad Portuaria de Gijón-Avilés de la administración, gestión y explotación de los puertos de Gijón-Musel y de Avilés.

- 4) El Presidente de la Autoridad Portuaria de Gijón-Avilés eleva consulta a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre los pagos de las correspondientes contraprestaciones económicas que deban efectuarse durante el año 1995, tanto a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, como a los Abogados del Estado a los que se refieren los anexos a los convenios reseñados.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La cuestión que se suscita no es otra que la de determinar los efectos que sobre los convenios de asistencia jurídica reseñados en los antecedentes haya de tener la agrupación, dispuesta por el Real Decreto 2542/1994, de 29 de diciembre, de las Autoridades Portuarias de Gijón-Musel y Avilés, cuestión que ha de entenderse planteada en el sentido de si han de mantenerse, por sus respectivos importes, las contraprestaciones económicas previstas en los aludidos convenios y sus anexos, no obstante la unificación o agrupación de aquellas Autoridades Portuarias.

La adecuada resolución de esta cuestión exige examinar separadamente la incidencia de la agrupación de los Entes Públicos de que se trata sobre las contraprestaciones dinerarias estipuladas por los servicios de asistencia jurídica, y sobre las contraprestaciones convenidas por asistencia de funcionarios del Cuerpo de Abogados del Estado a los Consejos de Administración de las referidas Entidades.

- II -

Por lo que se refiere, en primer término, a las contraprestaciones dinerarias estipuladas por la prestación del servicio de asistencia jurídica (cláusula 6 de uno y otro convenio), ha de entenderse que su cuantía permanece invariable, sin experimentar modificación alguna, no obstante, la unificación de las dos Autoridades Portuarias operada, y ello con fundamento en las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, el artículo 1, párrafo primero, del Real Decreto 2542/1994, de 29 de diciembre, tras disponer la agrupación en la Autoridad Portuaria de Gijón-Avilés de la administración, gestión y explotación de los puertos de Gijón-Musel y de Avilés, añade que la Autoridad Portuaria resultante de la agrupación "sucederá a las actuales Autoridades Portuarias de Gijón-Musel y de Avilés en la titularidad de sus patrimonios, quedando subrogada en su misma posición en las relaciones jurídicas en las que cada una de aquéllas fueran parte." La subrogación de la Autoridad Portuaria resultante de la agrupación en la misma posición que ocupaban las anteriores Autoridades Portuarias en las relaciones jurídicas concertadas por éstas implica la subsistencia en toda su integridad y sin modificación alguna de las referidas relaciones jurídicas, y, por tanto, de los convenios de asistencia jurídica a que se refiere la presente consulta.

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que, siendo el objeto de los convenios de que se trata la prestación de asistencia jurídica a las Autoridades Portuarias de Gijón y de Avilés, la agrupación de ambas en una sola no da lugar, al menos en principio, a una minoración o reducción de esa prestación de servicios; pues bien, manteniéndose sin reducción las prestaciones de servicios objeto de ambos convenios, no obstante la unificación operada, habrán de mantenerse también sin reducción o minoración alguna, en lógica correspondencia, las contraprestaciones económicas estipuladas.

- III -

Por lo que se refiere, en segundo término, a las contraprestaciones dinerarias estipuladas por asistencia a las reuniones de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias que se han agrupado, la regla de la subrogación de la Autoridad Portuaria resultante de la agrupación efectuada en la misma posición que a aquéllas correspondía en las relaciones jurídicas de que fueran parte permite entender que han de mantenerse también las referidas contraprestaciones dinerarias; ahora bien, teniendo las contraprestaciones dinerarias por causa, a la vista del artículo 1274 del Código Civil, la “prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte,” es decir, y por lo que se refiere al presente caso, la asistencia a las reuniones de los órganos de administración, no puede desconocerse que la agrupación operada por el Real Decreto 2542/1994, de 29 de diciembre, supone necesariamente un único Consejo de Administración. Se hace necesario, por consiguiente, armonizar la consecuencia que deriva de la regla de subrogación -mantenimiento en su integridad de las relaciones jurídicas concertadas por las dos Autoridades Portuarias- con el hecho de la existencia de un único Consejo de Administración; pues bien, como las contraprestaciones dinerarias de que se trata obedecen a la asistencia a los Consejos de Administración de un Abogado del Estado como “Secretario, vocal, o, en su defecto, como asistente con voz pero sin voto”, y puesto que puede entenderse razonablemente que el volumen de trabajo del Consejo de Administración de la nueva Autoridad portuaria será equivalente al de los Consejos de Administración de las entidades agrupadas, este Centro entiende que procede efectuar dos nombramientos a funcionarios del Cuerpo de Abogados del Estado como miembros del Consejo de Administración, manteniéndose, en consecuencia, por su total importe cada una de las contraprestaciones dinerarias estipuladas en los anexos de ambos convenios.

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.- La cantidad que la Autoridad Portuaria de Gijón-Avilés ha de satisfacer a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado durante el año 1995 en concepto de asistencia jurídica es la suma de las estipuladas en los convenios concertados el 1 de octubre de 1993 con las extintas Autoridades Portuarias de Gijón y de Avilés.

Segunda.- Procede que se efectúen dos nombramientos a funcionarios del Cuerpo de Abogados del Estado como miembros del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Gijón-Avilés, manteniéndose por su total importe cada una de las contraprestaciones dinerarias estipuladas en los anexos a los referidos convenios.

4.- Indemnización por cese como Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas

Resumen

Consulta sobre la posibilidad de reconocer al ex Presidente de una Autoridad Portuaria una indemnización por cese en el cargo al amparo del R.D. 1382/85, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección. Carácter jurídico-administrativo, y, no laboral, de la relación que vinculaba al interesado con la Autoridad Portuaria (arg. LPMM), lo que determina la improcedencia de la indemnización solicitada, que igualmente sería improcedente en la hipótesis de que la relación fuese laboral, ya que el cese se produjo a petición del propio interesado "por razones personales"

Ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 7/96

Fecha: 8 julio 1996.

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.S. sobre la posibilidad de reconocer a D. una indemnización económica como consecuencia de su cese como Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y, en relación con dicha consulta, emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

El Servicio Jurídico del Estado en Las Palmas dirige a este Centro un escrito de consulta, acompañado de un informe sobre la reclamación formulada por D. en solicitud de indemnización por su cese como Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, solicitud que el interesado fundamenta en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. En el referido informe se concluye que no procede reconocer el derecho a la indemnización por cese de D., al no ser la relación que le ligaba con la referida Autoridad Portuaria, en su condición de Presidente de la misma, una relación laboral.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I-

Dado que D. fundamenta su reclamación en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, la adecuada resolución de la cuestión planteada exige determinar si la relación que le ligaba con la Autoridad Portuaria de Las Palmas, en su condición de Presidente de la misma, era o no una relación jurídico-laboral, pues de entenderse que la referida relación tenía dicho carácter, habría fundamento jurídico suficiente para acceder a su solicitud.

La determinación del carácter de la aludida relación ha de efectuarse partiendo de la naturaleza de las Autoridades Portuarias.

El artículo 35, apartados 1 y 2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), dispone:

“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.

Se regirán por la presente Ley, la Ley General Presupuestaria y demás disposiciones que les sean de aplicación, estando excluidas de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, y actuarán con sujeción 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 atribuye.

...”

A la vista del precepto que se acaba de transcribir, las Autoridades Portuarias son entidades de Derecho público, a lo que debe añadirse que están vinculadas a la Administración del Estado, en cuanto desarrollan la gestión de los puertos que son competencia de la misma (cfr. artículo 23 de la LPMM). La circunstancia de que las entidades de continua referencia actúen con sujeción al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de funciones de poder público que les correspondan, no desvirtúa la anterior conclusión, pues la previsión del artículo 35.2 de la LPMM de que “actuarán con sujeción al ordenamiento jurídico privado” no se establece como efecto o consecuencia de una presunta naturaleza jurídica privada de aquellas entidades, incompatible con su calificación legal como entidades de Derecho público, sino por una razón meramente instrumental, cual es la de hacer factible la prestación del servicio público portuario encomendado al Estado con arreglo a los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial; así, el apartado 3 del Preámbulo de la LPMM declara que “la Ley contempla un único modelo de gestión portuaria basado en unas Entidades públicas denominadas Autoridades Portuarias (denominación acuñada internacionalmente para los órganos de gestión de los puertos), con autonomía de gestión superior a la de los actuales Puertos Autónomos, y objetivos y procedimientos de gestión empresariales en sustitución de los Organismos autónomos del Estado, excesivamente rígidos o burocratizados para las necesidades portuarias”.

El sometimiento, en el sentido instrumental a que se ha hecho referencia, de la actividad de determinadas entidades de Derecho público al ordenamiento jurídico privado (lo que constituye, por lo demás, una técnica relativamente frecuente) no altera, pues, la naturaleza pública de aquéllas, que han de conceptuarse como verdaderas Administraciones Públicas, por su vinculación, antes señalada, a la Administración del Estado. Así lo ha venido a sancionar, en el terreno del derecho positivo, el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), según el cual “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, sometándose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

Si las Autoridades Portuarias son, por las consideraciones precedentes, Entidades de Derecho público y Administraciones Públicas, es necesario todavía determinar, por referencia a las aludidas Entidades, la posición o situación jurídica de sus respectivos Presidentes, y ello en razón de que la naturaleza jurídica de aquellas Entidades no constituye por sí sola un criterio suficiente para dilucidar la cuestión planteada, puesto que, sometidas en su actuación al ordenamiento jurídico privado, las Autoridades Portuarias pueden concertar relaciones laborales.

Esta segunda cuestión queda resuelta por el artículo 39 de la LPMM, según el cual “los órganos de las Autoridades Portuarias son los siguientes:

- a) De gobierno:
 - Consejo de Administración
 - Presidente

- b) De gestión:
 - Director técnico
- c) De asistencia:
 - Consejo de Navegación y Puerto.

El Presidente de la Autoridad Portuaria es, pues, un órgano de esta Entidad de Derecho público y, más concretamente, un órgano de gobierno de carácter unipersonal al que corresponden las funciones que detalla el artículo 41 de la LPMM.

Así las cosas, la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación entre la Autoridad Portuaria y su Presidente se reconduce a la cuestión de la naturaleza de la relación entre una Administración Pública, como es la Autoridad Portuaria, y uno de sus órganos, como es su Presidente.

Superadas las construcciones doctrinales que negaban carácter y relevancia jurídica a la organización administrativa, basándose en la aparente ausencia de alteridad en las denominadas relaciones interorgánicas, y reconocido definitivamente el carácter jurídico de las normas de organización, es indudable que la organización de las Administraciones Públicas tiene carácter jurídico-público tanto en su aspecto estático (la consideración de cómo están articulados los órganos en que se estructura cada Administración pública), como en su aspecto dinámico (creación, modificación, supresión de órganos administrativos y distribución de competencias entre ellos). Afirmado el carácter jurídico-público de la organización administrativa y de las normas que disponen su regulación, esa misma caracterización jurídico-pública ha de predicarse de la relación que media entre la persona física titular del órgano administrativo y la Administración en que el órgano se incardina y de la que forma parte. En efecto, si el órgano administrativo se conceptúa, según la doctrina más autorizada, como la unidad administrativa integrada por una esfera de atribuciones y un conjunto de medios materiales, ejecutada y utilizados, respectivamente, por una persona que se encuentra adscrita a dicha unidad y a la que corresponde su titularidad, carecería de sentido que, teniendo carácter jurídico-público la organización administrativa, esta caracterización quedase exceptuada en la relación entre la persona física titular del órgano y la Administración en la que dicho órgano se integra.

Las consideraciones precedentes permiten concluir que, siendo el Presidente de la Autoridad Portuaria el órgano de gobierno de carácter unipersonal de dicha Entidad pública (cfr. el ya citado artículo 39 de la LPMM), la relación entre el Presidente de la Autoridad Portuaria y esta Entidad es una relación jurídico-administrativa, sin que, por tanto, proceda calificarla como relación de carácter laboral.

La propia LPMM confirma la anterior conclusión. Para poder admitir una relación laboral entre el Presidente de la Autoridad Portuaria y esta Entidad sería necesario, ante todo, que fuera la propia Autoridad Portuaria, entidad con personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, la que efectuase la contratación de los servicios de aquél; pues bien, ni es la Autoridad Portuaria quien, en su presunta condición de empresario o empleador, concierta con el Presidente la prestación por parte de éste de sus servicios, ni el ejercicio de los cometidos o funciones que corresponden al Presidente, determinados por el artículo 41.2 de la LPMM, tiene por causa un contrato, sino un acto jurídico-público de carácter administrativo dictado por una Autoridad estatal; así, el artículo 41.1 del aludido texto legal dispone que el "Presidente de la Autoridad Portuaria será designado por el Ministro de Obras Públicas y Transportes (actualmente, Ministro de Fomento)".

Por otra parte, si, de conformidad con el artículo 52.1 de la LPMM, "el personal de las Autoridades Portuarias queda vinculado a éstas por una relación sujeta a las normas del Derecho laboral o privado que le sean de aplicación," la interpretación sistemática de la LPMM impide entender que el Presidente de la Autoridad Portuaria forme parte del personal de la misma que, según lo dicho, queda sometido al Derecho laboral o privado. Así, tras regular la LPMM en sus artículos 39 a 44 los órganos de las Autoridades Portuarias, entre los que,

como se ha reiterado, queda comprendido el Presidente, los artículos 45 a 51 abordan el régimen económico, patrimonial, presupuestario y de control y tributario de las Autoridades Portuarias, aludiendo el artículo 52, con el que se cierra la regulación de las Entidades de continua referencia, al régimen de personal de las mismas. Finalmente, tampoco es posible, a la vista del artículo 52.2 de la LPMM en relación con el artículo 41.1 de la misma, incluir al Presidente de la Autoridad Portuaria en el personal directivo de ella y, por esta vía, entender que su relación con la citada entidad es una relación de carácter laboral. El precepto citado en primer lugar dispone que “la selección del personal se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad, y, con excepción del personal directivo o de confianza, mediante convocatoria pública”; si, según el precepto que se acaba de transcribir, el personal “directivo o de confianza” ha de ser seleccionado de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, aunque no se aplique el sistema de convocatoria pública, la selección del referido personal con arreglo a los citados principios (que comportan la aplicación de ciertos criterios objetivos) difícilmente se concilia con el nombramiento o designación del Presidente de la Autoridad Portuaria por el Ministro de Obras Públicas y Transportes (actualmente, Ministro de Fomento) que dispone el artículo 41.1 de la LPMM y que debe entenderse como discrecional del citado Ministro. Todo lo anterior demuestra la improcedencia de incluir al Presidente de la Autoridad Portuaria en el “personal directivo o de confianza de la Entidad”, en el sentido que confieren a esta expresión los preceptos citados.

-II-

Las consideraciones precedentes han llevado a la conclusión de que, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de las Autoridades Portuarias y de la configuración de sus Presidentes como órganos de gobierno de dichas Entidades, no es posible calificar como laboral la relación que une al Presidente de la Autoridad Portuaria con esta Entidad, por tratarse de una relación jurídico-administrativa. Conviene analizar seguidamente si la aludida relación podría calificarse como relación laboral a la vista del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, y que invoca el interesado para fundamentar su pretensión.

El artículo 1.2 del referido Real Decreto dispone, al delimitar su ámbito de aplicación, que “se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanados de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

A juicio de este Centro, la caracterización que del personal de alta dirección hace el precepto transcrito impide conceptuar a los Presidentes de las Autoridades Portuarias como personal de alta dirección y a su relación con esas Entidades como relación laboral especial de las reguladas en el Real Decreto 1328/1985, de 1 de agosto.

En efecto, es característica esencial del personal de alta dirección la limitación de su autonomía decisoria por “los criterios e instrucciones directas emanados de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad”. Pues bien, y como acertadamente indica el Servicio Jurídico del Estado en Las Palmas, esa nota definidora del “personal de alta dirección” no concurre en los Presidentes de las Autoridades Portuarias, por cuanto éstos son, con arreglo al artículo 39 de la LPMM, órganos de gobierno de las citadas entidades y, por tanto, situados a un nivel distinto y superior al de aquel personal.

La improcedencia de conceptuar a los Presidentes de las Autoridades Portuarias como personal de alta dirección queda puesta de manifiesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de diciembre de 1993, por el se dictan instrucciones para uniformar y limitar la cuantía de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo de los altos cargos y personal directivo

del Sector Público Estatal y que fue publicado por resolución de 27 de diciembre de 1993 de la Subsecretaría del Ministerio para las Administraciones Públicas (BOE de 31 de diciembre de 1993). Así, el apartado primero.2 del referido Acuerdo distingue, a propósito de los entes y entidades de Derecho público a que se refiere el artículo 6, puntos 1.b) y 5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria recuérdese que las Autoridades Portuarias son entidades de Derecho público de las previstas en el artículo 6.5 del citado Texto Refundido entre los Presidentes, Vicepresidentes y Directores Generales, cuando les corresponda el ejercicio de funciones ejecutivas de máximo nivel (epígrafe A) y el personal de alta dirección (epígrafe B).

Al no poder calificarse como relaciones laborales especiales de personal de alta dirección las relaciones que median entre las Autoridades Portuarias y los Presidentes de estas Entidades, no existe tampoco desde este punto de vista fundamento jurídico para acceder a la pretensión deducida por el Sr. Hernández Suárez.

Ahora bien, aun en la hipótesis de que las referidas relaciones debieran calificarse como relaciones laborales de las reguladas por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, hipótesis que se formula sólo a efectos dialécticos, tampoco sería posible acceder a la pretensión del Sr., por cuanto que el derecho de los altos directivos a la percepción de indemnización por razón de la extinción de su relación laboral queda circunscrito a los supuestos en que dicha extinción se produce por voluntad del empresario, conforme resulta del artículo 11 del Real Decreto 1382/1985, o por decisión del alto directivo fundada en alguna de las causas que establece el artículo 10.tres del aludido Real Decreto (modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del alto directivo, la falta de pago o retraso continuado en el abono del salario pactado, cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario y la sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal). Frente a tales supuestos, en el caso a que se refiere la consulta el cese del Sr. como Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas se produjo a petición propia por razones personales, según se indica en los antecedentes remitidos, lo que le sitúa fuera del ámbito de los preceptos citados y, por tanto, del derecho a la indemnización pretendida.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La relación entre la Autoridad Portuaria y el Presidente de la misma es una relación jurídico-administrativa, regulada por normas de este carácter, y no una relación de naturaleza laboral, sin que sea de aplicación a la misma el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Segunda.- Como consecuencia de lo indicado en la anterior conclusión, no existe fundamento jurídico para acceder a la pretensión deducida por D., sobre concesión de indemnización por su cese como Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

Tercera.- Aun en la hipótesis de que las relaciones entre las Autoridades Portuarias y los Presidentes de estas Entidades públicas se calificaran como relaciones laborales de carácter especial reguladas por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, no podría concederse a D. la indemnización por él solicitada al amparo del aludido Real Decreto, por cuanto su cese como Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas se produjo a petición propia por razones personales.

5.- Órgano competente para la designación del Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla.

Resumen

Consulta sobre cuál sea el órgano de la ciudad de Melilla competente para designar al Presidente de la Autoridad Portuaria de la misma. Conclusión, a la vista de la normativa aplicable (art. 41 Ley 27/92, de Puertos, y Estatuto de Autonomía de Melilla): la referida competencia corresponde al Consejo de Gobierno de la mencionada ciudad autónoma.

Ref.: A.G. Fomento 2/98

Fecha: 23 marzo 1998

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Observaciones:

El artículo 41 de la Ley 27/1992, en la redacción de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, es actualmente el artículo 31.1 del TRLPEMM.

Texto del informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre cuál sea el órgano competente de la ciudad de Melilla para la designación del Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla y, en relación con dicha consulta, tiene el honor de informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

- 1) El Consejo de Gobierno de la ciudad de Melilla, en sesión celebrada el 2 de febrero de 1998, acordó proponer al Pleno de la Asamblea de la referida ciudad la separación del Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla y la designación de un nuevo Presidente, propuesta que fue aprobada por el Pleno de la Asamblea en sesión extraordinaria celebrada el 9 de febrero siguiente.
- 2) La Abogacía del Estado en Melilla emitió, el 6 de febrero de 1998, un informe en el que se considera al Consejo de Gobierno de la ciudad de Melilla como órgano competente para acordar el nombramiento de Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla.
- 3) Ante la discrepancia de criterio entre el Consejo de Gobierno y Asamblea de la ciudad de Melilla, por una parte, y la Abogacía del Estado en Melilla, por otra, el Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento recaba el parecer de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado sobre "cuál sea el órgano competente -Consejo de Gobierno o Asamblea de la Ciudad Autónoma- para decidir sobre la separación y designación del Presidente de la Autoridad Portuaria, considerando que la LPMM no explicita nada al respecto".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El artículo 41 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, según redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, establece, en su apartado 1, inciso inicial, que "el Presidente de la Autoridad Portuaria será designado y separado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla entre personas de reconocida competencia profesional e idoneidad".

La determinación del órgano competente de la ciudad de Melilla para designar y separar al Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla ha de partir de la premisa de que dicha función ha de calificarse, por razón de su contenido jurídico, como una función de naturaleza ejecutiva o administrativa, ya que los actos de designación y separación del Presidente de la referida Entidad pública no son, obviamente, actos de naturaleza normativa ni se refieren al nombramiento y separación de miembros de los órganos institucionales de la ciudad de continua referencia, lo que permitiría calificarles de actos de naturaleza política.

Sobre la base de la anterior premisa, la adecuada de la resolución de la cuestión planteada exige examinar las competencias que el Estatuto de Autonomía de Melilla aprobado por Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo (EAM), atribuye a la Asamblea y al Consejo de Gobierno para determinar cuál de estos órganos institucionales aparece configurado como órgano en el que se residen las funciones ejecutivas y administrativas.

Pues bien, si del artículo 12 del EAM se deduce sin dificultad que no es la Asamblea el órgano al que se encomienda el ejercicio de funciones ejecutivas y administrativas, al corresponderle funciones normativas [artículo 12.1 apartados a), e), f), g) y h)] y de carácter político [artículo 12.1 apartados b), c) y d)], esta conclusión queda confirmada por lo dispuesto en el artículo 16.1 de referido Estatuto, según el cual “el Consejo de Gobierno es el órgano colegiado que ostenta las funciones ejecutivas y administrativas de la ciudad de Melilla...”

Así las cosas, siendo el Consejo de Gobierno el órgano al que le corresponde el ejercicio de las funciones ejecutivas y administrativas de la ciudad de Melilla, ha de entenderse que compete a dicho órgano la designación y separación del Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla.

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

CONCLUSIÓN

La designación y separación del Presidente de la Autoridad Portuaria de Melilla corresponde al Consejo de Gobierno de dicha ciudad.

6.- Informe sobre el procedimiento a seguir por las Capitanías Marítimas en el ejercicio de las competencias que, por razones de seguridad, les atribuye el artículo 88.3.b) y d) de la LPMM. Competencia de las Autoridades Portuarias para el control del cumplimiento efectivo de las determinaciones que adopten las Capitanías Marítimas en materia de fondeo y maniobras

Resumen

Consulta sobre el procedimiento a seguir por las Capitanías Marítimas en el ejercicio de las competencias que, por razones de seguridad, les atribuye el artículo 88.3.b) y d) de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) en materia de fondeo y maniobras a realizar por los buques, y sobre la determinación de la Administración competente para el control del cumplimiento de las condiciones establecidas en la referida materia. Concurrencia de competencias de las Capitanías Marítimas y de las Autoridades Portuarias en la materia. Examen de la normativa de la LPMM y de la jurisprudencia del TC sobre la cuestión. Conclusiones: 1ª) En tanto no se aprueben el Reglamento de Servicio y Policía de Puertos y las distintas Ordenanzas portuarias (conforme a lo previsto en el art. 106 de la LPMM en la redacción dada por la Ley 62/97), las Capitanías Marítimas podrán ajustar su actuación en las materias a que se refiere el art. 88.3.b) y d) de la LPMM siguiendo los criterios expuestos en el informe; 2ª) El control del cumplimiento efectivo de las determinaciones que adopten las Capitanías Marítimas en materia de fondeo y maniobras corresponde a las Autoridades Portuarias, sin perjuicio de ciertas funciones de inspección que la LPMM otorga a las reiteradas Capitanías.

Ref.: A.G Fomento 7/99

Fecha: 31 de enero de 2000

Ponente: María Jesus Prieto Jiménez

Texto del informe

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.E. en relación con la actuación de las Capitanías Marítimas en aguas portuarias por razones de seguridad marítima y, a la vista de la consulta planteada, emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

- 1) Con fecha 27 de julio de 1999 la Abogacía del Estado en A Coruña emitió un informe en relación con la varada accidental del buque-plataforma "Discoverer Spirit" en la Ría de Ferrol. El citado informe analizaba de forma detallada las competencias de las Capitanías Marítimas en materia de seguridad marítima y concluía que en el caso concreto entonces examinado se estimaba que se había respetado la delimitación competencial entre la Capitanía Marítima y la Autoridad Portuaria.
- 2) Con fecha 3 de septiembre de 1999 la Dirección General de la Marina Mercante, a raíz de los diversos informes emitidos como consecuencia de la varada accidental de la plataforma "Discoverer Spirit", emitió un informe con el fin de "precisar las funciones y competencias de la Capitanía Marítima en el ámbito del dominio portuario".
- 3) El Presidente de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián solicitó de la Abogacía del Estado en A Coruña informe sobre el contenido del informe de la Dirección General de la Marina Mercante de 3 de septiembre de 1999. La mencionada Abogacía del Estado emitió, con fecha 15 de octubre de 1999, un nuevo informe en el que ratificaba el contenido del emitido en fecha 27 de julio del mismo año y manifestaba sus discrepancias

con determinados aspectos del informe de la Dirección General de la Marina Mercante, “sin perjuicio del superior criterio de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado”:

- 4) Obran en el expediente remitido a este Centro, además de los documentos ya reseñados, un informe (sin fecha) de la Dirección General de la Marina Mercante sobre “competencias en materia de fondeo y maniobras de aguas portuarias” y un informe del Ente público Puertos del Estado (fechado en 29 de noviembre de 1999) sobre “la delimitación y ejercicio de las competencias entre la Autoridad marítima y la portuaria en materia de seguridad en aguas de la zona de servicio de los puertos”. A este último informe se acompañan como “anejos” (además de los informes a que se ha hecho referencia en los apartados anteriores de estos antecedentes) un escrito de la Fiscalía de la Audiencia de Sevilla de 2 de diciembre de 1998 en el que solicitó de la Capitanía Marítima en Sevilla que adoptase medidas en relación a las salidas de combustible al río Guadalquivir procedentes de un buque de bandera rusa un informe de la Abogacía del Estado en Sevilla sobre la competencia de la Capitanía Marítima en materia de seguridad en relación con el aludido buque y un informe emitido por este Centro Directivo con fecha 6 de marzo de 1996 (sobre delimitación de competencias entre las Autoridades Portuarias y las Autoridades Marítimas para sancionar vertidos ilegales en las aguas comprendidas en la zona de servicios de los puertos).
- 5) El Secretario de Estado de Infraestructuras y Transportes del Ministerio de Fomento solicita a esta Dirección informe “sobre cuál sería el procedimiento para la actuación de la Autoridad Marítima más acorde con lo establecido en Ley de Puertos y Marina Mercante (art. 88.3.b y d), así como, una vez manifestada en forma de criterios generales o de autorización específica, a qué Administración correspondería el control del cumplimiento de las condiciones establecidas”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

A la vista de la consulta formulada por la Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes, el presente informe debe abordar las siguientes cuestiones:

- a) Procedimiento a seguir por la Autoridad Marítima en el ejercicio de las competencias que, por razones de seguridad marítima, le atribuye en el artículo 88.3, b) y d) de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina en materia de fondeo y maniobras a realizar por los buques, incluido el atraque de éstos.
- b) Determinación de la Administración competente para el control del cumplimiento de las condiciones establecidas en la referida materia.

En el escrito de consulta la citada Secretaría de Estado manifiesta que “la concurrencia de competencias entre la Administración Marítima y la Portuaria en un mismo espacio físico, como son las aguas portuarias, plantea problemas de delimitación del ejercicio y control de las respectivas competencias, lo que ha llevado a que ambas Administraciones mantengan posiciones encontradas partiendo de interpretaciones diferentes de los artículos 36 y 37 en relación con el artículo 88.3.b) y d) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, modificada por Ley 62/1997, de 26 de diciembre”.

El análisis de la cuestión planteada exige, ante todo, examinar los preceptos de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en lo sucesivo, LPEMM), que establecen las funciones que corresponden a las Capitanías Marítimas y a las Autoridades Portuarias en las materias a que alude la consulta.

Por lo que respecta a las Capitanías Marítimas deben destacarse los siguientes extremos del artículo 88.3 de la LPEMM:

3. El Capitán Marítimo ejercerá, entre otras, las siguientes funciones:

(...)

- b) La determinación por razones de seguridad marítima de las zonas de fondeo y de maniobra en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, correspondiendo a la Administración portuaria competente la autorización de fondeo y asignación de puestos en la zona de servicio de los puertos.
- c) La intervención en los procedimientos de determinación de las condiciones de los canales de entrada y salida de los puertos, mediante informe vinculante en lo que afecte a la seguridad marítima.
- d) La fijación por razones de seguridad marítima de los criterios que determinen las maniobras, incluido el atraque, a realizar por buques que porten mercancías peligrosas o presenten condiciones excepcionales”

En cuanto a la competencia de las Autoridades Portuarias, el artículo 36 de la LPEMM, redactado conforme con la modificación introducida por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, dispone en su apartado a) lo siguiente:

“Las Autoridades Portuarias tendrán los siguientes objetivos generales:

- a) 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 la competencia de otras autoridades”

Por su parte, el artículo 37 de la LPEMM dispone, en la parte que aquí interesa, lo siguiente:

“Para el cumplimiento de los objetivos generales a que se refiere el artículo anterior, las Autoridades Portuarias tendrán las siguientes funciones:

- a) Gestionar, administrar y controlar los servicios portuarios, los de señalización marítima y las operaciones y actividades que requieran su autorización o concesión.
- b) Coordinar la actuación de los diferentes órganos de la Administración y Entidades por ella participadas, que ejercen sus actividades en el ámbito del puerto, salvo cuando esta función esté atribuida expresamente a otras Autoridades.

(...)

- g) Elaborar el reglamento de policía de cada puerto, previo informe de la Capitanía Marítima respectiva, y enviarlo a Puertos del Estado para su tramitación, así como velar por su cumplimiento.
- h) 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 último, debe aludirse al artículo 66 de la LPEMM que establece (entre otros extremos) lo siguiente:

“1. 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. En todo caso, tendrán este carácter los siguientes:

(...)

- La disponibilidad de las zonas de fondeo y la asignación de puestos de fondeo ...”

De las diversas funciones y competencias que los artículos transcritos en lo pertinente atribuyen a las Capitanías Marítimas y a las Autoridades Portuarias, respectivamente, resulta que en los espacios portuarios coexisten competencias de ambas autoridades, como se pone de manifiesto en el escrito de consulta. La situación de concurrencia competencial de diversos órganos o Administraciones Públicas en un mismo espacio físico ha sido objeto de análisis en diversas sentencias del Tribunal Constitucional (entre las que se pueden citar a título de ejemplo, la nº 71/1982, de 30 noviembre, la 103/1989, de 8 de junio, y la 102/1995, de 26 de junio) y del Tribunal Supremo (como son la de 24 de diciembre de 1990, 25 de febrero de 1992 ó 29 de noviembre de 1996). Recientemente la sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998, de 19 de febrero, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido contra determinados preceptos de la LPEMM, abordó la posible concurrencia de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la referida Ley, recordando que “de ahí 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 un mismo espacio físico, dichas competencias tienen distinto objeto jurídico”.

Aplicando este criterio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional habrá que determinar, en el presente caso, cuál es el “objeto jurídico” de la competencia de las Administraciones y órganos de que aquí se trata. Así, puede afirmarse que, resumiendo el contenido a tenor de los artículos expuestos anteriormente, el objeto de la Administración Marítima es la seguridad marítima, el salvamento marítimo y la lucha contra la contaminación del medio ambiente. El “objeto jurídico” de las competencias a las Autoridades Portuarias es la gestión y administración de los respectivos puertos y del tráfico portuario.

Partiendo de estos conceptos generales, y antes de entrar en el concreto análisis de la actuación que comprenda el ejercicio de las competencias que corresponden a cada una de las referidas Autoridades, se estima pertinente formular las dos observaciones siguientes:

- a) Tanto las Autoridades Portuarias como las Capitanías Marítimas deberán actuar en el ejercicio de sus competencias de acuerdo con los principios de eficacia y coordinación y ajustarse en sus recíprocas a los principios de cooperación y colaboración (cfr. artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -LRJ-PAC-).
- b) El artículo 37.c) de la LPEMM (en la redacción dada por la Ley 62/1997) atribuye a las Autoridades Portuarias la función de coordinar las actuaciones de los diferentes órganos de la Administración y entidades por ella participadas, que ejercen sus actividades en el ámbito del puerto, salvo cuando esta función está atribuida expresamente a otras Autoridades.

- II -

Una vez hecha referencia genérica al objeto jurídico de las competencias que respectivamente tienen asignadas las Capitanías Marítimas y las Autoridades Portuarias, debe determinarse el mecanismo del efectivo ejercicio de dichas competencias, comenzando por las relativas al fondeo. La ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 40/1998, al examinar el artículo 88.3 de la LPEMM, declaró lo siguiente:

“Dicho esto, debemos examinar las impugnaciones de los diversos apartados del art. 88.3 LPMM: Este precepto regula las competencias del Capitán Marítimo, órgano estatal existente «en cada uno de los puertos en que se desarrolle un determinado nivel de actividades de navegación o lo requieran las condiciones de tráfico o seguridad» (art. 88.1). Como ha quedado apuntado, para los ejecutivos recurrentes algunas de las competencias que se les atribuyen -en concreto las recogidas en las letras b), c), d) y e)- son competencias portuarias y por ello, en los puertos de titularidad autonómica, de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Ahora bien, las actividades reconocidas en las letras b) y c) no pueden considerarse, en sentido estricto, como actividades portuarias, encajando sin ninguna dificultad en las competencias del Estado para garantizar la seguridad de la navegación a las que antes se ha hecho referencia. Es cierto que, en determinados casos, esas competencias pueden afectar a aguas portuarias pero en tales supuestos existe una concurrencia competencial que ha sido tenida en cuenta por el legislador. Así, en el caso de la letra b) del art. 88.3 de la Ley, la determinación por la Capitanía Marítima de las zonas de fondeo y de maniobra en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía no excluye la competencia de la Autoridad Portuaria para la concreta autorización de fondeo y la asignación de puestos en la zona de servicio de los puertos; en cuanto a la determinación de las condiciones de los canales de entrada y salida de los puertos, la intervención de la Capitanía Marítima se ha articulado mediante la técnica del informe vinculante, informe que, en todo caso, se limitará exclusivamente a lo relativo a la seguridad en la navegación.” (fundamento jurídico 48 de la sentencia citada).

De lo expuesto se desprende que el ejercicio de las competencias que en materia de fondeo corresponde a las Capitanías Marítimas no excluye la intervención de las Autoridades Portuarias en la misma materia

Más concretamente, este Centro comparte la distinción formulada en el informe de la Dirección General de la Marina Mercante sobre las operaciones relacionadas con el fondeo. Así, del contenido de los apartados de los artículos 88, 36 y 66 de la LPEMM anteriormente transcritos resulta la siguiente distribución de funciones:

- 1) La “determinación por razones de seguridad marítima de las zonas de fondeo” corresponde a las Capitanías Marítimas.
- 2) La “disponibilidad de las zonas de fondeo”, “la autorización de fondeo” y la “asignación de puestos en la zona de servicio de los puertos” son funciones que corresponden a las Autoridades Portuarias.

Una vez que se han determinado las operaciones o fases que comprende el fondeo y el criterio del Tribunal Constitucional sobre las competencias previstas en el artículo 88.3.b) y d) de la LPEMM, procede analizar cómo se compatibiliza el ejercicio de las competencias que respectivamente corresponden a las Capitanías Marítimas y a las Autoridades Portuarias.

La relación entre la determinación, por razón de seguridad marítima, de las zonas de fondeo y la disponibilidad de las zonas de fondeo plantea como primera cuestión cuál de estas dos funciones debe ejercerse en primer lugar. La Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes parte, en su escrito de consulta, de la base de que la actuación de la Capitanía Marítima sea previa a la intervención de la Autoridad Portuaria. Este Centro estima que, sin perjuicio de que desde el punto de vista estrictamente técnico pueda ser necesario que la Capitanía Marítima intervenga previamente, desde el punto de vista jurídico sería admisible tanto que la determinación de las zonas de fondeo por razones de seguridad marítima se efectuase por las Capitanías Marítimas previamente a la determinación de las zonas disponibles por las Autoridades Portuarias como que éstas determinasen las zonas disponibles de fondeo para que, posteriormente, las Capitanías Marítimas determinasen, entre aquellas zonas disponibles, las zonas de fondeo por razones de seguridad marítima. Igualmente se considera posible que mediante una actuación conjunta de ambas Autoridades se fijasen simultáneamente las zonas disponibles y las zonas de fondeo por razones de seguridad marítima.

Por otra parte, esta Dirección estima que sería igualmente correcto que la determinación de las zonas de fondeo por razones de seguridad marítima y la disponibilidad de zonas de fondeo se estableciese en función de unos criterios generales previamente fijadas por cada Autoridad Portuaria y la Capitanía Marítima correspondiente, aunque la aplicación de aquellos criterios exigiese actos posteriores de concreción para cada caso, dado que, según se dice en el informe de la Dirección General de la Marina Mercante, “los condicionantes externos que inciden sobre la seguridad marítima son, en ocasiones, cambiantes, lo que podría chocar

con una determinación de zonas previas.” En el mismo sentido se pone de manifiesto en el citado informe que “no es lo mismo un determinado régimen de vientos y de corrientes que otro; o bien una estación del año que otra; o, también, un determinado tipo de buque o plataforma que otro...” En definitiva, del informe mencionado se desprende que no es posible que los fondeos se sometieran automáticamente a los criterios generales que, por razones de seguridad, hubiera determinado apriorísticamente la Capitanía Marítima correspondiente (mediante acuerdo, en su caso, con la Autoridad Portuaria).

En este punto es donde la Dirección General de la Marina Mercante plantea “el problema de cómo se produciría la integración en el procedimiento de autorización de fondeo de la actuación que, por razones de seguridad marítima, incumbe al Capitán Marítimo”.

La reiterada Dirección General examina tres posibles soluciones al respecto (autorización previa, informe preceptivo y vinculante, informe meramente preceptivo), decantándose por el criterio de considerar la actuación de la Capitanía Marítima como preceptiva y vinculante para la Autoridad Portuaria.

Conviene destacar que estas cuestiones habrán de ser reguladas en el Reglamento General de Servicio y Policía de los Puertos previsto en el artículo 106 de la LPEMM (según la redacción dada por la Ley 62/1997), así como en las correspondientes Ordenanzas portuarias a que se refiere el mismo precepto, planteándose las actuales dudas por no haberse aprobado aun ninguna de las normas citadas. Es evidente que los aludidos textos deberán contemplar el funcionamiento de los diferentes servicios y las diversas operaciones de los puertos, en los que obviamente habrán de incluirse la operación de fondeo y atraque de buques. Cabe destacar que el mencionado artículo 106 dispone que el informe de la Dirección General de la Marina Mercante “será vinculante en cuanto se refiere a la seguridad de los buques y de la navegación” y que “las Autoridades Portuarias, con informe vinculante de la Capitanía Marítima en los aspectos de competencia de la Dirección General de la Marina Mercante, elaborarán y aprobarán las Ordenanzas del puerto previa comprobación de su conformidad con el Reglamento General por parte del ente público Puertos del Estado” (cfr. artículo 106.3).

Teniendo en cuenta lo que se acaba de indicar, debe entenderse que en el presente informe se tratarán de ofrecer unos criterios generales para resolver la cuestión planteada hasta que se proceda a la aprobación de los citados Reglamento General de Servicio y Policía de los Puertos y Ordenanzas portuarias.

Pues bien, como ya se ha reiterado a las Capitanías Marítimas les corresponde, a tenor del artículo 88.3.b) de la LPEMM, “la determinación por razones de seguridad marítima de las zonas de fondeo y de maniobra”.

En los informes remitidos con la consulta se considera esta función unas veces como una autorización (informes de la Abogacía del Estado en A Coruña) y otras como un informe (Dirección General de la Marina Mercante).

A juicio de este Centro Directivo, lo importante para determinar el procedimiento de actuación no es la denominación de la función, sino su finalidad, partiendo de la consideración de que la tutela de la seguridad marítima constituye genéricamente uno de los objetivos de la “política de la Marina Mercante” (cfr. artículo 74.3 de la LPEMM) y más específicamente una de las materias sobre las que se proyectan las competencias de las Capitanías Marítimas (artículo 88, b) y d) de la aludida Ley), en tanto que corresponde a las Autoridades Portuarias el control, en su caso, de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario” (cfr. artículos 36.a) LPEMM). Así, en los casos en que la seguridad marítima exija la intervención de las Capitanías Marítimas para la determinación de las zonas de fondeo y de maniobra, dichas Capitanías deberán manifestar su criterio de oficio o bien a instancia del Capitán del buque que vaya a fondear o bien de la propia Autoridad Portuaria o de cualquier otra persona interesada. El criterio manifestado por la Capitanía Marítima en materia de seguridad no puede ser desconocido o contradicho ni por los responsables del buque afectado ni por la Autoridad Portuaria. Esta última vendrá obligada a resolver sobre la autorización de

fondeo sin contradecir el criterio que haya expresado la Capitanía Marítima en materia de seguridad. Ahora bien, la Capitanía Marítima no autoriza el fondeo, sino que determina, por razones de seguridad marítima, la zona de fondeo y de maniobra del buque en el caso de que la Autoridad Portuaria autorice el fondeo.

En resumen, se considera que la actuación de que se trata habría de ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento de Servicio y Policía de los Puertos y las respectivas Ordenanzas Portuarias, y en tanto no se aprueben las referidas disposiciones el procedimiento sería el siguiente:

a) Determinación de criterios generales sobre las zonas de fondeo por razones de seguridad marítima, que corresponderá a las Capitanías Marítimas, y fijación de la disponibilidad de las zona de fondeo, que compete a las respectivas Autoridades Portuarias, estimándose que jurídicamente es admisible tanto que sea la Autoridad Portuaria la que primeramente determine las zonas de fondeo disponibles para que después la Capitanía Marítima determine las zonas de fondeo por razones de seguridad, como seguir el orden inverso de actuación.

b) Cuando por factores externos (clima, buques de especiales características...) no sea posible aplicar automáticamente los criterios generales aludidos en el apartado anterior cada Capitanía Marítima establecerá por razones de seguridad marítima las zonas de fondeo y maniobras, no pudiendo ser contradichos los criterios de la citada Autoridad en esta materia por la Autoridad Portuaria que autorice el fondeo.

- III -

A continuación procede examinar las funciones previstas en los apartados b) y d) del artículo 88.3 de la LPEMM, en cuanto se refieren a la fijación por razones de seguridad marítima de las zonas de maniobra y a la fijación, por las mismas razones, de "los criterios que determinen las maniobras, incluido el atraque, a realizar por buques que porten mercancías peligrosas o presenten condiciones excepcionales".

En estos supuestos, la intervención de las Capitanías Marítimas se justifica, al igual que en el examinado en el fundamento anterior, en la seguridad marítima, pero debe destacarse que en el caso del apartado d) el motivo de la intervención reside en las especiales condiciones de los buques o en la mercancía que porten, ya que, conforme a dicho apartado, las Capitanías Marítimas fijarán los criterios que determinen las maniobras cuando se trata de buques que porten mercancías peligrosas o que presenten condiciones excepcionales.

Conviene recordar lo que sobre esta competencia declaró el Tribunal Constitucional, en la más arriba citada sentencia 40/1998, lo siguiente:

"Este precepto no plantea ningún problema cuando esas maniobras hayan de realizarse fuera de las aguas de la zona de servicio portuaria y, dentro de ésta, la intervención del Capitán Marítimo está prevista para el caso de buques cuya carga o características especiales pueden suponer específicos riesgos y viene justificada por la competencia del Estado para garantizar la seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar, tal y como hemos señalado al examinar el art. 6.1, c) LPEMM. Debe, por otra parte, tenerse en cuenta que la intervención del Capitán Marítimo se limita al establecimiento de criterios generales, lo que en modo alguno excluye la intervención de la correspondiente Autoridad Portuaria.

Por consiguiente, la Capitanía Marítima establecerá, en los supuestos a que ahora se alude (artículo 88.3.d) de la LPEMM), los criterios generales que determinen las maniobras, sin perjuicio de la intervención de la correspondiente Autoridad Portuaria, teniendo en cuenta que esta última deberá respetar los criterios que las Capitanías Marítimas hayan previsto para la ejecución en las maniobras de los buques a que se refiere el apartado en cuestión.

- IV -

La Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transportes consulta a este Centro, además del procedimiento para el ejercicio de las competencias previstas en los apartados b) y d) del artículo 88.3 de la LPEMM, “a qué Administración correspondería el control del cumplimiento de las condiciones establecidas”:

A juicio de esta Dirección, y sin perjuicio de los principios de colaboración y cooperación a que se ha hecho referencia anteriormente, el control del cumplimiento de las condiciones establecidas en la materia de que se trata corresponde, con carácter general, a las Autoridades Portuarias, sin perjuicio de ciertas funciones de inspección que correspondan a las Capitanías Marítimas. Así, la LPEMM (en la redacción que le dio la Ley 62/1997) atribuye a las Autoridades Portuarias la competencia sobre “la realización, autorización y control, en su caso, de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario” (artículo 36.a) y, para el ejercicio de las competencias atribuidas en el artículo anterior, y entre otras muchas funciones, las de “gestionar, administrar y controlar los servicios portuarios...”, “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...” (artículo 37.1.j), y velar por el cumplimiento del Reglamento de Servicio y Policía de los Puertos (artículo 37.1.i).

El ejercicio de estas funciones de control debe incluir lógicamente la comprobación de las condiciones o criterios que las Capitanías Marítimas hayan determinado en materia de zonas de fondeo y de maniobra, dado que las referidas condiciones o criterios se integran en la autorización que en cada caso otorga la correspondiente Autoridad Portuaria. La función de control del tráfico portuario, que constituye una de las funciones por excelencia de las reiteradas Autoridades, debe extenderse a la totalidad de las operaciones que comprende el fondeo y atraque de los buques. Cabe destacar, a este respecto, que la Exposición de Motivos de la LPEMM declara que “se ha estimado más adecuado para el sistema de Puertos del Estado la adopción del principio de gestión unitaria para todas las actividades portuarias marítimas y terrestres, de modo que se concentran en la Autoridad Portuaria todas las competencias y responsabilidades relativas a la gestión de los servicios de los puertos... y sin perjuicio de otras competencias administrativas que, ejerciéndose en el puerto por los distintos órganos competentes, no tienen directa relación con la gestión y explotación de la Entidad portuaria”.

En opinión de este Centro, la referida “gestión unitaria” implica que, aunque las Capitanías Marítimas determinen, con carácter previo y por razones de seguridad, las zonas de fondeo y de maniobra, las respectivas Autoridades portuarias que autorizan el fondeo y asignan puestos en la zonas de servicio de los puertos deberán verificar un control global de las operaciones en cuestión y, concretamente, cuidar por que las mismas se desarrolle en condiciones óptimas de seguridad.

En el mismo sentido, la Autoridad Portuaria controla, o incluso presta directamente, el servicio de practica que, según el artículo 102.1 de la LPEMM, es “el servicio de asesoramiento a los Capitanes de buques y artefactos flotantes, para facilitar su entrada y salida a puerto y las maniobras marítimas dentro de éste en condiciones de seguridad...” La doble posibilidad de control o gestión directa del servicio de practica está contemplada en el artículo 102.3, a cuyo tenor “el servicio de practica se ejercerá, en los puertos que dependan de la Administración del Estado, por la Autoridad Portuaria correspondiente, a través de contratos con terceros o bien por gestión directa.” En ambos casos, los preceptos citados confirman que la acción de control del tráfico portuario general y del cumplimiento de las normas sobre seguridad corresponde a las Autoridades Portuarias.

Ahora bien, las consideraciones que acaban de formularse sobre las funciones de control que tienen atribuidas las Autoridades Portuarias no suponen que se desconozcan las funciones que, en conexión con aquéllas, corresponden a las Capitanías Marítimas, cuya

base y fundamento legal genérico se encuentran en los conceptos de “seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar” y “seguridad marítimas” que, a tenor del artículo 6.1.c) y d) de la LPEMM, se integran, a su vez, en el concepto de “marina mercante”, como, por otra parte, confirma el artículo 74, 1, 2 y 3 de la misma Ley, siendo las Capitanías Marítimas los órganos periféricos de la Administración marítima regulada en el Título III de la LPEMM, que lleva por rúbrica “de la Marina Mercante”

De modo más concreto, el artículo 112 de la LPEMM, bajo el título “medidas de garantía de la navegación marítima y del medio ambiente”, contempla conjuntamente las competencias de las Autoridades Portuarias y de las Capitanías Marítimas en aquella materia, desponiendo lo siguiente:

“En las aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, a los efectos de salvaguardar la seguridad de la navegación y de prevenir la contaminación del medio marino, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (actualmente Fomento) a través de las Autoridades Portuarias y Capitanías Marítimas podrá visitar, inspeccionar, condicionar el fondeo, apresar, iniciar procedimientos judiciales y, en general, adoptar las medidas que se estimen necesarias respecto de los buques que vulneren o puedan vulnerar dichos bienes jurídicos.

Estas medidas podrán adoptarse sin perjuicio de las que, al efecto, puedan decidir otros organismos o Administraciones Públicas competentes en materia de preservación del medio marino.”

Del precepto transcrito se desprende que las competencias que tienen asignadas las Capitanías Marítimas en relación con la seguridad de la navegación marítimas les confieren una función de inspección respecto a los buques que vulneren o puedan vulnerar aquella seguridad.

En suma, y poniendo en conexión el precepto últimamente citado con el más arriba reiterado artículo 88 de la LPEMM, este Centro entiende que las Capitanías Marítimas están facultadas para la inspección o supervisión de las condiciones que previamente haya determinado en materia de fondeo y maniobras de buques, sin que esta función deba impedir ni constituir un obstáculo para que las Autoridades Portuarias ejerzan cuantas actuaciones sean necesarias para el ejercicio de sus propias competencias sobre el control en las operaciones marítimas relacionadas con el tráfico portuario.

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- En tanto no se aprueben el Reglamento de Servicio y Policía de Puertos y las distintas Ordenanzas portuarias, las Capitanías Marítimas podrán desarrollar su actuación en las materias a que se refiere el artículo 88.3.b) y d) de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante siguiendo los criterios señalados en los fundamentos jurídico II y III de este informe.

Segunda.- El control del cumplimiento efectivo de las determinaciones que adopten las Capitanías Marítimas en materia de fondeo y maniobras corresponde a las Autoridades Portuarias, sin perjuicio de que las Capitanías Marítimas puedan ejercitar las facultades de inspección que le otorga la citada Ley en los términos señalados en el fundamento jurídico IV.

7.- Informe sobre la competencia para autorizar la creación de una Fundación en la que participarían la Junta de Andalucía, las Autoridades Portuarias de dicha Comunidad Autónoma y la Empresa Pública Puertos de Andalucía a través de un convenio de colaboración

Resumen

Consulta sobre la competencia para autorizar la creación de una Fundación en la que participarían la Junta de Andalucía, las Autoridades Portuarias (AAPP) de dicha Comunidad Autónoma y la Empresa Pública Puertos de Andalucía y sobre la conformidad a derecho de un proyecto de convenio de cooperación para la creación de la aludida Fundación. Conclusiones: 1ª) La constitución de la Fundación precisa de la autorización del Consejo de Ministros, dado que la suma de las aportaciones de las AAPP supone la mayoría de la dotación fundacional (arg. art. 26.1.g) de la LPMM por analogía); 2ª) Dados los fines de la Fundación y las competencias de las AAPP no se considera que por el solo hecho de participar la Junta de Andalucía en aquélla se vulnere el orden de competencias que establecen la Constitución y la LPMM en materia de puertos de interés general, estimándose que aquella participación está justificada por la que, a su vez, tiene la C.A. de Andalucía en la estructura y organización de las AAPP, conforme a la LPMM; 3ª) El número de Patronos designados por la C.A. de Andalucía es superior al que le correspondería en proporción a la cuantía de su aportación a la dotación fundacional; 4ª) El Protectorado de la Fundación correspondería a la Administración General del Estado (arg. doctrina del TC y art. 123.3 LGP)

Ref.: A.G ENTES PÚBLICOS 4/00

Fecha: 9 de marzo de 2000

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del Informe

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre el proyecto de convenio de cooperación y colaboración para la creación de la Fundación denominada "Instituto de Puertos de Andalucía" que se pretende concertar por la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, las Autoridades Portuarias de Almería-Motril, Málaga, Bahía de Algeciras, Bahía de Cádiz, Sevilla y Huelva y la Empresa Pública de Puertos de Andalucía. 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 Abogacía del Estado en Valencia emitió, el 21 de febrero de 1998, un informe en el que, en relación con la constitución de una fundación por la Autoridad Portuaria de Valencia, se concluyó que "no es necesaria autorización del Consejo Rector de Puertos del Estado para constituir una fundación por parte de la Autoridad Portuaria de Valencia, ya que Puertos del Estado no tiene competencia para ello, visto el propio concepto de competencia y la interpretación literal y finalista de los textos legales reguladores de ambos organismos".
- 2) En relación con la constitución de la fundación reseñada en el encabezamiento del presente informe, la Abogacía del Estado en Cádiz emitió, el 12 de noviembre de 1999, un informe en el que se mantiene el criterio de que el referido acto precisa de la oportuna autorización del Consejo de Ministros en virtud de la aplicación analógica del artículo 26.1.g) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, según redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre. De este mismo parecer participa la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento; así, en un informe de fecha 11 de febrero de 2000 se dice que "esta Abogacía del Estado comparte íntegramente los fundamentos

jurídicos y las conclusiones recogidas en el informe de 12 de noviembre de 1999 del Ilmo. Sr. Abogado del Estado-Jefe en Cádiz, procediendo, por tanto, la elevación al Consejo de Ministros para autorización." No obstante, y dada la discrepancia de criterio entre la Abogacía del Estado en Valencia, por una parte, y la Abogacía del Estado en Cádiz y la Abogacía del Estado del citado Departamento ministerial, esta última propone que se recabe el parecer de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

- 3) Obra en los antecedentes remitidos a este Centro Directivo un informe elaborado por el Ente Público Puertos del Estado sobre el convenio de cooperación y colaboración para la creación de la Fundación "Instituto de Puertos de Andalucía", en el que se formulan las siguientes conclusiones:

"Primera: El convenio que se pretende suscribir entre la Junta de Andalucía y las Autoridades Portuarias estatales localizadas en el ámbito de dicha Comunidad, para la creación de un fundación de titularidad autonómica, es contrario al orden constitucional de competencias establecido en materia de puertos, en cuanto supone la renuncia de dichas Autoridades al ejercicio de competencias propias y atribuye a la Junta de Andalucía, a través de un organismo encuadrado en sus estructuras, un derecho de injerencia en materias de competencia estatal.

Segunda: En caso de que se considerase conveniente la creación de una fundación para el desarrollo de determinadas actividades ligadas al ejercicio de las competencias estatales en materia de puertos, esa fundación debería ser de titularidad y competencia estatal, correspondiendo a la Administración General del Estado el protectorado de la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 32 de la Ley de Fundaciones.

Tercera: En conexión con lo anterior, la fundación proyectada no podría ser nunca de titularidad autonómica ni estar bajo el protectorado de la Junta de Andalucía, porque la participación de las Autoridades Portuarias en la dotación inicialmente prevista es abrumadoramente superior a la asignada a la Junta de Andalucía. Debería ser de titularidad o competencia estatal, en virtud de lo dispuesto en el art. 123.3 de la Ley General Presupuestaria."

- 4) El Presidente del Ente Público Puertos del Estado recaba el parecer de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre las dos siguientes cuestiones:
- "Competencia para autorizar la creación y, en su caso, participación de las Autoridades Portuarias en fundaciones"
 - "Conformidad a derecho de la celebración del referido Convenio de Cooperación y Colaboración para la creación de la Fundación "Instituto de Puertos de Andalucía"."

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

No discutiéndose en ninguno de los informes de las Abogacías del Estado del Ministerio de Fomento, de Valencia y de Cádiz, ni tampoco en el informe del Ente Público Puertos del Estado reseñado en el antecedente 3º, la posibilidad de que las Autoridades Portuarias constituyan fundaciones, y sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá a propósito de la constitución de fundaciones por entidades públicas, procede examinar directamente la primera de las cuestiones planteadas, cual es la relativa a la necesidad o no de que la constitución de una fundación por una o varias Autoridades Portuarias sea autorizada por Puertos del Estado o, en su caso, por el Consejo de Ministros.

El artículo 26.1.g) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), según la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre precepto en el que se basan tanto la Abogacía del Estado en Cádiz como la Abogacía del

Estado del Ministerio de Fomento para entender que la constitución de una fundación por una Autoridad Portuaria precisa de la autorización del Ente Público Puertos del Estado o del Consejo de Ministros, atribuye al citado Ente Público, para el ejercicio de las competencias que le asigna el artículo 25 de dicho texto legal, la función de “autorizar la participación de las Autoridades Portuarias en sociedades mercantiles, cuyo objeto social debe estar ligado al desarrollo de actividades vinculadas a la explotación portuaria y a la adquisición o enajenación de sus acciones cuando no concurren los supuestos establecidos en el artículo 37.1.q), siempre que estas operaciones no impliquen la adquisición o pérdida de la posición mayoritaria, en cuyo caso la autorización corresponderá al Consejo de Ministros”.

A la vista del precepto que acaba de transcribirse, debe señalarse que, en opinión de este Centro Directivo, no cabe utilizar, en favor de la tesis de que la constitución de una fundación por una o varias Autoridades Portuarias no precisa de la autorización del Ente Público Puertos del Estado o del Consejo de Ministros, el argumento de la autonomía funcional y de gestión que la LPMM reconoce a las Autoridades Portuarias como un argumento suficiente por sí mismo, y ello en razón de que la autonomía de las repetidas entidades públicas no es tan absoluta que no admita ninguna intervención de la Administración del Estado en cuanto titular del servicio público portuario que se presta en los puertos de interés general en el ejercicio de funciones de tutela o control de la actividad de las Autoridades Portuarias y de la que constituye un ejemplo el que proporciona precisamente el propio artículo 26.1.g) de la LPMM.

Dicho lo anterior, la circunstancia de que el artículo 26.1.g) de la LPMM sólo refiera la autorización del Ente Público Puertos del Estado o del Consejo de Ministros, según los casos, a la participación de las Autoridades Portuarias en sociedades mercantiles permitiría, en principio, entender que la aludida autorización no es exigible en el caso de participación de las Autoridades Portuarias en entidades de naturaleza fundacional, dadas las profundas diferencias conceptuales que median entre la figura de la sociedad mercantil y la figura de la fundación y que se traducen en la aplicación de regímenes jurídicos muy distintos.

Sin embargo, este Centro Directivo considera que el anterior criterio, basado en la literalidad del precepto de continua referencia, no es atendible. Lo que el artículo 26.1.g) de la LPMM toma en consideración, como razón justificativa del régimen de autorización que prevé, no es tanto un determinado tipo o clase de personificación jurídica (sociedad mercantil), de forma que sólo la participación de las Autoridades Portuarias en sociedades mercantiles esté sometida a la exigencia de autorización, cuanto el hecho de que la participación de las Autoridades Portuarias en otras entidades implica la realización de aportaciones económicas por aquéllas a éstas, lo que, obviamente, da lugar a que determinados recursos económicos de las propias Autoridades Portuarias se desplacen a las otras entidades aludidas. Así lo viene a confirmar la circunstancia de que el sistema de autorización que establece el artículo 26.1.g) de la LPMM en relación con el artículo 37.1.q) del mismo texto legal atiende, para determinar a quién compete otorgar, en su caso, la oportuna autorización, a la menor o mayor trascendencia económica de la operación (la propia Autoridad Portuaria cuando el importe de compromiso contraído no supere el 5% de sus ingresos anuales, el Ente Público Puertos del Estado, cuando rebase ese límite y, finalmente, el Consejo de Ministros, cuando la participación de la Autoridad Portuaria implique la adquisición de la posición mayoritaria).

Pues bien, si la razón justificativa de la regla del artículo 26.1.g) de la LPMM es la indicada, ha de entenderse, a juicio de esta Dirección, que, aunque dicho precepto sólo se refiera expresamente a la participación de las Autoridades Portuarias en sociedades mercantiles, la regla en cuestión es también aplicable por analogía, dada la identidad de razón entre ambos supuestos (cfr. artículo 4.1 del Código Civil), a la participación de aquellas entidades públicas en fundaciones. En efecto, no tendría sentido que la autorización se exigiese respecto de la participación de las Autoridades Portuarias en sociedades mercantiles y, en cambio, no se exigiese respecto de la participación de aquéllas en otras entidades de naturaleza y configuración jurídicas distintas, como es el caso de las fundaciones, cuando

en este último supuesto se efectúan también aportaciones económicas por las Autoridades Portuarias y, por tanto, existen desplazamientos de recursos de ese carácter de aquéllas a otras entidades.

Justificándose, pues, por las consideraciones precedentes, que la participación de las Autoridades Portuarias en entidades de naturaleza fundacional está sometida a la regla del artículo 26.1.g) de la LPMM, debe examinarse seguidamente a qué ente u órgano corresponde la competencia para otorgar la autorización en el caso a que se refiere el presente informe.

Aunque por los antecedentes remitidos no puede determinarse con la necesaria certeza si la aportación de cada una de las Autoridades Portuarias que pretenden constituir la Fundación rebasa o no el 5% de sus respectivos ingresos anuales, es lo cierto que, a la vista de la estipulación undécima del proyecto de convenio de cooperación y colaboración, la aportación conjunta de aquellas entidades públicas alcanza el 89,69 por 100 de la dotación de la fundación que se prevé constituir. Así las cosas, y puesto que el inciso final del artículo 26.1.g) de la LPMM exige autorización del Consejo de Ministros en los casos de adquisición (o pérdida) de la posición mayoritaria, cabe plantearse si dicha posición mayoritaria ha de determinarse por referencia al conjunto de las aportaciones de las reiteradas entidades públicas (supuesto en el que sería precisa la autorización del Consejo de Ministros, al alcanzar la suma de las aportaciones de las Autoridades Portuarias el aludido porcentaje de la dotación de la fundación) o si ha de determinarse en relación con cada Autoridad Portuaria individualmente considerada (hipótesis en la que no se precisaría de la autorización del Consejo de Ministros, ya que ninguna Autoridad Portuaria adquiere una posición mayoritaria). Pues bien, aunque el concepto de posición mayoritaria se predique propiamente de un socio o partícipe de una entidad y cada Autoridad Portuaria sea una entidad con personalidad jurídica propia, esta Dirección estima razonable entender que ha de prevalecer el primero de los criterios indicados, teniendo en cuenta que, por ser las Autoridades Portuarias entidades instrumentales de la Administración del Estado, la constitución por varias de dichas entidades de una fundación en la que participe también la Comunidad Autónoma de Andalucía da lugar a que la relación o comparación deba establecerse, en buena lógica, entre la participación (indirecta) de la Administración del Estado y la participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, correspondiendo a la primera la posición mayoritaria. Debe, pues, concluirse, como sostiene la Abogacía del Estado en Cádiz, cuyo criterio hace suyo la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, que la constitución de la Fundación a que se refiere el presente informe precisaría de la autorización del Consejo de Ministros.

- II -

Se recaba, en segundo lugar, el parecer de este Centro Directivo sobre la conformidad a Derecho del convenio de cooperación y colaboración que se pretende concertar para la constitución de la Fundación “Instituto de Puertos de Andalucía”.

A la vista de las consideraciones que se exponen en el informe de Puertos del Estado reseñado en el antecedente 3º se estima necesario, a fin de dilucidar la conformidad a Derecho del aludido convenio de cooperación y colaboración, examinar previamente dos cuestiones. Ante todo, y como cuestión de carácter general, los límites a la constitución de fundaciones por entidades públicas; a continuación, y como cuestión específica del supuesto a que se refiere el presente informe, la posibilidad de que la Comunidad Autónoma de Andalucía participe en la constitución de la Fundación de continua referencia por razón de las competencias que puedan corresponder a dicha Comunidad en materia de puertos.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones enunciadas, no cabe duda de que, salvo previsión normativa que lo prohíba, las entidades de derecho público pueden constituir fundaciones. Así, el artículo 6 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (LF),

tras disponer en su apartado 1 que “podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas;” preceptúa en su apartado 4 que “las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.”

Debiendo, pues, afirmarse con la salvedad indicada la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones, y puesto que, respecto de las entidades públicas integradas en la denominada Administración Institucional rige el principio de especialidad de fines (cfr. el artículo 7 de la derogada Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 y el artículo 44.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), lo que tiene por consecuencia que los fines de las fundaciones que constituyan aquellas entidades deben estar relacionados con las funciones encomendadas a las mismas, la cuestión de los límites al ejercicio de esa capacidad surge por razón de la regla o principio de irrenunciabilidad de la competencia que sanciona el artículo 12.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), según el cual “la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo en los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes.”

Pues bien, si, con arreglo al precepto que acaba de transcribirse, la competencia es indisponible a la voluntad del órgano que la tiene encomendada y ha de ejercerse precisamente por dicho órgano, debe entenderse, salvo previsiones legales en otro sentido, que no sería jurídicamente admisible la constitución por una entidad pública de una fundación cuyos fines consistan en el ejercicio de funciones y cometidos que tenga legalmente asignados aquella entidad pública, en términos tales que la fundación sustituya a la entidad pública que la creó en el ejercicio de sus atribuciones, dando lugar así a un vaciamiento de la competencia de la persona jurídica pública; dicho en otros términos, no es jurídicamente admisible que mediante la constitución de una fundación por una entidad pública ésta trasvase el ejercicio de todas o algunas de sus competencias a la fundación por ella creada.

Si, por las razones expuestas, el principio de irrenunciabilidad de la competencia constituye, en el sentido indicado, un límite a la creación de fundaciones por personas jurídico-públicas, ha de entenderse que ese límite no se rebasará cuando, salvo las previsiones legales al respecto, los fines que persigan las fundaciones creadas por entidades públicas se traduzcan en funciones que, sin implicar ejercicio de competencias propias de la entidad pública que haya constituido la fundación ni interferir en ellas, contribuyan o coadyuven a la consecución de los fines encomendados a la propia entidad fundadora, configurándose así la actividad de la fundación como una actividad colateral respecto de la que compete a la entidad pública que constituyó la fundación.

Pasando a aplicar las consideraciones anteriores al supuesto a que se refiere el presente informe, debe entenderse, a juicio de este Centro, que la constitución de la Fundación “Instituto de Puertos de Andalucía” no rebasaría, a la vista de sus fines, el límite indicado.

La estipulación quinta del proyecto de convenio de continua referencia y el artículo 7 del proyecto de estatutos de la Fundación establecen como fines de la misma los siguientes:

- “1.- Contribuir a la permanente mejora de la capacitación de los profesionales que desarrollan su actividad en el ámbito portuario, fomentando la modificación de sus actitudes hacia la mayor información, la innovación y al cambio que, en cada momento, vaya marcando la progresiva internacionalización de la economía.
- 2.- Contribuir al desarrollo continuado de estudios e investigaciones que faciliten el desarrollo tecnológico y la innovación en el sector marítimo-portuario.
- 3.- Contribuir a la mejora de la gestión del comercio exterior a través de la concienciación del sector productivo en la importancia económica del transporte de mercancías por la

vía marítima y la logística de la distribución, como elementos clave de la competitividad territorial y económica de la Comunidad.

- 4.- Contribuir a fomentar las actividades comerciales e industriales relacionadas con el tráfico marítimo-portuario, ayudando a la proyección portuaria cerca de sus mercados nacionales e internacionales, con especial atención a los mercados de Marruecos y del resto de los países del Magreb.
- 5.- Contribuir a fomentar, promocionar y desarrollar iniciativas divulgativas, culturales y de cualquier tipo, que favorezcan la integración de la Comunidad Portuaria, en general, y de la Administración Portuaria, en particular, en su entorno territorial y social.
- 6.- En definitiva, fomentar la proyección económica y social de la realidad portuaria, de sus operadores y usuarios, particularmente referida a los puertos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, apoyándose en las ventajas de la cooperación con otras entidades nacionales y extranjeras para el cumplimiento de sus fines”

De la lectura de la estipulación y artículo transcritos se desprende que, aunque los fines de la Fundación quedan referidos a materias sobre las que se proyecta la competencia de las Autoridades Portuarias (artículos 36 y 37 de la LPMM), lo que, según lo dicho antes, no podría ser de otro modo, ello no implica que la Fundación asuma, en sustitución de las Autoridades Portuarias y, por tanto, desplazando a éstas, el ejercicio de competencias que legalmente están atribuidas a dichas entidades públicas, en términos tales que, una vez constituida la Fundación, sea ésta y no aquéllas quien adopte las oportunas decisiones, ya que los fines de la Fundación se traducen en funciones que los repetidos estipulación y artículo definen como funciones de “contribución”. En efecto, la contribución a la mejora de la capacitación de los profesionales del sector y de la gestión del comercio exterior al desarrollo de estudios e investigaciones y al fomento de las actividades comerciales e industriales relacionadas con el tráfico marítimo portuario no son sino funciones que, de acuerdo con la significación usual del término “contribuir” (ayudar a otro al logro de un fin), presuponen una actividad que se realiza por un sujeto distinto (Autoridades Portuarias) del que presta esa ayuda (Fundación que se pretende constituir), sin que este último sustituya a aquél en la realización de esa actividad.

Puede, pues, concluirse, en relación con la primera de las cuestiones enunciadas más arriba, que con la constitución de la Fundación “Instituto de Puertos de Andalucía” no se rebasaría el límite impuesto por el principio de indisponibilidad o irrenunciabilidad de la competencia, respecto a la que tienen atribuida las Autoridades Portuarias.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones enunciadas posibilidad de que la Comunidad Autónoma de Andalucía participe en la constitución de la Fundación por razón de las competencias que ostenta dicha Comunidad, debe hacerse, ante todo, una precisión. Aunque en el convenio de cooperación y colaboración que se pretende concertar interviene, a través de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo que permite considerar que la intervención de dicha Comunidad Autónoma lo es en concepto de fundadora, ya que, por una parte, el referido convenio tiene por objeto exclusivamente la constitución de una entidad de naturaleza fundacional y, por otra parte, no se deduce que la aludida Comunidad Autónoma intervenga con otro carácter como pudiera ser el de Administración a la que corresponda autorizar la participación de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía en la constitución de la fundación, es lo cierto que, según resulta de la cláusula undécima del aludido convenio, la reiterada Comunidad Autónoma no efectúa ninguna aportación a la dotación fundacional, siendo así que la condición de fundador exige inexcusablemente la realización de la oportuna aportación. No obstante, y como quiera que nada impide que la Comunidad Autónoma de Andalucía efectúe posteriormente una aportación económica, al amparo de lo previsto en el artículo 10.4 de la LF, participando así en la Fundación, ha de considerarse, siquiera sea como hipótesis, la participación de aquella Comunidad Autónoma en la Fundación.

Hecha la anterior precisión, debe señalarse que la gestión de los puertos de interés general y, por tanto, la prestación del servicio portuario en los mismos es, sin duda alguna, competencia del Estado, conforme resulta del artículo 149.1.20ª de la Constitución y del artículo 10 de la LPMM, y no de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya competencia queda circunscrita, según el artículo 13.11 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, a los puertos “que no tengan la calificación legal de interés general del Estado,” así como a los “puertos de refugio, puertos ... deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales”

Ahora bien, aunque la Comunidad Autónoma de Andalucía no tenga competencia en relación con los puertos de interés general ubicados en su territorio, ello no significa que dicha Comunidad Autónoma no tenga relación o intervención alguna en las entidades públicas a las que está encomendada la gestión de los referidos puertos. Así, en la Exposición de Motivos de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de la LPMM, se dice (párrafo tercero) que “dada la organización territorial del Estado y el impacto económico y social que para las Comunidades Autónomas tienen los puertos de interés general ubicados en su territorio, resulta conveniente establecer las medidas precisas para facilitar que aquéllas participen con mayor intensidad en la estructura organizativa de las Autoridades Portuarias, al objeto de que las decisiones que éstas adopten en el ejercicio de las competencias y funciones que le Ley les atribuye puedan integrar de manera más efectiva los propios intereses económicos y territoriales de las Comunidades Autónomas afectadas;” fijándose en la propia Exposición de Motivos citada, como una de las metas que se pretenden alcanzar con la modificación del modelo de organización y explotación del sistema portuario establecido por la LPMM, la de “regular la participación de las Comunidades Autónomas en la estructura y organización de los puertos de interés general, a través de la designación de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias. A tal fin prosigue la misma Exposición de Motivos se establece que las Comunidades Autónomas designen a su Presidente y determinen la composición última de su Consejo de Administración, aunque garantizando, en todo caso, la presencia en éste de la Administración local, autonómica y central, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y de los sectores económicos relevantes relacionados con el tráfico portuario” En consonancia con las declaraciones de la reiterada Exposición de Motivos, los artículos 40 y 41 de la LPMM, tras la modificación introducida por la Ley 62/1997, atribuyen a las Comunidades Autónomas (y ciudades de Ceuta y Melilla): 1) La designación y separación de los Presidentes de las Autoridades Portuarias; 2) La determinación de un número de Vocales del Consejo de Administración entre un mínimo de 15 y un máximo de 20; 3) La designación y separación de los Vocales del Consejo de Administración que representen, respectivamente, a la Administración General del Estado, a los municipios en cuyo término esté localizada la zona de servicio del puerto, a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, y a las organizaciones empresariales y sindicales y de sectores económicos relevantes en el ámbito portuario, a propuesta, en cada caso, de las Administraciones Públicas, entidades y organismos representados en aquel Consejo; y 4) La designación y separación de los Vocales del Consejo de Administración que representen a la propia Comunidad Autónoma.

Pues bien, si, como consecuencia de la repercusión que en los intereses económicos y territoriales de las Comunidades Autónomas tiene la actividad que se desarrolla en los puertos de interés general, la LPMM atribuye a dichas Comunidades una importante participación en la estructura y organización de los referidos puertos y, más concretamente, en los máximos órganos de gobierno de las entidades a las que está encomendada su gestión, el propio reconocimiento legislativo de la intervención o participación de las Comunidades Autónomas en las entidades gestoras de los puertos de interés general justifica que aquéllas puedan intervenir, como cofundadoras y junto a las Autoridades Portuarias de su ámbito territorial, en la constitución de una fundación cuya finalidad consista, en esencia, en la promoción o fomento del sector portuario y del tráfico marítimo-portuario, como acontece en el caso que se examina, con las evidentes repercusiones que ello tendría en los intereses económicos,

sociales y territoriales de la Comunidad Autónoma andaluza. Sería, en efecto, un contrasentido que, una vez reconocida legalmente la participación de las Comunidades Autónomas en los máximos órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias, al objeto, como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 62/1997, de que las decisiones que éstas adopten en el ejercicio de las competencias y funciones que la ley les atribuye puedan integrar de manera más efectiva los propios intereses económicos y territoriales de las Comunidades Autónomas, se negase luego la posibilidad de que una Comunidad Autónoma participe en la constitución de una fundación cuyos fines se proyecten sobre el sector y actividad portuarios del territorio de aquélla.

A la vista de cuanto se ha dicho pueden, pues, formularse hasta este punto, y en relación con la cuestión examinada en el presente fundamento jurídico, dos conclusiones:

- 1) Puesto que, dados sus fines, la Fundación denominada "Instituto de Puertos de Andalucía" no asumiría, en sustitución de las Autoridades Portuarias, el ejercicio de las competencias y funciones que legalmente están atribuidas a dichas entidades públicas, no se estima justificado entender que la Comunidad Autónoma de Andalucía ejercería, como consecuencia de su hipotética participación en la Fundación y a través de ella, las competencias y funciones de las aludidas Autoridades Portuarias. En este sentido, este Centro Directivo no considera que la constitución de la repetida Fundación, caso de participar en ella la Comunidad Autónoma de Andalucía, sea contraria al orden de competencias que la Constitución y la LPMM establecen en materia de puertos marítimos de interés general.
- 2) La participación de las Comunidades Autónomas en la estructura y organización de los puertos de interés general y, más concretamente, en los máximos órganos de gobierno de las respectivas Autoridades Portuarias, justifica la posible participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la Fundación de continua referencia, sin que, en consecuencia, se aprecie ningún impedimento jurídico para ello.

- III -

Alcanzadas las anteriores conclusiones procede examinar seguidamente, a fin de completar el estudio de la segunda cuestión que plantea el escrito de consulta, lo relativo al Patronato y al Protectorado de la Fundación que se trata de constituir.

En relación con el Patronato, el artículo 17 del proyecto de estatutos de la aludida Fundación fija en 19 el número de miembros que componen dicho órgano, de los cuales 11 serían miembros natos y 8 miembros electivos. Prescindiendo de estos últimos y por lo que se refiere a los miembros natos, ostentarían esta condición el Consejero y Viceconsejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, el Secretario General de Planificación y el Director General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía y el Director Gerente de la Empresa de Puertos de Andalucía, por una parte, y los Presidentes de las seis Autoridades Portuarias que pretenden constituir la Fundación, por otra parte.

Dado que el Patronato es el órgano de gobierno y representación de la Fundación (artículo 12.1 de la LF), es razonable entender, pese a que la LF no contenga ninguna previsión al respecto, que, correspondiendo al fundador la designación de los miembros del Patronato, en el caso de pluralidad de fundadores, el número de miembros del órgano de gobierno designados por cada fundador guarde la debida proporción con la cuantía de la aportación efectuada por él. Pues bien, partiendo de esta premisa, en el caso que se examina no se cumple esta condición, ya que, pese a no estar previsto que la Comunidad Autónoma de Andalucía efectúe ninguna aportación, sin que, por tanto, pueda apreciarse que ostentase la condición de cofundador, se ha proyectado que designe cinco miembros. Por otra parte, en la hipótesis de que se considerase como aportación de dicha Comunidad Autónoma la efectuada por la Empresa Pública de Puertos de Andalucía, dada su condición de entidad instrumental de

aquella Comunidad, tampoco existiría la debida proporción, ya que dicha aportación alcanza el 10,31 por 100, en tanto que ascendiendo la aportación de las Autoridades Portuarias al 89,69 por 100, estas entidades designarían en total seis miembros.

Por lo que se refiere al Protectorado de la Fundación, el artículo 3 del proyecto de estatutos dispone que “la presente fundación se acoge al Protectorado de la Junta de Andalucía a través de la Consejería de Obras Públicas y Transportes (o de la de Educación y Ciencia, dada la inexistencia de Registro de Fundaciones y de Servicio Administrativo del mismo en la COPT):”

El artículo 32.2 de la LF atribuye a la Administración General del Estado el ejercicio del Protectorado respecto de las fundaciones de competencia estatal. No precisa, sin embargo, dicho texto legal cuáles sean las fundaciones de competencia estatal, cuestión que aborda el Reglamento de fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 316/1996, de 23 de febrero (RFCE), que fija el concepto de dichas fundaciones en función de un criterio estrictamente territorial; así, el artículo 1, párrafo primero, de dicho Reglamento dispone que “el presente Reglamento es de aplicación a las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de más de una Comunidad Autónoma.”

La conceptualización como fundaciones de competencia estatal de aquéllas que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, establecida en el artículo 1 del RFCE, tiene su fundamento indirecto o a contrario en las previsiones que, con base, a su vez, en el artículo 149.3, inciso inicial, de la Constitución (“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos”), establecen diversos Estatutos de Autonomía, así como la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a varias Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. Los referidos Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas competencia exclusiva respecto de las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, criterio espacial o territorial que reitera el artículo 2.f) del citado texto legal; más concretamente, y por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 13.25 de su Estatuto le atribuye competencia exclusiva en materia de “fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía.”

Aplicando, pues, al supuesto a que se refiere el presente informe, el criterio territorial que, con fundamento en las previsiones de diversos Estatutos de Autonomía y de la Ley Orgánica 9/1992, establece el artículo 1 del RFCE, habría que concluir que, puesto que la Fundación que se pretende constituir desarrollará principalmente, si no exclusivamente, sus funciones en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dicha Fundación no es de competencia estatal, por lo que el ejercicio del Protectorado respecto de la misma no correspondería a la Administración del Estado, sino a la Comunidad Autónoma de Andalucía, como lo vendría a confirmar el artículo 13.25 del Estatuto de dicha Comunidad.

Considera, sin embargo, este Centro que el anterior criterio no resulta atendible, sino que debe prevalecer el criterio contrario, según el cual la Fundación de continua referencia sería de competencia estatal, por lo que el ejercicio del Protectorado respecto de la misma ha de corresponder a la Administración del Estado, y ello con fundamento en la argumentación que sigue.

El reconocimiento que el artículo 6.1 de la LF hace de la capacidad de las personas jurídico-públicas para constituir fundaciones no puede desvincularse de la consecución de los fines de interés público que legalmente está encomendada a dichas personas jurídico-públicas y que constituye su razón de ser. Quiere decirse con ello que, si la figura de la fundación es una técnica o instrumento que el ordenamiento jurídico pone al servicio de las personas físicas o jurídicas privadas para la realización por ellas de actividades de interés general, con igual o mayor motivo ha de entenderse que en el caso de las personas jurídico-públicas, la cons-

titución de fundaciones es una técnica o instrumento para la consecución de los concretos fines de interés público que tienen encomendados aquellas personas jurídicas y, por tanto, un cauce o vía para el ejercicio de sus competencias, al ordenarse éstas precisamente a la realización de aquellos fines. Todo ello no obsta a la posibilidad de que la fundación que se cree pueda también contribuir a la satisfacción de los fines encomendados a otras personas jurídico-públicas (y, en su caso, privadas), que lógicamente serían cofundadoras.

Caracterizadas las fundaciones constituidas por personas jurídico-públicas, desde el punto de vista funcional, en los términos indicados, y partiendo de la premisa de que la primera condición de legalidad de la actuación administrativa consiste en que la actividad de cada Administración Pública se contraiga a su esfera de competencia, tal y como ésta aparece delimitada constitucional y legalmente, debe señalarse que si cada Administración Pública ha de actuar dentro de la esfera de sus competencias, sin poder interferir en el ejercicio de las competencias que corresponden a otra Administración Pública y ésta, a su vez, debe respetar en su actuación la competencia de aquélla, es indudable que este principio no puede quedar alterado en los casos en que la actuación de una Administración Pública tenga lugar a través de una entidad, sea ésta pública o privada, creada por aquélla, y ello en razón del propio carácter instrumental que, respecto de dicha Administración, tiene la entidad constituida por ella, en cuanto medio para el ejercicio de sus competencias. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional nº 52/1994, de 24 de febrero, declara que el hecho de que "Administración actúe sometida al Derecho mercantil o civil no la exonera de un deber de respetar el orden constitucional de competencias. Resulta indiferente prosigue la referida sentencia que su actuación sea llevada a cabo a través de órganos y servicios encuadrados en su administración o matriz o que, por el contrario, sea realizada por entidades con personalidad jurídica propia, pero controladas y dirigidas por la Administración del Estado. Tanto en un supuesto como en otro los actos emanados de la Administración estatal deben circunscribirse al ámbito que el bloque de constitucionalidad mantiene como competencia del Estado, y deben respetar los ámbitos que cada Estatuto de Autonomía ha atribuido a la competencia de la respectiva Comunidad Autónoma".

El principio anteriormente enunciado, y refrendado por la sentencia del Tribunal Constitucional transcrita en lo pertinente, lleva a la conclusión de que la utilización de una entidad instrumental por una determinada Administración Pública para el ejercicio de las competencias que le corresponden no puede alterar, en relación con dicha Administración, el régimen de distribución de competencias constitucional y legalmente establecido, de forma que ni la aludida Administración puede, a través de aquella entidad instrumental, invadir la competencia de otra Administración Pública ni ha de soportar injerencias o interferencias por parte de la Administración a la que en principio corresponda el ejercicio de funciones de control, tutela o supervisión del tipo o clase de entidad instrumental elegido; dicho más resumidamente, la competencia *ratione materiae* que una Administración Pública ejerce a través de una entidad creada por ella con esta finalidad no puede quedar afectada por la competencia que corresponda a otra Administración Pública sobre la clase de entidad instrumental elegida por aquella Administración; entender lo contrario equivaldría a considerar prevalente la competencia relativa a lo que es medial o instrumental sobre la competencia sectorial sustantiva o material, invirtiendo así el orden lógico-jurídico que resulta del carácter accesorio o secundario de lo instrumental.

Los consideraciones anteriores determinan que, en relación con las entidades de naturaleza fundacional constituidas por personas jurídico-públicas, deba entenderse que, aunque las Comunidades Autónomas ostenten, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía y de la Ley Orgánica 9/1992, competencia exclusiva respecto de las fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en sus correspondientes ámbitos territoriales, esa competencia no puede alcanzar a las fundaciones que constituyan la Administración del Estado o las entidades públicas vinculadas o dependientes de ella para el ejercicio de sus competencias, ya que, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias números 118/1996, de 27 de junio; 61/1997, de 20 de marzo; y 65/1998, de 18

de marzo, entre otras) el hecho de que una Comunidad Autónoma ostente una competencia con el carácter de exclusiva no puede enervar el ejercicio por parte del Estado de aquellas competencias que le corresponden en virtud de otros títulos.

El criterio que aquí se mantiene queda confirmado por la regla del artículo 123.3, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre (TRLGP), introducida por el artículo 43.6 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, según la cual “se entenderá que son fundaciones de competencia o titularidad pública estatal aquéllas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos o las demás entidades del sector público estatal”.

Aunque, considerado aisladamente, el precepto que acaba de transcribirse establecido por norma aprobada con el carácter de ley ordinaria altera o modifica las previsiones sobre competencia de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones establecidas por normas aprobadas con el carácter de leyes orgánicas (Estatutos de Autonomía y Ley Orgánica 9/1992), dado que el artículo 123.3, párrafo segundo, del TRLGP atiende, para determinar la competencia estatal, a un criterio o razón que cabe calificar como económico (participación mayoritaria en la dotación de la fundación), y no a un criterio territorial (desarrollo de las funciones de la fundación en el territorio de más de una Comunidad Autónoma), que es el que derivaría a sensu contrario, como se ha indicado, de los Estatutos de Autonomía y de la Ley Orgánica 9/1992, el referido precepto no supone una vulneración del principio de competencia que preside las relaciones entre leyes orgánicas y leyes ordinarias y que se traduce, según reiterada jurisprudencia constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero; 6/1981, de 16 de marzo; 137/1986, de 6 de noviembre; y 99/1987, de 11 de junio, entre otras), en la imposibilidad de que las previsiones de una ley orgánica puedan ser modificadas por una ley ordinaria, ya que la regla del artículo 123.3, párrafo segundo, del TRLGP no es sino la formulación explícita de la consecuencia a que conducen los dos principios antes indicados y que resultan de la interpretación lógica de las normas sobre distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas contenidas en el bloque de constitucionalidad: 1) La constitución de una entidad instrumental por la Administración del Estado (o entidad pública vinculada o dependiente de la misma) para el ejercicio de una competencia de la que es titular la aludida Administración no puede dar lugar a una injerencia o interferencia en el ejercicio de esa competencia por parte de aquella Administración a la que corresponda el ejercicio de funciones de control, tutela o supervisión sobre el tipo o clase de entidad instrumental de que se trate (en el caso, fundación); y 2) La competencia exclusiva que sobre una determinada materia corresponde a una Comunidad Autónoma no puede enervar el ejercicio por parte del Estado de aquellas competencias que le correspondan en virtud de otros títulos.

Aplicando las consideraciones precedentes al caso a que se refiere el presente informe, debe entenderse que no es jurídicamente admisible que el ejercicio del Protectorado sobre la proyectada Fundación “Instituto de Puertos de Andalucía” corresponda a la Comunidad Autónoma de Andalucía, lo que presupondría la competencia de esa Comunidad Autónoma respecto de dicha Fundación. En efecto, puesto que la Fundación de que se trata estaría constituida (además de por la Empresa Pública de Puertos de Andalucía) por entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración del Estado, como son las Autoridades Portuarias de Almería-Motril, Málaga, Bahía de Algeciras, Bahía de Cádiz, Sevilla y Huelva, cuya participación en la dotación de la Fundación alcanzaría el 89,69 por 100, el ejercicio del Protectorado sobre dicha Fundación por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía daría lugar a una injerencia o interferencia por dicha Comunidad Autónoma en la competencia que, con arreglo al artículo 149.1.20ª de la Constitución y al artículo 10 de la LPMM, corresponde al Estado en materia de gestión de puertos de interés general y prestación del servicio portuario en dichos puertos y que se ejerce, como se ha dicho, por entidades públicas vinculadas a la Administración del Estado. La aludida interferencia se pondría de manifiesto al ejercitar el Protectorado las funciones que le asignan el artículo 32 de la LF y el artículo 22 del RFCE en

relación con la constitución de las fundaciones, el Patronato, el patrimonio de las fundaciones, la modificación, fusión y extinción de estas entidades y el ejercicio de acciones judiciales.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho, debe concluirse que el ejercicio del Protectorado respecto de la Fundación que se pretende constituir correspondería a la Administración General del Estado y no a la Comunidad Autónoma de Andalucía, apreciándose, por ello, que el artículo 3º del proyecto de estatutos de aquella entidad incurre en infracción del orden de competencias constitucional y legalmente establecido.

- IV -

Examinada la cuestión relativa a la conformidad a Derecho de la constitución de la Fundación “Instituto de Puertos de Andalucía”, y no apreciándose, en relación con los aspectos analizados en los fundamentos jurídicos II y III del presente informe, ninguna irregularidad, salvo en lo concerniente a la composición del Patronato y al ejercicio del Protectorado, queda por determinar cuál sea la actuación procedente para evitar dichas irregularidades.

Una vez razonada que la participación de las Autoridades Portuarias de Almería-Motril, Málaga, Bahía de Algeciras, Bahía de Cádiz, Sevilla y Huelva en la constitución de la Fundación precisa de la autorización del Consejo de Ministros, la aludida actuación debe residenciarse, en opinión de este Centro Directivo, en el marco del control en que se traduce dicha autorización. Si la esencia de la autorización, como técnica administrativa de control, consiste en permitir la realización de una determinada actuación, material o jurídica, previa estimación o comprobación de que dicha actuación es conforme al interés público que se pretende tutelar mediante la propia autorización, resulta justificado que, junto a razones de oportunidad y, más concretamente, a las económicas a las que alude principalmente el artículo 26.1.g) de la LPMM, se consideren también, para la decisión que deba adoptarse sobre la concesión o denegación de la autorización, aspectos de carácter jurídico, como son los relativos a la composición del Patronato y al ejercicio del Protectorado, máxime cuando estos extremos tendrían una innegable repercusión, dadas las funciones que la legislación sobre fundaciones asigna al Patronato y al Protectorado, en la dirección o sentido en que se orientasen las actividades de la futura Fundación, en su propia gestión y en el control del cumplimiento de sus fines.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La constitución de la Fundación denominada “Instituto de Puertos de Andalucía” por las Autoridades Portuarias de Almería-Motril, Málaga, Bahía de Algeciras, Bahía de Cádiz, Sevilla y Huelva precisa de la autorización del Consejo de Ministros.

Segunda.- Dado que, por razón de sus fines, la Fundación “Instituto de Puertos de Andalucía” no asumiría, en sustitución de las Autoridades Portuarias citadas, el ejercicio de las competencias y funciones que legalmente están atribuidas a dichas entidades públicas, no se considera justificado entender que la Comunidad Autónoma de Andalucía ejercería, en el caso de participar en la citada Fundación, las competencias y funciones de aquellas Autoridades Portuarias. No se estima, por ello, que la constitución de la aludida Fundación sea, caso de participar en ella la Comunidad Autónoma de Andalucía y sólo por este hecho, contraria al orden de competencias que la Constitución y la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante establecen en materia de puertos marítimos de interés general.

Tercera.- La participación de las Comunidades Autónomas en la estructura y organización de los puertos de interés general ubicados en sus respectivos territorios y, más concretamente, en los máximos órganos de gobierno de las respectivas Autoridades Portuarias, justifica la posible participación de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la Fundación "Instituto de Puertos de Andalucía," sin que, en consecuencia, se aprecie ningún impedimento jurídico para ello.

Cuarta.- El número de miembros natos del Patronato de la Fundación de que se trata designados por la Comunidad Autónoma de Andalucía no respeta la regla propia de los casos de pluralidad de fundadores de proporcionalidad entre el número de Patronos designados por cada fundador y la cuantía de la aportación a la dotación fundacional efectuada por él.

Quinta.- El ejercicio del Protectorado sobre la reiterada Fundación corresponde a la Administración General del Estado y no a la Comunidad Autónoma de Andalucía, apreciándose, en consecuencia, que el artículo 3º del proyecto de estatutos de aquella Fundación incurre en infracción del orden de competencias constitucional y legalmente establecido.

Sexta.- La corrección de los extremos indicados en las conclusiones cuarta y quinta habría de efectuarse, de acuerdo con lo indicado en el fundamento jurídico IV del presente informe, en el marco del control en que se traduce la autorización que, según lo indicado en la conclusión primera, precisaría la constitución de la Fundación.

8.- Informe sobre nuevo modelo de convenio de asistencia jurídica entre las Autoridades Portuarias y el Ministerio de Justicia (Abogacía General del Estado)

Resumen

Consulta sobre nuevo modelo de convenio de Asistencia Jurídica entre las Autoridades Portuarias y el Ministerio de Justicia (Abogacía General del Estado). Principios que regulan las cantidades abonadas a los Abogados del Estado que siendo Vocales de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias desempeñan funciones de asesoramiento jurídico o actúan como Secretarios de dichos Consejos: 1) Tienen la consideración de dietas del R.D. 462/2002 sin que puedan calificarse como retribuciones al ser ello contrario a la Ley 53/1984; 2) No pueden superar esas dietas o asistencias los límites establecidos en el R.D. 462/2002; 3) Los aludidos Abogados del Estado pueden percibir, dentro de ese límite, cantidades superiores a los demás Vocales del Consejo de Administración. Interpretación del artículo 40.5.d) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante: faculta al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria para fijar el régimen económico del mismo pero dentro de los límites del R.D. 462/2002. Criterio favorable al nuevo modelo de convenio.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 33/03

Fecha: 10 julio 2003.

Ponente: Raquel Ramos Vallés

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. relativa al nuevo modelo de Convenio de Asistencia Jurídica entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado) y las Autoridades Portuarias y, en relación a dicha consulta (y a la vista de los antecedentes remitidos), emite el siguiente informe:

- I -

Con carácter previo al examen del contenido del modelo de Convenio de Asistencia Jurídica sobre el que se solicita informe, interesa destacar que las cantidades abonadas a los Abogados del Estado que, siendo vocales de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias, son también Secretarios de dichos Consejos, desempeñan funciones de asesoramiento jurídico o actúan como coordinadores de los Convenios de Asistencia Jurídica suscritos con la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, responden a los siguientes principios:

- 1.- Las cantidades abonadas a los aludidos Abogados del Estado tienen la consideración jurídica de dietas o asistencias de las previstas en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, de indemnizaciones por razón de servicio, siendo por su naturaleza indemnizaciones o compensaciones en sentido técnico-jurídico, sin que tales cantidades puedan calificarse como retribuciones por los servicios de asistencia jurídica desempeñados por dichos Abogados del Estado, por resultar tal posibilidad contraria a lo establecido en los artículos 1.1 y 8 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que, con las únicas excepciones expresamente previstas en la propia Ley, prohíbe el desempeño de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público.
- 2.- Siendo las cantidades abonadas a los Abogados del Estado de constante referencia dietas o asistencias en sentido técnico-jurídico, el importe de las mismas no podrá superar los límites máximos que con carácter general se establecen en el Real Decreto 462/2002.

3.- Respetando los límites máximos que con carácter general se establecen en el citado Real Decreto 462/2002, resulta admisible que las cantidades percibidas por los referidos Abogados del Estado Vocales de los Consejos de Administración de Autoridades Portuarias que, además, sean Secretarios de dichos órganos o desempeñen funciones de asesoramiento jurídico de aquellas Entidades sean superiores a las de otros miembros del Consejo, en atención a las funciones adicionales que aquéllos desempeñan.

Dicho de otro modo, el Abogado del Estado en quien concurren las circunstancias indicadas podrá percibir dietas o asistencias superiores a las del resto de los miembros del Consejo, pero siempre dentro de la cuantía máxima autorizada por el Ministro de Hacienda.

4.- El artículo 40.5.d) de la LPMM, que entre las funciones atribuidas a los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias incluye la de “establecer sus normas de gestión y sus reglas de funcionamiento interno, su régimen económico y funciones del Secretario...”, no puede interpretarse en el sentido de que tal precepto permita el establecimiento de un régimen retributivo para los miembros de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias distinto al previsto con carácter general para el resto de Consejos y Órganos de Administración de Organismos y Empresas Públicas.

Y ello por cuanto que del bloque normativo de la función pública se infiere la voluntad del legislador de establecer un régimen general y uniforme en materia de indemnizaciones por razón de servicio:

- Así se desprende, en primer lugar, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública, cuyo artículo 23, al regular los conceptos retributivos aplicables a los funcionarios públicos, dispone que “los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio”, estando incluido el citado artículo 23 entre los preceptos que el artículo 1.3 de dicho texto legal enumera como “bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución y aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas”.
- Se desprende también dicha conclusión, en segundo lugar, de la vigente normativa en materia de incompatibilidades, concretamente de la ya citada Ley 53/1984, cuyo artículo 8 tiene, conforme a la disposición final primera, carácter de “bases del régimen estatutario de la función pública”, lo que por las mismas razones anteriormente apuntadas resulta difícilmente conciliable con el reconocimiento de excepciones referidas a un determinado Ente público.
- Finalmente, la misma conclusión se desprende de los Reales Decretos reguladores de las indemnizaciones por razón de servicio, pues la finalidad perseguida tanto por el vigente Real Decreto 462/2002 como por su precedente, el Real Decreto 236/1988, es el establecimiento de un sistema de abono de dietas o asistencias por la concurrencia a las reuniones de Órganos colegiados de la Administración o Consejos de Administración de Organismos y empresas públicas de aplicación general y uniforme, explicitando el Preámbulo del vigente Real Decreto 462/2002 la voluntad del legislador de aprobar un nuevo texto legal “... desde una perspectiva general del control y contención del gasto público”, finalidad con la que resulta incompatible el reconocimiento de habilitaciones puntuales para la fijación de dietas o asistencias cuyo importe supere el previsto con carácter general en las normas vigentes, no apreciándose justificación para sostener una interpretación del artículo 40.5.d) de la LPMM que conduzca al reconocimiento de una excepción a dicho régimen general aplicable al personal que concorra a las reuniones de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias.

En suma, resulta mucho más acorde con la finalidad de las citadas normas una interpretación del artículo 40.5 d) de la LPMM que sostenga la competencia del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias para fijar su régimen económico, pero dentro de los límites

establecidos con carácter general en el ordenamiento jurídico vigente, esto es, dentro de los límites establecidos en el Real Decreto 462/2002.

Otra interpretación del artículo 40.5 d) de la LPMM conduciría a un trato desigualitario, desde el momento en que las asistencias que se abonarían por la concurrencia a reuniones de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias estarían al margen de las previsiones del Real Decreto 462/2002 y, en cambio, las asistencias que se abonasen por la concurrencia a reuniones de Consejos de Administración de otros organismos públicos quedarían sujetas a las previsiones del citado Real Decreto, estableciéndose así, por razón del organismo o Entidad pública de que se tratase, un tratamiento desigualitario cuya justificación no se alcanza a comprender.

5.- Finalmente, la posibilidad de proceder a la fijación de importes anuales a tanto alzado en concepto de dietas o asistencias por la concurrencia a las reuniones de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias no es, per se, un sistema inadmisibles de fijación de dietas o asistencias, pues el obstáculo teórico del posible abono de dietas correspondientes a Consejos no celebrados que dicho sistema lleva consigo se salva con la posibilidad, siempre presente, de dividir el importe fijado anualmente a tanto alzado por el número de sesiones efectivamente celebradas a las que hubiese asistido el interesado, ajustando a dicho número la cantidad global que corresponda percibir a cada miembro del Consejo en cada ejercicio.

En cualquier caso, se considera que lo relevante, más que periodicidad en la fijación de las dietas o asistencias, en función de módulos anuales, es, por una parte, la cuantificación de su importe, que, de acuerdo con las consideraciones anteriores, habrá de ajustarse en cuanto a máximos a las normas generales establecidas en materia de indemnizaciones por razón de servicio, esto es, al Real Decreto 462/2002 y, por otra parte, la aludida circunstancia de que la cuantía a recibir coincida con la correspondiente al número de sesiones efectivamente celebradas y con concurrencia del vocal o miembro de que se trate.

- II -

Las consideraciones anteriores han de tenerse en cuenta para valorar la adecuación a Derecho del nuevo modelo de Convenio de Asistencia Jurídica entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado) y las Autoridades Portuarias, sobre el que se solicita informe.

Así, el sistema de retribución que se recoge en la cláusula sexta del modelo de Convenio distingue cuatro previsiones:

1.- Se propone, en primer lugar, el abono al Abogado del Estado vocal del Consejo de Administración de Autoridades Portuarias de la cantidad fijada para el resto de sus miembros, conforme al artículo 40.5.d) de la LPMM.

Esta primera previsión, referida a los supuestos en los que el Abogado del Estado sea únicamente Vocal del Consejo de Administración de Autoridades Portuarias, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 de la LPMM, no plantea ninguna objeción.

2.- En segundo lugar, se prevé el abono al Abogado del Estado designado en alguno de los conceptos previstos en el número primero de la cláusula cuarta del Convenio (Secretario del Consejo de Administración, Asesor Jurídico del mismo, Secretario del Consejo de Navegación y Puerto o asistente al mismo en calidad de Asesor Jurídico), de la cantidad anual fijada por el Ministerio de Hacienda para las sociedades estatales de segunda categoría de la Dirección General del Patrimonio del Estado, actualizada anualmente en un porcentaje igual al previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado como incremento de las retribuciones del personal al servicio de la Administración General del Estado.

De dicha cláusula cuarta se desprende que los Abogados del Estado a los que se refiere este supuesto concurrirían, con voz y sin voto, a las reuniones del respectivo Consejo, siendo dicha concurrencia el presupuesto para el devengo de la dieta o asistencia regulada en los artículos 27.1 a) y 28 del Real Decreto 462/2002.

En relación con esta segunda previsión, y respecto a la fórmula de actualización prevista debe tenerse en cuenta que, si de acuerdo con lo indicado en el apartado anterior, las cuantías abonadas a los Abogados del Estado que presten servicios de asesoramiento jurídico no pueden considerarse retribución por los servicios prestados en tal concepto, por impedirlo la Ley 53/1984 y, en consecuencia, tales cuantías han de configurarse como dietas o asistencias de las previstas en los artículos 27.1 a) y 28 del Real Decreto 462/2002, la actualización de su importe habrá de ajustarse a lo dispuesto para tales dietas o asistencias, con carácter general, en el propio artículo 28 del citado Real Decreto.

Respecto a la forma de pago de la cantidad anual fijada para las sociedades de segunda categoría que en este supuesto se contempla, resultan de aplicación las consideraciones efectuadas en el apartado anterior en relación a la necesidad de que la cantidad que, en su caso, se satisfaga a tanto alzado coincida, mediante el correspondiente prorrateo, con la correspondiente al número de sesiones efectivamente celebradas.

3.- La tercera previsión se refiere al supuesto de que en el Abogado del Estado designado como Vocal del Consejo de Administración concurriera simultáneamente la condición de Secretario de dicho órgano o Letrado asesor del mismo, en cuyo caso la dieta prevista en el anterior supuesto se elevará "hasta la prevista en cada momento por el Ministerio de Hacienda para los órganos de administración de primera categoría o la correlativa cantidad superior que el Consejo de Administración determine en el ejercicio de sus competencias conforme al artículo 40.5.d) de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante".

Resultan aplicables igualmente en este punto las consideraciones efectuadas en el apartado anterior, en relación a la necesidad de interpretar la facultad prevista en el artículo 40.5 d) de la LPMM como facultad del Consejo de fijar el régimen retributivo de sus miembros, pero siempre dentro de los límites establecidos con carácter general para el resto de las Administraciones Públicas, es decir, dentro de los límites que resultan del Real Decreto 462/2002.

4.- La última previsión se refiere al supuesto de que en el Abogado del Estado designado como Vocal, Secretario o letrado asesor del Consejo de Administración concurriera simultáneamente la condición de coordinador de la asistencia jurídica convenida con el Servicio Jurídico del Estado, en cuyo caso corresponderá a la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado abonar la cantidad correspondiente en concepto de productividad por las funciones derivadas de tal coordinación, previsión respecto de la cual no cabe formular objeción alguna.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Las cantidades que se abonen a los Abogados del Estado que sean Vocales de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias y a su vez Secretarios del Consejo, Asesores jurídicos o Coordinadores de los Convenios de Asistencia Jurídica suscritos con la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado responden a los principios que se enuncian en el apartado I del presente informe, siendo tales cantidades dietas o asistencias en sentido técnico-jurídico cuyo importe máximo está sujeto a los límites previstos con carácter general en el Real Decreto 462/2002, de indemnizaciones por razón de servicio, y sin que puedan considerarse retribuciones por los servicios de asistencia jurí-

dica prestados, por ser tal posibilidad contraria a lo establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con lo indicado en dicho apartado I, resulta jurídicamente admisible abonar a tales Abogados del Estado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.5 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puestos del Estado y de la Marina Mercante, cantidades superiores a las correspondientes al resto de miembros del Consejo en atención a las funciones de asistencia jurídica desempeñadas, pero siempre dentro de los límites generales establecidos en el Real Decreto 462/2002.

Segunda.- En relación con el contenido del borrador de Convenio de Asistencia Jurídica entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia, Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado) y las Autoridades Portuarias, cuya copia se adjunta, deberían tenerse en cuenta las consideraciones efectuadas en el apartado II del presente informe.

9.- Régimen de incompatibilidades del Presidente, Director Técnico y Directores de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias de acuerdo con la Ley 5/2006, de 5 de abril

Resumen

Consulta sobre diversas cuestiones que suscita la aplicación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado a los Entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias.

- 1) Condición de altos cargos de los Presidentes y Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias. Condición de alto cargo del Presidente del Ente público Puertos del Estado.
- 2) Improcedencia de apreciar la condición de altos cargos en los Directores del Ente público Puertos del Estado.
- 3) Procedencia de que los referidos altos cargos perciban remuneraciones por su participación como ponentes en congresos, seminarios, jornadas de trabajo, etc.; imposibilidad de percibir remuneraciones en concepto de dietas por asistencia a consejos de administración.
- 4) Análisis de la regla de incompatibilidad establecida en el artículo 8.1 de la Ley 5/2006: (examen de lo que debe entenderse por resolución; supuestos de delegación, delegación de firma y avocación; resoluciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2006 por quienes actualmente ostentan la condición de altos cargos; interpretación del supuesto establecido en el artículo 8.1.b) de dicha Ley).
- 5) Imposibilidad de apreciar la causa de incompatibilidad del artículo 8.1 en el Presidente de Puertos del Estado por razón de las resoluciones dictadas por las Autoridades Portuarias.
- 6) Ambito territorial de la causa de incompatibilidad del artículo 8.1: se extiende a todo el territorio nacional.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 58/06 (R-160/06)

Fecha: 1 junio 2006.

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre diversas cuestiones que suscita la aplicación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado a los entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias.

En relación con dicha consulta, y a la vista del tenor de las cuestiones planteadas en la misma, este Centro emite el siguiente informe:

- I -

Antes de analizar con detalle todas y cada una de las cuestiones suscitadas, es conveniente hacerse eco, con carácter previo, de los principios inspiradores de la Ley 5/2006, de 10 de abril, que ha venido a sustituir, derogándola expresamente, a la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (disposición derogatoria única de la misma). Para ello, nada mejor que tener presente el Preámbulo de dicha Ley, en el que, entre otras cosas, se señala que:

“No se trata, pues de una mera reproducción de las normas de incompatibilidades tal y como se han concebido hasta ahora, sino de constituir un nuevo régimen jurídico regulador de la actuación de los altos cargos en el que, perfeccionando el anterior de incompatibilidades, se introducen nuevas exigencias y cautelas que garanticen que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo, sin perjuicio de la jerarquía administrativa,” añadiéndose, más adelante:

“Se consagra el principio de dedicación exclusiva del alto cargo a su puesto público, restringiendo todas aquellas actividades que puedan perturbar o incidir en el desempeño de funciones públicas”

Por otra parte, merece destacarse el penúltimo párrafo del Preámbulo, relativo a las actividades a desarrollar por el alto cargo que cesa en el desempeño del mismo, donde se indica que:

“Otro aspecto en el que la Ley ha querido introducir un control adicional es el de desempeño de actividades privadas de los altos cargos, cuando éstos cesan en los mismos, de forma que en la ley se establecen nuevas garantías para que durante el ejercicio del cargo público no se vea afectada su imparcialidad e independencia, sin perjuicio de la jerarquía administrativa”

Del tenor de los pasajes del Preámbulo que se han transcrito se deduce, desde el primer momento, un claro endurecimiento de la normativa en materia de incompatibilidades de altos cargos si se la compara con la contenida en la Ley 12/1995, como se tendrá oportunidad de resaltar a lo largo de este informe.

Hecha esta breve referencia al propósito que guía la nueva regulación de las incompatibilidades de los altos cargos, procede examinar cada una de las cuestiones planteadas en el escrito de consulta.

- II -

La primera cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo versa sobre la posible consideración como altos cargos de los Presidentes de las Autoridades Portuarias, así como de sus Directores Técnicos.

Para dar adecuada respuesta a esta cuestión, es necesario partir de lo dispuesto en el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, en el que se determina quiénes tienen, a los efectos de la misma, la consideración de altos cargos. El citado artículo, en el número y apartado de referencia, dice textualmente así:

“A los efectos de esta Ley se consideran como altos cargos:

(...)

- e) el director general del Ente Público Radiotelevisión Española; los presidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados en entidades de derecho público del sector público estatal vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los presidentes y directores con rango de director general de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social”

Como bien se indica en el escrito de consulta, la definición de alto cargo contenida en ese artículo y apartado de la Ley 5/2006 es similar a la contenida en el artículo 1.2.c) de la Ley 12/1995, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y Altos Cargos de la Administración General del Estado. En este sentido, ninguna variación sustancial se advierte en lo que se refiere a los presidentes de entidades de derecho público del sector

público estatal vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno.

Por el contrario, a primera vista, puede apreciarse una definición más restrictiva del alto cargo respecto de la que establecía la Ley 12/1995, desde el momento en que la nueva Ley, en el precepto transcrito, se refiere a los directores. En efecto, la Ley 5/2006 sólo considera altos cargos a “los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados” en dichas entidades de derecho público del sector público estatal, en tanto que la Ley 12/1995 extendía esa consideración también a los “Directores Técnicos o de Departamento y los titulares de otros puestos o cargos asimilados, cualquiera que sea su denominación”.

Después de esta primera aproximación al precepto, surge la primera duda en relación a la consideración como altos cargos de los Presidentes de las Autoridades Portuarias, entidades de derecho público del sector público estatal (organismos públicos de los previstos en el apartado 6 del artículo 6 del antiguo Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, hoy artículo 2.1.g) de la actual Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, según los términos del artículo 35.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –LPMM–) dependientes de la Administración General del Estado, en concreto del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado (disposición adicional decimoquinta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general), al exigir el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006 para su consideración como altos cargos que su nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por los propios órganos de gobierno de esas entidades.

De acuerdo con el artículo 41.1 de la LPMM, en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, el Presidente de la Autoridad Portuaria será designado y separado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla entre personas de reconocida competencia profesional e idoneidad, siendo publicada su designación o separación en el correspondiente Diario Oficial, una vez haya sido comunicada al Ministro de Fomento quien, a su vez, dispondrá su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Pues bien, en una interpretación literal y estricta del artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, faltaría el segundo requisito exigido por dicho precepto, es decir, que el nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por los propios órganos de gobierno de la entidad pública, por lo que, en principio, los Presidentes de las Autoridades Portuarias no tendrían la consideración de altos cargos a los efectos de la Ley 5/2006.

Empero la anterior conclusión no resulta, a juicio de este Centro Directivo, atendible. En efecto, si bien es cierto que con una interpretación estricta, propia de una ley restrictiva de derechos como es la Ley 5/2006, se podría mantener la tesis de que, al no haber sido nombrados de las formas previstas en ese artículo 3.2.e), los Presidentes de las Autoridades Portuarias no tendrían la consideración de altos cargos, es necesario tener presente otros criterios interpretativos como son el lógico y el finalista.

Si se parte de una interpretación lógica, no parece de recibo que, como más adelante se expondrá, un órgano de gestión de las Autoridades Portuarias, como es el Director Técnico –artículo 39.b) de la LPMM–, que se encuentra bajo la dependencia del Presidente –órgano de gobierno este último, junto con el Consejo de Administración de dichas entidades, según el artículo 39.a) de la propia LPMM– tenga la consideración de alto cargo, incardinable en el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, y, en cambio, no lo tenga el Presidente de dicha entidad.

En efecto, dando al mismo tiempo respuesta a la cuestión relativa a la consideración del Director Técnico de la Autoridad Portuaria como alto cargo, este Centro Directivo no tiene duda alguna acerca de la consideración del citado Director Técnico como un “director ejecutivo” de los mencionados expresamente en el tantas veces citado artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006 y, por tanto, de su condición de alto cargo, ya que, como se ha visto, se trata de un órgano de gestión –artículo 39.b) de la LPMM–, desarrolla funciones propiamente ejecutivas como son

la de “dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, con arreglo a las directrices generales que reciba de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria” –artículo 43.2.a) de la LPMM, en la redacción de la Ley 62/1997–, y la de “aprobación técnica de los proyectos de obras a ejecutar por la Autoridad Portuaria” –artículo 43.2.c)–, cumpliéndose, además, el segundo requisito exigido por el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, cual es que el nombramiento o separación del mismo se realice por el órgano de gobierno de la entidad, en este caso, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, a propuesta del Presidente, con la mayoría señalada en el artículo 40.7, entre personas con titulación superior y reconocida experiencia en técnicas y gestión portuaria.

Siendo ello así, no parece lógico que, teniendo el Director Técnico de la Autoridad Portuaria la consideración de alto cargo, no lo tenga el superior del mismo, el Presidente de la Autoridad Portuaria, órgano de gobierno de la entidad y del que, como reza la ley, recibe directrices generales para el desarrollo de sus funciones de dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios.

A lo expuesto no es obstáculo el dato de que el nombramiento del Presidente de la Autoridad Portuaria respectiva no se efectúe por el Consejo de Ministros ni por el otro órgano de gobierno de la entidad, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria. En efecto, la designación y separación del Presidente de la Autoridad Portuaria por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o de las ciudades de Ceuta y Melilla (artículo 41.1 de la LPMM, en la redacción de la Ley 62/1997) constituye una clara y casi única excepción a la norma general de nombramiento por el Consejo de Ministros de los máximos responsables de las entidades de derecho público del sector público estatal (en este sentido, se puede traer a colación al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, cuyo cargo máximo, el de Director General, es designado y separado por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Industria –artículo 6 del Real Decreto 802/1986, de 11 de abril, que aprueba su estatuto orgánico– y al Instituto de Crédito Oficial, cuyo Presidente es nombrado y separado, igualmente, por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda –artículo 11 del Real Decreto 706/1999, de 30 de abril, que aprueba sus normas organizativas–) y se justifica en la conveniencia de dar una mayor participación a las Comunidades Autónomas en las respectivas Autoridades Portuarias (designación de un determinado número de Vocales y designación del Presidente), lo que no afecta, a juicio de esta Abogacía General, a su consideración como alto cargo, a los efectos de la Ley 5/2006.

Es más, si se tiene en cuenta el proceso de designación de la gran mayoría, por no decir de casi todas las Comunidades Autónomas (la única excepción sería la Comunidad Autónoma de Galicia, en la que el nombramiento lo realiza el Consejero del ramo correspondiente), se observa que el “órgano competente de la Comunidad Autónoma” a que se refiere el artículo 41.1 de la LPMM para realizar la designación y separación del Presidente de la respectiva Autoridad Portuaria es el Consejo de Gobierno respectivo o el propio Presidente de la Comunidad Autónoma, por lo que, salvando las distancias, se puede encontrar en ello un equivalente en el proceso de designación de los Presidentes de las restantes entidades de derecho público del sector público estatal por el Consejo de Ministros a que se refiere el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006.

Una interpretación finalista del precepto, teniendo presente los principios inspiradores de la Ley, plasmados en su Preámbulo, a los que antes se hizo referencia, lleva también claramente a la conclusión de que todos los Presidentes de las entidades públicas integrantes del sector público estatal, que son designados por el Consejo de Ministros o, en este caso, por el órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, deben tener la consideración de altos cargos, dada la naturaleza e importancia de sus funciones en cuyo desempeño debe preservarse al máximo la objetividad, imparcialidad e independencia.

Por último, si examina la cuestión desde una perspectiva economicista, y sin desmerecer en absoluto el papel de los Presidentes de otras entidades de derecho público del sector público estatal, no hay duda alguna de que los intereses económicos gestionados por una

gran mayoría de los Presidentes de las Autoridades Portuarias, cuyas competencias detalla el artículo 36 de la LPMM, son de igual o superior entidad que los gestionados por los Presidentes de otras entidades de derecho público, lo que haría sumamente inverosímil que los Presidentes de las Autoridades Portuarias, por el simple dato de no haber sido formalmente designados por el Consejo de Ministros, no tengan la consideración de altos cargos, consideración que sí tendrían, como se ha expuesto, subordinados suyos, como son los Directores Técnicos.

- III -

La segunda cuestión que plantea el escrito de consulta se refiere a la posible consideración como altos cargos de los Directores del ente público Puertos del Estado. Como bien se dice en dicho escrito, ninguna duda cabe respecto a la consideración del Presidente de ese Organismo como alto cargo y su plena incardinación, a estos fines, en el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, ya que se trata del Presidente de un ente de derecho público, adscrito al Ministerio de Fomento (artículo 24.1 de la LPMM), siendo designado además por el Consejo de Ministros (artículo 29.1 de la LPMM), con lo que se cumplen plenamente los requisitos exigidos por la Ley 5/2006 al respecto.

Más dudas plantea la consideración como altos cargos de los Directores del ente público Puertos del Estado, dependientes del Presidente, y que, según el organigrama de ese Organismo, son el Director de Coordinación de Gestión y Relaciones Externas, el Director de Servicios Jurídicos, el Director de Planificación y Desarrollo Portuario y el Director de Recursos Humanos.

Como acertadamente se indica en el escrito de consulta, no hay precepto alguno en la LPMM ni en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, sobre régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general que establezca la obligatoriedad de la existencia de esta figura en el ente público Puertos del Estado, a diferencia de lo que ocurre con los Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias, órganos de gestión de la respectiva Autoridad según el artículo 39.b) de la Ley. Los únicos órganos de gobierno y administración (órganos rectores) del ente público Puertos del Estado son el Consejo Rector y el Presidente (artículo 27 de la LPMM).

A pesar de ello, se debe examinar la posible consideración de los mismos como altos cargos a la luz de lo dispuesto en el tantas veces citado artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006 que señala como altos cargos a los “directores ejecutivos y asimilados en entidades de derecho público..”, queriendo resaltar, frente a la redacción del artículo 1.2.c) de la derogada Ley 12/1995, que extendía esa consideración también a los Directores Técnicos o de Departamento, la necesidad del desempeño por el director de que se trate de funciones ejecutivas. Pues bien, en el caso de los Directores del ente público Puertos del Estado, las funciones ejecutivas recaen realmente en el Presidente de dicha entidad pública, órgano de gobierno y administración de la misma, al que, entre otras funciones, le corresponde la de “organizar, dirigir, controlar y administrar Puertos del Estado y sus servicios, vigilando el desarrollo de las actividades encomendadas” –artículo 29.2.c) de la LPMM– y la de “decidir todas aquellas cuestiones no reservadas expresamente al Consejo o a otro órgano de la entidad” –artículo 29.2.h) de esa misma Ley–. Los Directores de Puertos del Estado tienen, con fundamento en ello, facultades de propuesta, pudiendo, a lo sumo, actuar, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 29.3 de la misma Ley, por delegación del Presidente en relación con las funciones relativas al funcionamiento de Puertos del Estado, lo que no les convierte en órganos ejecutivos, condición necesaria para su consideración como altos cargos.

Lo expuesto hace que quede en un segundo plano la cuestión relativa al nombramiento de los Directores del ente público Puertos del Estado y que, actualmente, tras la derogación expresa del artículo 28.4.d) de la LPMM por la Ley 48/2003 (que atribuía al Consejo Rector

de Puertos del Estado la competencia para “nombrar y separar al personal directivo del ente público y aprobar su régimen retributivo, a propuesta del Presidente...”), se puede entender que correspondería al otro órgano de gobierno de la entidad, el Presidente de la Autoridad Portuaria, en ejercicio de las facultades de organización y dirección del ente y sus servicios y de decisión de todas aquellas cuestiones no reservadas expresamente al Consejo u otro órgano de la entidad –artículo 29.2, apartados c) y h) de la LPMM–, sin perjuicio de la competencia atribuida al Consejo Rector, de conformidad con el artículo 28.4.b) de la misma Ley, para “aprobar la organización del ente y sus modificaciones, así como las normas internas y las disposiciones necesarias para su gestión”

Por todo ello, respondiendo a la segunda cuestión suscitada, cabe concluir que los Directores del ente público Puertos del Estado no tienen la consideración de altos cargos a los efectos de la Ley 5/2006.

- IV -

Como tercer grupo de cuestiones, plantea el escrito de consulta las relativas a si los altos cargos pueden percibir remuneración por su participación como ponentes en congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional y si pueden percibir remuneraciones en concepto de dietas por asistencia a consejos de administración.

Ambas cuestiones aparecen expresamente resueltas por la Ley 5/2006. Así, y por lo que respecta a la primera, si bien el artículo 5 impide a los altos cargos compatibilizar su actividad con el desempeño de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad de carácter público o privado, dicho precepto deja a salvo lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de la propia Ley 5/2006; pues bien, el artículo 10, bajo la rúbrica de “Compatibilidad con actividades privadas” declara compatible el ejercicio de un puesto de alto cargo con la colaboración y asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes (apartado b).

En consecuencia, y siempre que se cumplan los límites establecidos en el citado precepto (que la colaboración y la asistencia –siempre de carácter ocasional y excepcional– a esos congresos, seminarios, jornadas de trabajo, etc. no sea consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios y no supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes), los altos cargos de los organismos portuarios podrán realizar la actividad de que se trata y percibir la remuneración que se les satisfaga por tal causa.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, el artículo 9.1.c) de la Ley 5/2006 admite que los altos cargos puedan intervenir, en representación de la Administración General del Estado, en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de derecho público, si bien el propio precepto legal en términos claros dispone que no podrán percibir remuneración alguna por dicha causa, exceptuando únicamente de esta regla prohibitiva las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados que les correspondan de acuerdo con la normativa vigente.

- V -

El último grupo de cuestiones sobre las que se recaba el parecer de este Centro Directivo es el atinente al régimen de incompatibilidades de los altos cargos tras su cese. A estos efectos, debe traerse a colación el artículo 8.1 de la Ley 5/2006; este precepto dispone lo siguiente:

“1. Durante los dos años siguientes a la fecha de su cese los altos cargos, a los que se refiere el artículo 3, no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado. A estos efectos se considera que existe relación directa cuando se den cualquiera de los siguientes supuestos de hecho:

- a) Que los altos cargos, sus superiores a propuesta de ellos o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas o sociedades.
- b) Que hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades”

A la vista del precepto transcrito, procede, ante todo, examinar las cuestiones generales que suscita cada uno de los supuestos previstos en los epígrafes a) y b), para luego analizar las concretas cuestiones que plantea el escrito de consulta.

A) Cuestiones generales que suscitan los supuestos previstos en los epígrafes a) y b) del artículo 8.1 de la Ley 5/2006.

En relación con el supuesto previsto en el epígrafe a), las cuestiones que deben examinarse son las siguientes:

1. Concepto de resolución

Teniendo en cuenta, la ratio iuris a que responde el supuesto de incompatibilidad consignado en el artículo 8.1.a) de la Ley 5/2006, el término resolución debe entenderse en el sentido de resolución expresa que contiene la voluntad o decisión de la Administración del Estado o entidad pública vinculada o dependiente de la misma y con la que finaliza el correspondiente procedimiento.

Por el contrario, no cabe entender comprendido en el término “resolución” el supuesto del silencio administrativo positivo a que se refiere el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). Aunque el silencio administrativo positivo constituya un verdadero y propio acto administrativo, conforme resulta del artículo 43.3, párrafo primero, de dicho texto legal, el silencio positivo no es sino la estimación de la pretensión del administrado por imperativo o disposición de la ley ante la inactividad de la Administración y como sanción de esta inactividad, pero no constituye el acto en el que se materializa y contiene la decisión o voluntad administrativa, puesto que, por definición, no la hay.

Fijado el concepto de resolución a los efectos del artículo 8.1 a) de la Ley 5/2006 como resolución expresa y no como resolución presunta positiva (silencio administrativo positivo), debe precisarse todavía que en el concepto de resolución expresa queda comprendido el supuesto de que el alto cargo suscriba o celebre un acuerdo, pacto, convenio o contrato que constituya la denominada “terminación convencional del procedimiento administrativo”, esto es, el supuesto a que se refiere el artículo 88 de la LRJ-PAC, cuyo apartado 1 establece que “las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado con el alcance, efectos y régimen jurídico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”. La razón de ello estriba en que en estos actos integrantes de la denominada “terminación convencional del procedimiento” se contiene la voluntad o decisión administrativa que es el elemento verdaderamente relevante para apreciar el supuesto determinante de incompatibilidad que establece el artículo 8.1 de la Ley 5/2006.

Hechas las consideraciones anteriores, se estima oportuno hacer una precisión. Como se ha indicado, por resolución debe entenderse el acto que contiene la voluntad o decisión de la Administración del Estado o de la entidad pública vinculada a la misma –o entidad privada en los casos del artículo 3, apartado 2, letras h) y j)–. Así las cosas, y por no tratarse de actos que contienen un pronunciamiento (expreso) sobre el fondo del asunto, no pueden reputarse resoluciones, a los efectos del artículo 8.1 de la Ley 5/2006, las resoluciones que declaran la caducidad del procedimiento o aceptan el desestimiento o la renuncia del interesado.

2. Resoluciones no sometidas al Derecho Administrativo

Aunque el artículo 8.1.a) del texto legal de continua referencia alude a resoluciones sin ulterior distingo o matización y lo más frecuente sea que se trate de resoluciones sometidas al Derecho Administrativo, debe entenderse, a juicio de este Centro Directivo, que en el supuesto del artículo 8.1.a) de la Ley 5/2006 quedan también comprendidas las resoluciones sometidas al Derecho Privado y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, el supuesto que realmente toma en consideración el artículo 8 para establecer la limitación o restricción al ejercicio de actividades privadas es el dato o circunstancia de que las empresas o sociedades privadas están relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado (“.. no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado”); pues bien, si lo importante es que se trate de una resolución dictada en el marco de la competencia del alto cargo desempeñado, resulta irrelevante que la resolución en que se materialice el ejercicio de esa competencia esté sometida al Derecho Administrativo o al Derecho Privado.

En segundo lugar, y como corroboración o confirmación de la anterior, no puede desconocerse el dato o circunstancia de que el artículo 3 de la Ley 5/2006 prevé como supuestos de altos cargos, a los que desde luego les es aplicable la limitación o restricción del artículo 8.1.a), los presidentes y consejeros delegados de sociedades mercantiles determinadas – artículo 3.2.h)– y presidentes, directores y gerentes de ciertas fundaciones públicas estatales – artículo 3.2.j)–, es decir, de entidades jurídico-privadas cuyas resoluciones quedan sometidas, consecuentemente, al Derecho Privado; por otra parte, tampoco puede desconocerse el supuesto de entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, que someten su actividad al Derecho Privado. Así las cosas, resulta obligado entender que en estos casos las resoluciones se someten al Derecho Privado y no por ello dejan de constituir, en cuanto resoluciones dictadas por el alto cargo en su ámbito de competencia, el supuesto constitutivo de la limitación o restricción que establece el artículo 8.1 de la Ley 5/2006.

3. Actos de trámite

Partiendo de la distinción entre resolución o acto definitivo con el que finaliza el procedimiento y que contiene la decisión o voluntad administrativa y acto de trámite como acto que se limita a preparar la resolución o acto definitivo, es claro que cuando el artículo 8.1.a) de la Ley 5/2006 alude a “resoluciones” no pueden entenderse comprendidos en este concepto los actos de trámite. En consecuencia, la circunstancia de que el alto cargo dicte un acto de trámite no integra el supuesto de incompatibilidad que se examina.

4. Resoluciones dictadas por delegación

En relación con esta cuestión, debe examinarse no sólo el supuesto de resolución dictada por delegación, sino también los casos de delegación de firma y de avocación.

Comenzando, en primer lugar, por el caso de delegación, debe distinguirse todavía el supuesto de que el alto cargo que se considere haya dictado resolución por delegación y el supuesto de que el alto cargo haya delegado en un órgano inferior o dependiente de él el ejercicio de la competencia, dictándose, por tanto, la resolución por este último.

En relación con lo primero –alto cargo que por delegación dicta resolución–, debe tenerse en cuenta que lo importante es el ejercicio efectivo y material de la competencia y lo secundario es que la competencia se ejercite como propia o por delegación. En consecuencia, la circunstancia de que la resolución haya sido dictada por el alto cargo no como competencia propia del mismo, sino en virtud de delegación de un superior suyo constituye el supuesto determinante de la limitación o restricción que establece el artículo 8.1.a) de la Ley 5/2006. Carece, por ello, de relevancia y, a estos efectos, resulta inaplicable la regla, consignada en el artículo 13.4 de la LRJ-PAC, por virtud de la cual la resolución dictada por delegación se considera dictada por el órgano delegante (superior jerárquico del alto cargo que se considere), regla que conduciría a entender que en el caso de que el alto cargo dictase, por delegación de otro alto cargo superior jerárquico suyo, resolución, no estaría incurso en la causa de incompatibilidad.

En relación con lo segundo –alto cargo que delega en un órgano inferior de él dependiente, dictándose por este último la resolución–, en principio, y a la vista de las razones que acaban de exponerse –consideración de que lo verdaderamente importante es el ejercicio efectivo y material de la competencia–, habría que entender que en este supuesto el alto cargo que delegó no incurre en la causa de incompatibilidad de que se trata. Sin embargo, esta conclusión debe quedar descartada por expresa determinación legal desde el momento en que el artículo 8.1.a) de la Ley 5/2006 alude al supuesto, como hecho determinante de la regla de limitación del ejercicio de actividades privadas, de los titulares de órganos dependientes de los altos cargos que hubieran dictado resoluciones por delegación (“Que los altos cargos... o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas o sociedades”), y es claro que en este supuesto la regla de limitación o incompatibilidad del ejercicio de actividades privadas queda referida al alto cargo que delega y no al órgano dependiente del mismo que recibe la delegación, pues el titular de este último órgano no tiene la condición de alto cargo y las prescripciones de la Ley 5/2006 sólo se aplican a quienes, con arreglo a su artículo 3, tengan la condición de altos cargos, como se encarga de recordar el inciso inicial del artículo 8.1 del propio texto legal. La razón de que la delegación por el alto cargo no exima a éste de la limitación o restricción al ejercicio de actividades privadas estriba, como fácilmente se comprende, en ser un medio que asegure la efectiva aplicación de esa limitación o restricción, pues en otro caso bastaría al alto cargo con delegar para exonerarse de dicha limitación o restricción.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a los casos de delegación de firma, se alude con ello al supuesto de que el alto cargo sea quien dicte la resolución, apareciendo ésta firmada por el titular de un órgano de aquél dependiente y que no tiene la condición de alto cargo. A la figura de la delegación de firma se refiere el artículo 16 de la LRJ-PAC, cuyo apartado primero dispone que “los titulares de los órganos administrativos podrán, en materia de su propia competencia, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos a los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 13.” A la vista de este precepto y puesto que en la figura de la delegación de firma no hay transferencia alguna del ejercicio de la competencia, sino que lo único que se transfiere es la materialidad de la firma, adoptándose jurídica y materialmente la resolución por el delegante, hay que entender que el hecho de que el alto cargo hubiese delegado la firma de una resolución por él dictada en un órgano inferior de él dependiente da lugar a que el alto cargo incurra en la causa de limitación o restricción del ejercicio de actividades privadas que establece el artículo 8.1.a) de la Ley 5/2006.

Para completar el examen del supuesto de delegación de firma, debe analizarse todavía el caso de que sea el alto cargo que se considere el que haya recibido la delegación de firma de otro alto cargo de superior rango en la escala jerárquica administrativa, siendo, por tanto, este último el que dicta la resolución que el primero (alto cargo que se considere) se limita a firmar. Pues bien, puesto que, como se ha dicho, en la delegación de firma no hay transferencia alguna del ejercicio de la competencia, sino de la materialidad de la firma, adoptándose jurídica y materialmente la resolución por el delegante, ha de concluirse que el alto cargo que, en

virtud de una delegación de firma por él recibida, se limite a firmar una resolución dictada por otro alto cargo de rango superior no incurre en la causa de limitación o restricción de ejercicio de actividad privada que establece el artículo 8.1.a) de la Ley 5/2006.

Por lo que respecta, finalmente, al supuesto de avocación, el artículo 14 de la LRJ-PAC dispone en su apartado 1 que “los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente...”. La avocación consiste en la transferencia del ejercicio de la competencia decisoria en un asunto concreto a un órgano superior o aquél que la tiene atribuida por razón de la materia, la jerarquía o el territorio. Partiendo de este concepto y puesto que la avocación, según lo dicho, supone el ejercicio efectivo de competencia por el órgano superior habrá que distinguir dos hipótesis:

- 1) Que un alto cargo, superior en la escala jerárquica administrativa al alto cargo que se considere, avoque para sí el conocimiento y resolución de un asunto que correspondería a este último. En esta primera hipótesis el alto cargo que se considere no incurre en la causa de limitación o incompatibilidad de ejercicio de actividad privada, puesto que, no es él quien dicta efectiva y materialmente la resolución, sino el otro alto cargo superior suyo.
- 2) Que el alto cargo que se considere sea el que avoque para sí el conocimiento de un asunto cuya competencia para resolverlo corresponde a un órgano inferior suyo (que, obviamente, no tiene la condición de alto cargo). En esta segunda hipótesis debe entenderse que, puesto que el ejercicio efectivo y material de la competencia decisoria (dictar resolución) se efectúa, en virtud de la figura de la avocación, por el alto cargo, éste queda incurso en la causa de limitación o restricción del ejercicio de actividades privadas que sanciona el artículo 8.1 de la Ley 5/2006.

5. Resoluciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2006 por quienes actualmente ostentan la condición de alto cargo

Para comprender la cuestión que se enuncia en este apartado deben compararse las previsiones de la derogada Ley 12/1995 y de la vigente Ley 5/2006. El artículo 2.4 de la Ley 12/1995 disponía que “durante los dos años siguientes a la fecha de su cese los altos cargos no podrán realizar actividades privadas relacionadas con expedientes sobre los que hayan dictado resolución en el ejercicio de su cargo...”; el artículo 8.1 de la Ley 5/2006 establece, como se ha dicho, que “durante los dos años siguientes a la fecha de su cese los altos cargos, a los que se refiere el artículo 3, no podrán desempeñar sus servicios en empresas o sociedades privadas relacionadas directamente con las competencias del cargo desempeñado.” La promulgación de la Ley 5/2006 ha supuesto, pues, un endurecimiento de la regla de limitación del ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese del alto cargo, ya que, según el artículo 2.4 de la derogada Ley 12/1995 la limitación era más reducida, al comprender actividades privadas relacionadas con expedientes sobre los que se hubiese dictado resolución, lo que no es lo mismo que prestar servicios en una empresa o sociedad privada relacionada directamente con las competencias del cargo desempeñado, siendo esto último más amplio y, por tanto, más gravosa la restricción impuesta.

Así las cosas, y puesto que el régimen de la derogada Ley 12/1995 era más benigno, en el extremo que se examina, que el régimen dispuesto por la Ley 5/2006, se suscita la cuestión de si las resoluciones dictadas por el alto cargo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2006 determinan también la aplicación del régimen de incompatibilidad más riguroso establecido por esta Ley en el caso de altos cargos que, habiendo dictado bajo la vigencia de la Ley 12/1995 resoluciones, cesen tras la entrada en vigor de la Ley 5/2006.

En opinión de este Centro Directivo, el anterior interrogante merece una contestación afirmativa, y ello en razón de que la aplicación del nuevo régimen de incompatibilidad (una vez que se produzca el cese del alto cargo tras la entrada en vigor de la Ley 5/2006) por razón de resoluciones que hubiese dictado durante la vigencia de la Ley 12/1995 (cuando existía un

régimen más benigno) no supone aplicación retroactiva de la nueva norma, es decir, de la Ley 5/2006, 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)”

Pues bien, partiendo de la anterior doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, el supuesto que se examina se subsume en la retroactividad de grado mínimo, excluida, por tanto, del campo de la retroactividad en sentido propio, dado que la Ley 5/2006 se aplica a partir de su entrada en vigor, es decir, para el futuro y no a situaciones agotadas o consumadas, conforme resulta de su disposición final tercera y del hecho de no existir ninguna previsión que establezca su aplicación transitoria: el régimen que dispone el artículo 8.1 de la Ley 5/2006 se aplicará para cuando se produzca el cese del alto cargo, lo que tendrá lugar después de la entrada en vigor de la propia Ley 5/2006. Es a partir de ese momento –cese del alto cargo con posterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley– cuando se aplicará ese régimen de incompatibilidad, 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 nombramiento del alto cargo y el haberse dictado por éste resolución, haya surgido bajo la vigencia de la ley anterior (Ley 12/1995). Dicho en otros términos, la nueva norma (Ley 5/2006) afecta a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas, pues los altos cargos siguen en el desempeño de sus respectivos puestos, por lo que la incidencia de la nueva Ley en los derechos lo es en su proyección para el futuro, esto es, para cuando se produzca su cese (tras la entrada en vigor de la Ley 5/2006), lo que, como indica el Tribunal Constitucional, no pertenece al concepto o campo de la irretroactividad. La retroactividad de la Ley 5/2006, es decir, y según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, su incidencia en “relaciones consagradas” o en “situaciones agotadas” tendría lugar si se aplicase el régimen de incompatibilidad previsto en el artículo 8.1 de dicho texto legal a los altos cargos que

hubiesen cesado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 5/2006, supuesto que no es del caso.

Por lo demás, se estima oportuno indicar que, frente al nuevo régimen de incompatibilidad que dispone el artículo 8.1 de la Ley 5/2006, no cabe apreciar la existencia de un derecho adquirido al régimen de incompatibilidad más flexible que disponía el artículo 2.4 de la derogada Ley 12/1995 en términos tales que se haya producido privación de ese derecho. Por la materia que regula, parece indudable que la Ley 5/2006, al igual que la derogada Ley 12/1995, es una norma de carácter estatutario que establece una regulación o régimen de esta naturaleza, cuya modificación, en atención a circunstancias o necesidades justificadas y objetivas, constituye una determinación unilateral lícita del legislador frente a la cual no puede reconocerse un derecho, sino una expectativa a que el régimen de incompatibilidad tras el cese en el desempeño del alto cargo que disponía el artículo 2.4 de la Ley 12/1995 continúe inmodificado por el legislador, de modo que permanezca tal y como el interesado lo encontró al tiempo de su nombramiento o acceso al alto cargo. Como este Centro Directivo ha indicado en anteriores ocasiones (dictamen de 11 de diciembre de 2000, ref. A.H. Patrimonio 43/00, y dictamen de 27 de marzo de 2006, ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 2/06), a efectos de determinar la incidencia de una modificación legislativa en situaciones jurídicas preexistentes, es tradicional distinguir entre 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, la situación jurídica, a efectos de incompatibilidades, de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado es, como fácilmente se comprende, una situación jurídica objetiva, pues dicho régimen, en cuanto estatutario, no se determina, en su alcance o contenido, por acto o negocio jurídico alguno, sino por ministerio de la ley directamente. Es por ello por lo que, en consonancia con lo dicho, dicha situación jurídica sigue las vicisitudes de la Ley las regula, por lo que si ésta es modificada por otra posterior, se rigen por esta última sin que pueda esgrimirse derecho alguno frente a esa modificación normativa.

Examinadas las distintas cuestiones que se suscitan respecto del supuesto descrito en el apartado a) del artículo 8.1 de la Ley 5/2006, procede analizar, finalmente, el supuesto descrito en el apartado b) de dicho precepto que considera que existe esa relación directa entre la empresa o sociedad privada y las competencias del cargo desempeñado cuando los altos cargos “hubiesen intervenido en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades”.

En relación con esta previsión legal, se estima oportuno hacer las siguientes indicaciones:

- 1) Resulta indiferente que el alto cargo hubiese votado, en la correspondiente sesión del órgano colegiado en que se adoptó la resolución o acuerdo, a favor o en contra del mismo. El supuesto legalmente previsto gira en torno al verbo intervenir (“haber intervenido”) cuya significación gramatical es la de “tomar parte en un asunto” (Diccionario de la Real Academia Española, acepción primera).
- 2) Mucho más problemático es determinar si el secretario del órgano colegiado (siempre que, lógicamente, ostente la condición de alto cargo) queda incluido en la referida previsión legal. Aunque no pueda establecerse una solución absolutamente categórica, parece razonable entender, a juicio de este Centro Directivo, que el secretario del órgano colegiado

(siempre, se insiste, que ostente la condición del alto cargo) quede incluido en el supuesto del artículo 8.1.b) de la Ley 5/2006 si se tiene en cuenta, además de la propia significación gramatical de la locución “hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados; 1) Que incluso los vocales que hubiesen votado en contra de la resolución adoptada quedan comprendidos en el repetido supuesto legal; y 2) Que si lo anterior es así, la razón de ello no puede ser sino el conocimiento o información de que, en relación con el asunto al que se refiera la resolución, disponen esos vocales que hubieran votado en contra, conocimiento o información de la que dispone igualmente el secretario del órgano colegiado por obvias razones.

B) Cuestiones concretas que plantea el escrito de consulta en relación con el artículo 8.1 de la Ley 5/2006

Se recaba, en primer lugar, el parecer de este Centro Directivo sobre “si afecta al Presidente de este Ente Público respecto de empresas o sociedades privadas respecto de las que no concurre ninguna de las circunstancias expresadas en las letras a) y b) del apartado primero, pero en las que sí se encuentran las Autoridades Portuarias. Un ejemplo característico serían las empresas constructoras, respecto de las que Puertos del Estado no dicta resoluciones, pues no ejecuta directamente obra alguna.”

En relación con esta primera cuestión, debe entenderse que en el supuesto descrito no cabe apreciar causa de incompatibilidad o restricción para el ejercicio de la actividad privada. En efecto, la causa de incompatibilidad o restricción al ejercicio de actividades privadas con posterioridad al cese consiste en que el alto cargo –en el caso que se examina, Presidente del ente público Puertos del Estado– haya dictado, en el ejercicio de sus atribuciones, resolución que tenga como destinataria a una empresa o sociedad privada. Así las cosas, y no pudiendo ser objeto el artículo 8.1 de la Ley 5/2006, como ningún otro de sus preceptos, de interpretación extensiva, no puede apreciarse la causa de incompatibilidad de que se trata, desde el momento en que la empresa concernida o afectada no lo es por razón de una resolución dictada por el Presidente del ente público Puertos del Estado que, en el caso propuesto, no entra en relación jurídica con dicha empresa o sociedad privada, sino por consecuencia de una resolución dictada por la respectiva Autoridad Portuaria, que tiene personalidad jurídica propia y diferenciada de la que corresponde al ente público Puertos del Estado, así como un ámbito de competencias distinto del de esta última entidad, y sin que, por otra parte y a los efectos de que aquí se trata, pueda tomarse en consideración la función de control y coordinación que corresponde a Puertos del Estado sobre las Autoridades Portuarias, para, por esta vía, identificar a las Autoridades Portuarias con Puertos del Estado y extender así la causa de incompatibilidad más allá del preciso ámbito con que aparece legalmente establecida. Dicho en otros términos, si la causa determinante de la incompatibilidad es la relación directa de la empresa o sociedad privada con la competencia del alto cargo, dicha causa no puede apreciarse, en el supuesto de que se trata, en el Presidente del ente público Puertos del Estado, sino en el alto cargo de la respectiva Autoridad Portuaria que dictó la resolución.

Plantea como segunda y última cuestión concreta el escrito de consulta, en lo que respecta a los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias, “si la causa de incompatibilidad se extiende a todo el territorio nacional o sólo al ámbito geográfico de la entidad en la que se tuvo la condición de alto cargo. Esto es, si podrían prestarse servicios en delegaciones territoriales de una empresa con la que se tuvo relación directa distintas a la de la propia Autoridad Portuaria.”

El anterior interrogante merece una contestación negativa, ya que la causa de incompatibilidad estriba, según lo dicho, en el hecho de que el alto cargo dicte resolución en relación con una determinada empresa o sociedad, abstracción hecha de cualquier factor o circunstancia territorial, aspecto éste que ni es tomado en consideración por el texto legal ni podría serlo, como se deduce de la interpretación lógico-finalista de la norma del artículo 8.1 de la Ley 5/2006: si lo que se pretende es evitar la prestación, por parte del alto cargo tras su cese en el mismo, de servicios profesionales en una empresa o sociedad privada respecto de la que

aquél, en el ejercicio de sus competencias, dictó una resolución, no tendría sentido alguno que esa incompatibilidad o limitación quedase circunscrita al ámbito territorial de competencia de la entidad pública en la que estaba integrado el alto cargo.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Los Presidentes y Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias tienen la consideración de altos cargos con arreglo al artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Segunda.- Ostenta igualmente la condición de alto cargo el Presidente del ente público Puertos del Estado; por el contrario, y en razón de las consideraciones expuestas en el apartado III del presente informe, no se aprecia fundamento jurídico suficiente para reconocer tal condición a los Directores del referido ente público.

Tercera.- Los altos cargos de los organismos portuarios reseñados en las conclusiones anteriores pueden percibir remuneraciones por su participación como ponentes en congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional; por el contrario, no podrán percibir remuneraciones en concepto de dietas por asistencia a consejos de administración (quedando a salvo las indemnizaciones por gastos de viaje, estancias y traslados).

Cuarta.- En relación con el régimen de incompatibilidad previsto en el artículo 8.1 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, deberán tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el apartado V-A) del presente informe en los extremos relativos a lo que debe entenderse por resolución, exclusión de este concepto de los actos de trámite, consecuencias de los supuestos de delegación, delegación de firma y avocación, resoluciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del citado texto legal por quienes actualmente ostentan la condición de alto cargo e interpretación del supuesto previsto en el apartado b) del citado precepto legal.

Quinta.- El Presidente del ente público Puertos del Estado no incurre en la causa de limitación o restricción del ejercicio de actividades privadas prevista en el artículo 8.1 de la Ley 5/2006 respecto de las empresas o sociedades privadas en relación con las cuales hubiesen dictado resoluciones las Autoridades Portuarias.

Sexta.- La causa de incompatibilidad prevista en el artículo 8.1 del texto legal de referencia surte sus efectos respecto de todo el territorio nacional, sin que, por tanto, quede limitada al ámbito espacial de competencia de la entidad pública de que se trate. En consecuencia, el Presidente o Director Técnico de una Autoridad Portuaria que, en el desempeño de su cargo, hubiese dictado resolución en relación con una determinada empresa o sociedad privada, no podrá prestar, una vez haya cesado, sus servicios profesionales, en esa empresa o sociedad privada, cualquiera que sea el lugar en que deban prestarse dichos servicios.

10.- Consideración de altos cargos de los Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias a los efectos de la Ley 5/2006.

Resumen

Consulta sobre la condición de altos cargos de los Directores Técnicos de las autoridades portuarias.

Informe complementario del emitido el 1 de junio de 2006 (ref A6 Entes Públicos 58/06) por razón de un informe de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública por referencia a la derogada Ley 12/1995, en el que se negaba la condición de altos cargos a dichos Directores Técnicos. Inexistencia de diferencias sustanciales entre la Ley 12/1995 y la vigente Ley 5/2006 a los efectos del supuesto consultado. Precisión del término “Director General” y “Director Adjunto” a que se refiere el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006; conceptualización por los argumentos que se exponen en el informe, de los Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias como altos cargos.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 70/06 (R-245/06)

Fecha: 14 julio 2006

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre determinadas cuestiones que suscita la aplicación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado a los Directores de las Autoridades Portuarias. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Con fecha 1 de junio de 2006, este Centro Directivo emitió, a petición del ente público Puertos del Estado, un informe (ref. A.G. Entes Públicos 58/06) en el que, entre otras cuestiones relativas a la aplicación de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración del Estado a los entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, se analizó lo concerniente a la procedencia de considerar como altos cargos a los Directores Técnicos de las respectivas Autoridades Portuarias, dándose a este interrogante una contestación afirmativa.

Así, en la conclusión primera del informe se dice: “Los Presidentes y Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias tienen la consideración de altos cargos con arreglo al artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado”.

Dicha conclusión tiene por base las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico II del repetido informe de 1 de junio de 2006, en el que se dice lo siguiente:

“En efecto, dando al mismo tiempo respuesta a la cuestión relativa a la consideración del Director Técnico de la Autoridad Portuaria como alto cargo, este Centro Directivo no tiene duda alguna acerca de la consideración del citado Director Técnico como un “director ejecutivo” de los mencionados expresamente en el tantas veces citado artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006 y, por tanto, de su condición de alto cargo, ya que, como se ha visto, se trata de un órgano de gestión –artículo 39.b) de la LPMM–, desarrolla funciones propiamente ejecutivas como son la de “dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, con arreglo a las directrices generales que reciba de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria” –artículo 43.2.a) de la LPMM, en la redacción de la Ley 62/1997–, y la de “aprobación técnica de los

proyectos de obras a ejecutar por la Autoridad Portuaria” –artículo 43.2.c)–, cumpliéndose, además, el segundo requisito exigido por el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, cual es que el nombramiento o separación del mismo se realice por el órgano de gobierno de la entidad, en este caso, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, a propuesta del Presidente, con la mayoría señalada en el artículo 40.7, entre personas con titulación superior y reconocida experiencia en técnicas y gestión portuaria.”

Expone el escrito de consulta que “con posterioridad a la recepción de tal informe se ha recuperado en este Organismo Público un informe del año 1995, desconocido al tiempo de elevar la consulta evacuada, y emitido por la Inspección General de los Servicios de la Administración Pública, en el que de forma sucinta se concluye que los Directores de las Autoridades Portuarias no tienen la condición de alto cargo (...). Por lo tanto, sería del interés de este Organismo Público la confirmación del informe recientemente emitido, a la vista de tales antecedentes.”

Se acompaña al escrito de consulta un informe emitido el 26 de julio de 1995 por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública en el que se dice lo siguiente:

“En contestación a su escrito en el que consulta si determinados puestos de las Autoridades Portuarias, tienen la consideración de altos cargos, a efectos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado le informo lo siguiente:

La Ley 12/1995 en su artículo 1.2.c) se refiere a “Directores Generales, Directores Ejecutivos, Directores Técnicos, o de Departamento y los titulares de otros puestos o cargos asimilados cualquiera que sea su denominación, en Entidades de Derecho Público, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno.”

El espíritu de este apartado, es el de considerar altos cargos a los titulares de los puestos que, por su especial responsabilidad, forman parte del gobierno de las Entidades y que, por consiguiente, determinan los objetivos y adoptan las decisiones que influyen en la marcha de las mismas.

Esto es sustancialmente lo que les distingue de otros puestos, meramente profesionalizados, que son ejecutores de los planes de actuación formulados por los órganos rectores.

Para determinar si los Directores Técnicos de esa Entidad pueden ser considerados altos cargos, se ha acudido a la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante que en su artículo 39 distingue entre órganos de gobierno y de gestión.

El órgano de gestión, según dicho precepto, es el Director Técnico de las Autoridades Portuarias.

Por ello, y a la vista de las funciones que el artículo 43 le atribuye, es por lo que esta Inspección General de Servicios de la Administración Pública estima que ni los Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias ni otros puestos con rango inferior tienen la condición de altos cargos a que se refiere la Ley 12/1995, de 11 de mayo.”

Examinado el criterio mantenido por la Inspección General de Servicios de la Administración Pública en el informe de 26 de julio de 1995, este Centro Directivo se ratifica en la conclusión de que los Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias ostentan, con arreglo al artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006, la condición de Altos cargos, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

No existiendo diferencias sustanciales o de concepto entre el artículo 1.2 c) de la derogada Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y el artículo 3.2 e) de la Ley 5/2006, la resolución de la cuestión de que se trata pasa necesariamente por la interpretación del

artículo 3.2 e) del texto legal últimamente citado que, se insiste, no difiere en lo esencial del artículo 1.2. c) de la Ley 12/1995.

Así las cosas, no cabe duda de que la configuración como altos cargos de los puestos a que alude el artículo 3.2 e) de la Ley 5/2006 tiene por base la especial responsabilidad que asumen quienes los desempeñan, lo que obviamente viene determinado por la entidad o trascendencia de los cometidos o funciones inherentes a esos puestos. Ahora bien, de ello no se sigue necesariamente que los titulares de esos puestos o cargos hayan de formar parte de los órganos de gobierno o sean en sí mismos órganos de gobierno de las entidades a que se refiere el artículo 3.2) de la Ley 5/2006 en términos tales que, si no forman parte de los órganos de gobierno, no tienen la condición de altos cargos (criterio este que es el que viene a sostener el informe de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública).

En efecto, el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006 no contiene, ni expresa ni implícitamente, ningún criterio del que se deduzca que los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados deban formar parte de los órganos de gobierno de las respectivas entidades; es más, desde el momento en que dicho precepto legal prevé, en lo que respecta al nombramiento de los altos cargos a que alude, que éstos sean designados por los propios órganos de gobierno de las entidades del sector público estatal, está admitiendo el supuesto de que esos altos cargos no están integrados en los órganos de gobierno, situándose así fuera de ellos.

A lo anterior, debe añadirse otra consideración que atiende a la posición funcional misma de los directores generales y ejecutivos. Partiendo de la significación gramatical de los términos “director” (“persona a cuyo cargo esté el régimen o dirección de un negocio, cargo o establecimiento”; acepción 3ª del Diccionario de la Real Academia Española), “general” –por referencia a “director”– (“El que tiene la dirección superior de un cuerpo, de un ramo o de una empresa”) y “ejecutivo” (“Persona que forma parte de una comisión ejecutiva o que desempeña un cargo directivo en una empresa”; acepción 6ª del Diccionario de la Real Academia Española), la función de los directores generales y directores ejecutivos no es tanto el establecimiento o fijación de directrices generales, lo que constituye el cometido propio del órgano de gobierno, cuanto la función de gestión o ejecución de carácter superior, bien que ajustándose precisamente a esas directrices generales fijadas por el órgano de gobierno, adoptando en esa función de gestión o ejecución las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía cuyo límite resulta precisamente de esas directrices generales. Dicho en otros términos, la función de los directores generales o directores ejecutivos, tanto de organizaciones privadas como públicas, viene delimitada positiva y negativamente. Positivamente, se trata de una función de ejecución o gestión de nivel superior y, por tanto, con margen de autonomía decisoria (bien que limitada por las directrices generales establecidas por el órgano de gobierno); negativamente, dicha función no comprende la determinación estratégica de la actividad de la entidad, es decir, la fijación de objetivos generales y de criterios o directrices de este carácter para alcanzarlos –función de la competencia del órgano de gobierno–. No cabe, por tanto, confundir o identificar la posición funcional de los directores generales y directores ejecutivos con la posición funcional de los órganos de gobierno de las respectivas entidades públicas y, por esta vía, entender que los directores generales y directores ejecutivos sólo son altos cargos si forman parte de los órganos de gobierno o son órganos de gobierno; de seguirse este criterio no tendría entonces sentido, insistiendo en lo ya apuntado, que el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006 aluda, como lo hace, a los directores generales, directores ejecutivos y asimilados como puestos o cargos diferenciados de los órganos de gobierno de las respectivas entidades.

Así las cosas, y dado que, según el artículo 43.2.a) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), según redacción dada por la Ley 62/1997, corresponde al Director Técnico de la respectiva Autoridad Portuaria la “dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, con arreglo a las directrices generales de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria...”, debe entenderse que su función es la propia de un director ejecutivo de los mencionados en el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006,

por lo que, al ser nombrado y separado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, queda comprendido en este último precepto, teniendo la consideración de alto cargo.

A los argumentos anteriores cabe añadir dos consideraciones. En primer lugar, no puede desconocerse la interpretación finalista (artículo 3.1 del Código Civil) de la Ley 5/2006, texto legal que responde al designio de evitar situaciones de conflicto de intereses de los altos cargos (artículo 1). Pues bien, esa situación de conflicto de intereses se producirá, obviamente, cuando el titular de un cargo tenga que adoptar, como contenido inherente a su puesto, decisiones de relevancia y con margen de autonomía; así las cosas, aplicando el criterio de interpretación finalista o teleológico, y por lo que se refiere al caso concreto de la consulta –Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias–, no cabe duda de que a dichos Directores les corresponde, en el ejercicio de sus funciones, la adopción de tales decisiones desde el momento en que, como se ha dicho, el artículo 43.2.a) de la LPEMM encomienda a los repetidos Directores la “dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, con arreglo a las directrices generales de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria...” En segundo lugar, tampoco puede desconocerse como criterio interpretativo para resolver la cuestión planteada la intensificación o reforzamiento del régimen de incompatibilidades operado por la Ley 5/2006 respecto del que establecía la derogada Ley 12/1995, como se pone de manifiesto en el Preámbulo del texto legal primeramente citado (párrafos segundo, quinto, sexto y séptimo), intensificación o endurecimiento con el que no sería coherente negar la condición de alto cargo a quienes, como los Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias, desempeñan, según lo dicho, funciones ejecutivas y de gestión de nivel superior y con margen de autonomía decisoria cuya única limitación viene dada por las directrices generales de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria.

- II -

Se recaba, en segundo lugar, el parecer de este Centro Directivo sobre si están incluidos en el ámbito de la aplicación de la Ley 5/2006 “los Directores de Autoridades Portuarias que en su día fueron nombrados por Puertos del Estado o permanecieron en sus cargos en aplicación de la Disposición Adicional 6ª 4 de la Ley 27/1992, en tanto en cuanto no concurría en su el requisito del artículo 3.2 e) de la Ley 5/2006 de haber sido nombrados por los órganos de gobierno de la entidad”.

En opinión de este Centro Directivo, el anterior interrogante merece una constatación afirmativa. Ciertamente que el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006 exige el requisito de que los altos cargos a que dicho precepto se refiere sean nombrados por el Consejo de Ministros o por los propios órganos de gobierno de las entidades públicas vinculadas o dependientes de la Administración del Estado. Ahora bien, en el caso a que se refiere el presente informe –Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias que permanecieron en sus cargos en aplicación de la disposición adicional sexta, apartado cuatro, de la Ley 27/1992 o que en su día fueron nombrados por el ente público Puertos del Estado conforme disponía el artículo 43.1 de dicho texto legal en su redacción originaria (tras la modificación introducida por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, el Director Técnico es nombrado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria a propuesta de su Presidente)–, no puede entenderse que el nombramiento por un órgano distinto de los indicados en el artículo 3.2.e) de la Ley 5/2006 tenga por consecuencia que el Director Técnico no tenga la condición de alto cargo, pues, como fácilmente se comprende, carecería de justificación y no tendría sentido alguno que los Directores Técnicos nombrados, tras la reforma introducida por la citada Ley 62/1997, por los Consejos de Administración de las respectivas Autoridades Portuarias tengan la condición de altos cargos y, en cambio, que los Directores Técnicos nombrados con anterioridad a dicha reforma por el ente público Puertos del Estado (o los que permanecieron en sus cargos en aplicación de la disposición adicional sexta, apartado cuarto, de la LPEMM) no tengan tal

condición, siendo así que unos y otros Directores Técnicos tienen encomendadas y desempeñan las mismas funciones y cometidos cuales son las indicadas en el artículo 43.2 de la LPEMM. En suma, ante un caso en el que el cargo o puesto de que se trata permanece idéntico en su denominación y, sobre todo, idéntico en sus funciones o cometidos (tomando en consideración las establecidas en la reforma de la LPEMM introducida por la Ley 62/1997), ha de primar, a los efectos de que aquí se trata, la consideración de los cometidos o funciones atribuidos al mismo sobre una circunstancia como es la modificación de su régimen de designación o nombramiento (operada por la Ley 62/1997) cuando esa modificación ha podido dar lugar, como así ocurre, a que dicho cargo o puesto siga siendo desempeñado por personas que en su día fueron nombradas por órgano distinto del que establece el artículo 3.2 e) de la Ley 5/2006, so pena, de seguirse un criterio distinto del que aquí se sostiene, de llegar a un resultado carente de justificación tal y como se ha indicado.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Ratificando el criterio establecido en el informe de 1 de junio de 2006 (ref. A.G. Entes Públicos 58/06), este Centro Directivo entiende que los directores técnicos de las Autoridades Portuarias son altos cargos de los comprendidos en el artículo 3.2. e) de la Ley 5/2006, de 10 de abril.

Segunda.- Están comprendidos en el artículo 3.2.e) del citado texto legal, teniendo, por tanto, la condición de altos cargos los Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias que en su día fueron nombrados por el ente público Puertos del Estado o que han permanecido en dichos cargos en aplicación de la disposición adicional sexta.cuatro de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre.

11.- Delegación de competencias del Presidente y del Director Técnico de una Autoridad Portuaria en los Departamentos dependientes de este último

Resumen

Consulta sobre delegación de competencias del Presidente y del Director de la Autoridad Portuaria de Barcelona en los Departamentos dependientes de esta última.

No es jurídicamente admisible que el Presidente y el Director de la Autoridad Portuaria deleguen sus competencias en los términos del artículo 13 de la Ley 30/1992, en los Departamentos dependientes del Director, ya que estos Departamentos no tienen la consideración de órganos administrativos, exigencia básica establecida en dicho precepto legal. En todo caso, las autorizaciones que se repiten a diario en la actividad cotidiana del Puerto y las que se refiere la consulta corresponde otorgarlas a los Departamentos dependientes del Director de la Autoridad Portuaria, al tratarse de actos de ejecución propios de unidades administrativas, en los que se materializa la función de gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, atribuida legalmente al Director y ejercida por éste con arreglo a las directrices recibidas por los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria

Ref.: A. G. Entes Públicos 18/11 (R -267/11)

Fecha: 13 de abril de 2011

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del informe

Ha tenido entrada en esta Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo del artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Barcelona sobre delegación de competencias del Presidente y del Director de la Autoridad Portuaria de Barcelona en los Departamentos dependientes de este último.

En la consulta formulada se dice lo siguiente:

“En la APB (se refiere a la Autoridad Portuaria de Barcelona) existe una preocupación creciente por introducir mejoras en el funcionamiento interno de la entidad de forma que se simplifiquen tramitaciones, se agilicen trámites y así se consiga dar una respuesta inmediata a las necesidades del día a día. Para ello se hace necesario delegar determinadas competencias atribuidas en la Ley de Puertos al Consejo de Administración (al que además, por la cláusula residual del artículo 40.5.t) de la Ley de Puertos, se le deben atribuir cualesquiera otras funciones no atribuidas expresamente a otro órganos). En la actualidad esta delegación se realiza en el Presidente y en el Director que acaban teniendo que asumir decisiones tan cotidianas como la asignación de atraques o la autorización de entrada de camiones con mercancías peligrosas en la zona de servicio del puerto o las autorizaciones para el ejercicio de la actividad de transporte terrestre en la zona indicada.

Todas esas actuaciones cotidianas y repetitivas en la actividad ordinaria del Puerto, acaban requiriendo de esas autorizaciones lo que, en la práctica, resulta inviable”

(...)

Con base en lo expuesto, se plantea la posibilidad de delegar alguna de estas autorizaciones en los Departamentos dependientes del Director de la Autoridad Portuaria con el fin de conseguir agilizar los trámites y una mayor inmediatez en la toma de decisiones. Más en concreto, se propone la delegación en diversos Departamentos de la competencia para el otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones de mercancías peligrosas en la zona de servicio del puerto, de la competencia para el otorgamiento de las autorizaciones de utilización de instalaciones portuarias fijas y, por último, de la competencia para el otorga-

miento de las autorizaciones para el ejercicio de la actividad de transporte terrestre en la zona de servicio del puerto y para la ocupación de plazas de aparcamiento en las zonas habilitadas para ello.

La Abogacía del Estado consultante, aunque considera lógica la propuesta, encuentra el inconveniente de que el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), relativo a la delegación de competencias, sólo admite la delegación en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas, y ese carácter de órganos sólo lo tienen, según el artículo 39 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), el Consejo de Administración y el Presidente (como órganos de gobierno), el Director (como órgano de gestión) y el Consejo de Navegación y Puerto (como órgano de asistencia).

No obstante, y dadas las dudas al respecto, razón por la que se ha dirigido a este Centro Directivo, considera dicha Abogacía del Estado, al amparo del artículo 5 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que podría entenderse que los Departamentos, a los que se les atribuye la tramitación en la práctica de dichas autorizaciones, pueden tener la consideración de “órganos” a los efectos previstos en el artículo 13 de la LRJ-PAC.

A la vista de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado emite el siguiente informe:

- I -

Para comprender el exacto cometido de los diversos órganos de las Autoridades Portuarias, organismos públicos con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como con plena capacidad de obrar y que ajustan, con carácter general, sus actividades 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 (artículo 35 de la LPEMM), es preciso partir, en primer término, del artículo 39 este texto legal donde se enumeran los órganos de esas entidades públicas, así como, en segundo lugar, de los artículos 40.5, 41.2 y 3, 43 y 44 de la misma Ley, en donde se detallan con precisión sus funciones.

Comenzando con la determinación de los órganos de las Autoridades Portuarias, el artículo 39 de la LPEMM señala que dichos órganos no son otros que el Consejo de Administración y el Presidente, como órganos de gobierno, el Director, como órgano de gestión, y el Consejo de Navegación y Puerto, como órgano de asistencia. Los distintos Departamentos de la Autoridad Portuaria dependientes del Director de la misma no tienen, por tanto y, a sensu contrario, la consideración de “órganos” de la entidad.

Por otro lado, las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, como ocurre con las Autoridades Portuarias, tienen la consideración de Administraciones Públicas y se sujetan a la LRJ-PAC cuando ejerzan, como aquí ocurre en los diversos supuestos objeto de la consulta, potestades administrativas (artículo 2.2. de dicho texto legal).

Pues bien, el artículo 13 de la LRJ-PAC, que lleva por rúbrica “Delegación de competencias,” exige que la delegación de competencias de los órganos de las distintas Administraciones Públicas se haga en otros “órganos” de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas.

No teniendo, como se ha indicado, los Departamentos de la Autoridad Portuaria la consideración de órganos administrativos, sino simplemente de unidades administrativas, no

se puede delegar en los mismos las competencias que la LPEMM asigna a los diferentes órganos de la entidad por resultar contrario a lo dispuesto en el artículo 13 de la LRJ-PAC.

A esta conclusión no se opone lo dispuesto en el artículo 5.2 de la LOFAGE, según el cual, “tendrán la consideración de órganos, las unidades a las que se les atribuya funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”, pues lo único que hace este precepto es constatar que aquellas unidades administrativas a las que se ha atribuido, a priori, funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tenga carácter preceptivo tendrán la consideración de órganos administrativos. Lo que no es admisible es que aquellas unidades administrativas que no tienen per se la consideración de órganos administrativos adquieran este carácter por la simple delegación de competencias de unos órganos administrativos – ex artículo 13 de la LRJ-PAC.

En resumen, no es jurídicamente posible que el Presidente y el Director de la Autoridad Portuaria, órganos de la misma, deleguen sus competencias, en los términos del artículo 13 de la LRJ-PAC, en los Departamentos dependientes del Director, ya que éstos no tienen la consideración de órganos administrativos, exigencia básica establecida en dicho precepto.

- II -

Sin embargo, una cosa es que, de acuerdo con lo expuesto, ni el Presidente ni el Director de la Autoridad Portuaria pueden delegar el ejercicio de sus competencias relacionadas con actuaciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas y otra, muy distinta es que necesariamente el ejercicio de las competencias a las que se hace mención en la consulta, corresponda al Presidente y al Director de la Autoridad Portuaria e incluso, como parece indicarse en la propia consulta, al Consejo de Administración de la entidad pública.

En efecto, en la consulta remitida se da a entender que las competencias sobre las que se pide el parecer de la Abogacía del Estado están atribuidas en origen al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria al que, además, por la cláusula residual del artículo 40.5.t) de la LPEMM, le corresponden cualesquiera funciones no atribuidas expresamente a otros órganos, habiendo delegado las mismas en el Presidente y en el Director de la Autoridad Portuaria. Lo que se plantea, por tanto, es si funciones correspondientes al Consejo de Administración, que han sido delegadas por este órgano en el Presidente y en el Director de la Autoridad Portuaria, se pueden delegar, su vez, en los diversos Departamentos

Pues bien, con independencia de que, como se ha expuesto, no es posible la delegación de las competencias del Presidente o del Director en los Departamentos dependientes de este último, dado que éstos son simples unidades administrativas y no órganos, y que, en el mejor de los casos, esto es que los Departamentos tuvieran la condición de órganos administrativos, no sería posible la delegación, salvo autorización de una ley, pues no pueden delegarse las competencias que se ejerzan por delegación (artículo 13.5 de la LRJ-PAC), lo cierto es que no puede decirse en absoluto que las competencias a que se refiere la consulta sean competencias propias del Consejo de Administración, del Presidente y del Director de la Autoridad Portuaria

Por el contrario, como se va a exponer, todas las competencias a las que se refiere la consulta pueden y deben desempeñarse sin especiales problemas y cumpliendo con unas pautas mínimas por los Departamentos dependientes del Director de la Autoridad Portuaria, sin necesidad de acto alguno de delegación u otra figura semejante.

Para razonar convenientemente esta conclusión hay que partir, en primer término, del artículo 40.5 de la LPEMM, donde se detallan las funciones del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, el máximo órgano de gobierno de la entidad. Un examen detallado de las mismas lleva claramente a entender que todas y cada una de las funciones atribuidas al Consejo de Administración tienen que ver de una forma muy genérica con el funcionamiento

y fines propios del puerto, como pueden ser regir y administrar el puerto (letra a), delimitar las funciones y responsabilidades de sus órganos (letra. b) , aprobar la organización de la entidad y sus modificaciones, a iniciativa del Presidente (letra. c), aprobar los proyectos de presupuestos (letra. f) , autorizar inversiones (letra.h) aprobar proyectos que supongan la ocupación de bienes (letra.i) , fijar los objetivos de gestión (letra. k), fijar las tarifas por los servicios comerciales que preste la Autoridad Portuaria (letra.n), otorgar las concesiones y autorizaciones, de acuerdo con los criterios y pliegos de condiciones generales que apruebe el Ministerio de Fomento (letra.ñ), aprobar las ordenanzas del puerto (letra),etc., y sin que, dada la índole de las autorizaciones objeto de consulta, puedan encuadrarse las mismas en la competencia residual del apartado t) de ese artículo.

En definitiva, se prevén en el artículo 40.5 de la LPEMM funciones de dirección y alta administración del puerto que, por tanto, nada tienen que ver, por desproporcionado y carente de lógica, con la posible autorización cotidiana y repetitiva para el transporte concreto de mercancías peligrosas en la zona de servicio del puerto, con la autorización o asignación de atraques o con las autorizaciones para el ejercicio de la actividad de transporte en esa zona de servicio.

El Consejo de Administración, delimita las funciones y responsabilidades de sus órganos, aprueba la organización de la entidad y otorga concesiones y autorizaciones, de acuerdo con los criterios y pliegos generales aprobados, en los términos recogidos en los artículos 99 y siguientes de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general. Esas autorizaciones, lo más parecido a las consultadas, que tienen por objeto la autorización permanente y continuada de instalaciones portuarias fijas y la ocupación del dominio público portuario con bienes o instalaciones desmontables (artículo 99 Ley 48/2003), corresponde otorgarlas, de acuerdo con los criterios y pliegos aprobados, al Consejo de Administración, pero, una vez otorgadas, la actividad cotidiana relacionada con esas autorizaciones y que puede traducirse también en una serie de autorizaciones concretas y diarias para el paso de mercancías peligrosas o en la asignación de un atraque, no corresponde al Consejo de Administración, sino a las unidades administrativas correspondientes de la Autoridad Portuaria, teniendo presente, en su caso, los términos de la autorización general y permanente previa otorgada por el Consejo.

Tampoco las funciones consultadas, aunque no haya existido una autorización previa y general del Consejo de Administración en los términos del artículo 40.5.ñ de la LPEMM, corresponden al Presidente de la Autoridad Portuaria, bastando, en este sentido, con una simple lectura del elenco de funciones atribuidas al mismo por el artículo 41.2 de la LPEMM donde no se encuentra de forma precisa, como no podía ser de otro modo, una atribución a dicho órgano de esas funciones. Sí se atribuye al Presidente, y ello tiene especial importancia en este caso, la función de “establecer directrices generales para la gestión de los servicios de la entidad” (artículo 41.2.c). La atribución al Presidente de esta función, unido a la delimitación previa de las funciones y responsabilidades de los órganos de la Autoridad Portuaria y a la aprobación de la organización de la misma realizada por el Consejo de Administración – ex artículo 40.5.b) y c) de la LPEMM – permite centrar mucho los cometidos de las diversas unidades administrativas que forman parte de la Autoridad Portuaria, al margen de la atribución concreta de la dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios al Director que hace el artículo 43.2.a) de la LPEMM.

En efecto, la atribución al Presidente de la función consistente en establecer las directrices generales para la gestión de los servicios y la atribución al Director de la función consistente en la dirección y gestión ordinaria de los servicios permiten entender que los cometidos a que se refiere la consulta, en cuanto a tareas meramente ejecutivas de gestión cotidiana, corresponden a los Departamentos dependientes del Director. No tendría sentido que la función que el artículo 43.2.a) de la LPEMM atribuye al Director –dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios– se interprete de forma literalista para concluir atribuyendo al Director tareas o cometidos meramente ejecutivos y repetitivos. La materialización de estas

tareas compete, por razón de su carácter de actos repetitivos y cotidianos de pura ejecución y por razón de evitar las dilaciones e incluso entorpecimientos que supondría su atribución al Director, a los Departamentos dependientes del mismo, bien que bajo la supervisión del propio Director. La aplicación concordada de los artículos 41.2 c) y 43.2 a) de la LPEMM y la natural graduación de la atribución de funciones, en atención a su respectiva trascendencia, a distintos órganos y unidades jerárquicamente ordenados, permite concluir diferenciando tres niveles: 1) determinación de las directrices generales para la gestión de los servicios: corresponde esta función al Presidente; 2) dirección y supervisión, con arreglo a dichas directrices, de la gestión de los servicios: compete este cometido al Director; 3) funciones puramente ejecutivas de gestión cotidiana: corresponden estas funciones a los departamentos dependientes del Director.

En resumen, las autorizaciones que se repiten a diario en la actividad cotidiana del Puerto y a las que se refiere la consulta corresponde otorgarlas a los Departamentos dependientes del Director de la Autoridad Portuaria, al tratarse de puros actos de ejecución, propios de unidades administrativas, de las funciones de gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, atribuidas legalmente al Director y ejercidas por éste con arreglo a las directrices que haya recibido de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria.

En su virtud, esta Abogacía del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- No es jurídicamente admisible que el Presidente y el Director de la Autoridad Portuaria, órganos de la misma, deleguen sus competencias, en los términos del artículo 13 de la Ley 30/1992, 26 de noviembre, de Régimen en los Departamentos dependientes del Director ya que éstos no tienen la consideración de órganos administrativos, exigencia básica establecida en ese precepto.

Segunda.- En todo caso, las autorizaciones que se repiten a diario en la actividad cotidiana del Puerto y a las que se refiere la consulta corresponde otorgarlas a los Departamentos dependientes del Director de la Autoridad Portuaria, al tratarse de puros actos de ejecución propios de unidades administrativas relacionados con las funciones de gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, atribuidas legalmente al Director y ejercidas por éste con arreglo a las directrices que haya recibido de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria.

12.- Informe sobre la pertenencia del Presidente o del Director de una Autoridad Portuaria al Consejo de Administración de la Sociedad de Gestión de Estibadores Portuarios y su adecuación al régimen de incompatibilidades de altos cargos

Resumen

Consulta sobre la posible pertenencia del Presidente o del Director de una Autoridad Portuaria al Consejo de Administración de la Sociedad de Gestión de Estibadores Portuarios y su adecuación al régimen de incompatibilidades de altos cargos.

El artículo 5 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que sanciona la dedicación exclusiva del alto cargo, condición que ostentan el Presidente y el Director de la Autoridad Portuaria, impide que la designación de los mismos como consejeros independientes de la "Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios", creada por el artículo 133 de la Ley 48/2003, en la redacción de la Ley 33/2010, sin que aquel precepto se haya visto afectado por la previsión al respecto contenida en el artículo 135 de la misma Ley. Tampoco se encuentra entre los supuestos de excepción de los artículos 9 y 10 de la Ley 5/2006.

Ref. : A.G.ENTES PÚBLICOS 43/11 (R- 525/11)

Fecha: 7 de junio 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 posible pertenencia del Presidente o del Director de una Autoridad Portuaria al Consejo de Administración de la Sociedad de Gestión de Estibadores Portuarios y su adecuación al régimen de incompatibilidades de altos cargos.

Dado el tenor del escrito de consulta y las consideraciones recogidas en el mismo, este Centro Directivo informa lo siguiente:

- I -

Tal y como se indica en el escrito de consulta, el artículo cuarto 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 ha adicionado un nuevo Título, el Título V, a este último texto legal, que lleva por rúbrica "Régimen de gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías" (artículos 133 a 149).

La Exposición de Motivos de la Ley 33/2010 (apartado III, in fine) da la clave del establecimiento de ese nuevo régimen, declarando lo siguiente:

"Por lo que se refiere a las entidades de puesta a disposición de personal estibador, esta Ley dispone que las dos figuras que coexisten actualmente, Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEEDs), en las que las Autoridades Portuarias disponían de un 51% del capital social, y Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIEs), con responsabilidad mancomunada entre sus socios y en las que se integran exclusivamente las empresas estibadoras, se adapten o transformen, respectivamente, en sociedades anónimas con la denominación de "Sociedad de Gestión de Estibadores Portuarios, Sociedad Anónima", estableciéndose un único modelo de sociedad de gestión de la puesta a disposición de los trabajadores de estiba. Esta nueva figura, exclusivamente de participación privada, estará constituida por las

empresas titulares de licencias de prestación de servicio portuario de manipulación, con una distribución accionarial alícuota por el número de titulares y proporcional por el volumen de facturación de cada una de ellas.”

El Capítulo I del citado Título V de la Ley regula, desde un punto de vista organizativo, las Sociedades de Gestión de la puesta a disposición de trabajadores que, según el artículo 133.3, tendrán la denominación de “Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios” (SAGEP), configurándose como sociedades de capital íntegramente privado. Dicho capital se fijará en los Estatutos de la sociedad que se aprueben en el momento de su constitución y se distribuirá entre los titulares de licencias de prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías en vigor en ese momento en el puerto, de acuerdo con los criterios recogidos en el artículo 134.2.

El artículo 135 se refiere al órgano de gobierno de la referida sociedad, disponiendo que “la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios se regirá por un Consejo de Administración. Los Estatutos de la Sociedad determinarán la composición de dicho órgano. Dichos Estatutos recogerán que un representante designado por la Autoridad Portuaria, en la que SAGEP desarrolle su actividad, forme parte del Consejo de Administración en calidad de consejero independiente.”

Pues bien, llegados a este punto, y partiendo de la indudable consideración del Presidente y del Director de la Autoridad Portuaria como altos cargos, a los efectos previstos en la Ley 5/2006, de 10 de abril, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, como ya tuvo oportunidad de dictaminar esta Abogacía General del Estado en su informe de fecha 1 de junio de 2006 (A.G. ENTES PÚBLICOS 58/06), y habida cuenta de la obligación de adaptación y transformación de las SEEDs y APIEs en las SAGEP, se suscita la cuestión de si el Presidente o el Director de una Autoridad Portuaria puede ser miembro, como consejero independiente, del Consejo de Administración de la SAGEP o, incluso, ser designado presidente o vicepresidente en dicho Consejo.

- II -

Para dar una respuesta fundada en Derecho a la cuestión suscitada, hay que comenzar recordando, como ya se hizo en el informe de este Centro Directivo sobre la aplicación de la Ley 5/2006, de 10 de abril (que vino a sustituir a la Ley 12/1995, de 11 de mayo) a los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias, el Preámbulo de dicha Ley, en el que, entre otra cosas, se declara que:

“No se trata, pues, de una mera reproducción de las normas de incompatibilidades tal y como se han concebido hasta ahora, sino de constituir un nuevo régimen jurídico regulador de la actuación de los altos cargos en el que, perfeccionando el anterior de incompatibilidades, se introducen nuevas exigencias y cautelas que garanticen que no se van a producir situaciones que pongan en riesgo la objetividad, imparcialidad e independencia del alto cargo, sin perjuicio de la jerarquía administrativa.

(...)

Se consagra el principio de dedicación exclusiva del alto cargo a su puesto público, restringiendo todas aquellas actividades que puedan perturbar o incidir en el desempeño de funciones públicas.”

Como se indicó en el citado informe de 1 de Junio de 2006, del tenor de los pasajes del Preámbulo que se han transcrito se deduce un claro endurecimiento de la normativa en materia de incompatibilidades de altos cargos si se la compara con la contenida en la Ley 12/1995.

Sobre esta base, el artículo 5 de la Ley 5/2006, que lleva por rúbrica “Dedicación exclusiva al cargo público”, dispone textualmente lo siguiente:

“Los altos cargos comprendidos en el artículo 3 ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena, y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las excepciones señaladas en los artículos 9 y 10.”

Por tanto, queda absolutamente claro que los altos cargos comprendidos en el artículo 3 de la Ley 5/2006, entre los que se encuentran los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias, deben ejercer sus funciones con dedicación exclusiva, no pudiendo compatibilizar esa actividad con el desempeño, por sí o mediante sustitución o apoderamiento, de “cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad”, pública o privada, por cuenta propia o ajena, salvo las excepciones de los artículos 9 y 10 de la misma Ley.

El artículo 9 se refiere a la compatibilidad con actividades públicas, estableciendo en su apartado 1 que:

“El ejercicio de las funciones de un alto cargo será compatible con las siguientes actividades públicas:

- a) El desempeño de los cargos que les correspondan con carácter institucional, de aquellos para los que sean comisionados por el Gobierno, o de los que fueran designados por su propia condición.
- b) El desarrollo de misiones temporales de representación ante otros Estados, o ante organizaciones o conferencias internacionales.
- c) El desempeño de la presidencia de las sociedades a las que se refiere el artículo 166.2 de la ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando la naturaleza de los fines de las sociedad guarde conexión con las competencias legalmente atribuidas al alto cargo, así como la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de derecho público.

(...)”

Por su parte, el artículo 10, relativo a las compatibilidad con actividades privadas, establece que el ejercicio de un puesto de alto cargo será compatible con las actividades privadas que el propio precepto enumera (mera administración del patrimonio personal o familiar; producción y creación literaria, artística, científica o técnica; asistencia ocasional en congresos, seminarios, conferencias; y participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro), siempre que con su ejercicio no se comprometa la imparcialidad o independencia del ato cargo en el ejercicio de su función, sin perjuicio de la jerarquía administrativa.

- III -

Pues bien, en opinión de este Centro Directivo, la nueva Ley 33/2010, cuyo artículo cuarto, como se ha visto, ha adicionado un nuevo Título a la Ley 48/2003, relativo a la gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, creando, por lo que ahora importa, las SAGEP, regidas por un Consejo de Administración del que debe formar parte, como consejero independiente, un representante designado por la Autoridad Portuaria en la que la SAGEP desarrolle su actividad, no ha alterado el régimen de

incompatibilidades de altos cargos, condición que corresponde a los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias, en la Ley 5/2006.

En efecto, aparte de la nula mención a la Ley 5/2006 en la disposición derogatoria única de la Ley 33/2010, siquiera para excepcionar o matizar la aplicación de este último texto legal a los indicados altos cargos y posibilitar, por tanto, su nombramiento como consejeros independientes de las SAGEP, no puede inferirse del tenor del artículo 135 de la Ley 48/2003 que la voluntad del legislador haya sido abrir esa posibilidad, excepcionando con ello los claros términos del artículo 5 de la Ley 5/2006 que sanciona la dedicación exclusiva al cargo público, en este caso, a la Presidencia y a la Dirección de la Autoridad Portuaria.

Tampoco el hecho de formar parte del Consejo de Administración de una sociedad de capital exclusivamente privado, en calidad de consejero independiente, entraría en los casos de excepción a la regla general del artículo 5 de la repetida Ley 5/2006, contenidos, como se ha dicho, en sus artículos 9 y 10.

En este sentido, de admitirse que el desempeño, por parte del Presidente o el Director de la Autoridad Portuaria, del cargo de consejero de la SAGEP constituye una actividad pública, lo cual no deja de ser discutible, esta actividad no podría tener acomodo en el apartado 1.a) del artículo 9 de la Ley 5/2006, que admite la compatibilidad del ejercicio de las funciones de un alto cargo con el “desempeño de los cargos que les correspondan con carácter institucional, de aquéllos para los que sean comisionados por el Gobierno, o de los que fueran designados por su propia condición.”

En efecto, en primer lugar, difícilmente puede entenderse que el desempeño del cargo de consejero de la SAGEP corresponde al Presidente o al Director de la Autoridad Portuaria con carácter institucional, desde el momento en que no existe participación alguna del Estado ni de la respectiva Autoridad Portuaria en el capital de dicha sociedad.

En este sentido, es significativo señalar que cuando la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) ha querido que el Presidente de la Autoridad Portuaria presida o forme parte del Consejo de Administración de las sociedades participadas por la propia Autoridad Portuaria, lo ha establecido de forma expresa. Así ocurrió con el artículo 41.1 de la LPEMM que, en su redacción originaria, admitía la simultaneidad del cargo de Presidente de la Autoridad Portuaria con el cargo del Presidente o Vocal del Consejo de Administración de las sociedades participadas por la Autoridad Portuaria que presidía, con los requisitos y las limitaciones retributivas que se derivaban de la aplicación de la legislación de incompatibilidades.

La Ley 62/1997, de 26 de diciembre, reformó parcialmente dicho precepto para añadir que el Presidente de la Autoridad Portuaria podría serlo también del Consejo de Administración de las sociedades estatales de estiba o desestiba que operasen en los puertos incluidos en el ámbito competencial de la entidad correspondiente, y ello como consecuencia de la participación mayoritaria de las Autoridades Portuarias en estas sociedades. Dicho inciso fue suprimido por la Ley 48/2003, cuya disposición final segunda dió nueva redacción al artículo 41.1, volviendo, en lo esencial, a su redacción originaria, a la que antes se ha hecho referencia, y que, con algún matiz que no viene al caso, se mantiene en la Ley 33/2010, cuya disposición final segunda, da nueva redacción al artículo 41.1 de la LPEMM.

Tampoco puede pensarse con fundamento que el desempeño, por parte del Presidente o Director de la Autoridad Portuaria, del cargo de consejero (consejero independiente) de la SAGEP les corresponde “por su propia condición” (artículo 9.1.a), inciso final de la Ley 5/2006), pues para ello tendría que haberse establecido formal y expresamente (como un cometido más) que el Presidente o Director de la Autoridad Portuaria fuese también miembro del Consejo de Administración de dicha sociedad, lo que no es así.

Pasando al apartado 1.c) del artículo 9 de la Ley 5/2006, no puede pensarse tampoco que al participación del Presidente o Director de la Autoridad Portuaria en el Consejo de Adminis-

tración de la SAGEP tiene encaje en dicho precepto legal, que admite la compatibilidad del ejercicio de las funciones de un alto cargo con el desempeño de la presidencia de las sociedades a que se refiere el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, ya que este último precepto se refiere a las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, lo que, como es obvio, no es el caso. Otro tanto puede decirse de la excepción contenida en el último inciso del artículo 9.1.c) de la citada Ley 5/2006, referida a la “representación de la Administración General del Estado, en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de derecho público”.

Por consiguiente, puede afirmarse que, tras la entrada en vigor de la nueva legislación en materia de incompatibilidades de altos cargos, el único supuesto de compatibilidad revalidado por la Ley 33/2010, posterior en el tiempo a la Ley 5/2006, en el que el Presidente de una Autoridad Portuaria puede simultanear su cargo público con otro, es el desempeño del cargo de Presidente o vocal del Consejo de Administración de alguna de las sociedades participadas por la Autoridad Portuaria que aquél preside, lo que no es el caso, pues, como se ha expuesto, las SAGEP son sociedades de capital exclusivamente privado.

Por último, aunque se considerase el desempeño del cargo de consejero independiente de la SAGEP como una actividad privada, la misma no tendría tampoco encaje en las actividades enumeradas en el artículo 10 de la Ley 5/2006.

A mayor abundamiento, siendo como es un tema de importancia para las Autoridades Portuarias, con un largo desarrollo histórico desde la creación de las antiguas sociedades estatales de estiba y desestiba por el Real Decreto-Ley 2/1986, con menciones expresas y muy precisas en las normas reguladoras de las mismas y de las APIEs, que vinieron a sustituirlas, si la voluntad del legislador hubiera sido que el Presidente o el Director de la Autoridad Portuaria fuesen miembros del Consejo de Administración de la SAGEP lo hubiera dicho expresa y categóricamente en el artículo 135 de la Ley 48/2003. No ha sido así, hablándose sólo de “un representante designado por la Autoridad Portuaria,” lo que abre la posibilidad de serlo a cualquier persona integrada en el seno de la organización de la Autoridad Portuaria correspondiente, pero no afectada por la Ley 5/2006.

Por último, existe otro argumento más que milita a favor de la tesis de que el Presidente de la Autoridad Portuaria no puede formar parte del Consejo de Administración de la SAGEP y que no es otro que el concerniente a la facultad, que el artículo 136.4 de la Ley 48/2003 atribuye al Presidente, de suspender preventivamente los acuerdos de la Junta General de Accionistas o del Consejo de Administración de la SAGEP que resulten gravemente dañosos para el interés general del puerto o para los usuarios del mismo, que lesionen a algún accionista o que perjudiquen a la libre competencia entre los prestadores del servicio portuario de manipulación de mercancías.

Estos acuerdos, según reza dicho precepto, pueden ser suspendidos preventivamente por el Presidente de la Autoridad Portuaria, por propia iniciativa o a propuesta “del miembro del Consejo de Administración en representación de la Autoridad Portuaria,” previsión que da una idea de ajenidad de este último respecto al órgano encargado de tomar esa decisión (Presidente de la Autoridad Portuaria), no pudiendo, a priori, ser una misma persona la que tome la iniciativa (hipotéticamente el Presidente de la Autoridad Portuaria, en su condición de miembro del Consejo de Administración de la SAGEP) y la que acuerde la suspensión preventiva (el Presidente de la Autoridad Portuaria, en su condición de tal).

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

CONCLUSIONES

Primera.- El artículo 5 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que sanciona la dedicación exclusiva del alto cargo, condición que ostentan el Presidente y el Director de la Autoridad Portuaria, impide la designación de los mismos como consejeros independientes de la “Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarias” creada por el artículo 133 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, sin que aquel precepto se haya visto afectado por la previsión al respecto contenida en el artículo 135 de la misma Ley.

Segunda.- El desempeño, por parte del Presidente o el Director de la Autoridad Portuaria, del cargo de miembro del Consejo de Administración de la “Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios”, en representación de aquella entidad pública no se encuentra comprendido en ninguno de los supuestos de excepción de los artículos 9 y 10 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, a la regla general de dedicación exclusiva al cargo público contenida en el indicado artículo 5 de esta Ley

13.- Informe sobre el alcance e interpretación del artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, relativo a la impugnación y revisión de oficio de acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias

Resumen

Consulta sobre el alcance e interpretación del artículo 35 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011. El apartado 1 de ese artículo configura un recurso de alzada impropio ante el Ministro de Fomento contra los acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias que, únicamente, pueden formular Puertos del Estado y la Comunidad Autónoma donde se ubique la Autoridad Portuaria. Análisis de las diversas cuestiones suscitadas en relación con ese recurso. Por su parte, el apartado 2 de ese artículo, relativo a la revisión de oficio de los acuerdos de esos órganos, establece unas reglas específicas en la materia aplicables a la revisión de oficio de los actos de esos órganos, planteándose también diversas cuestiones a las que se da respuesta expresa y detallada en el informe,

Ref.; A.G.: ENTES PÚBLICOS 67/12 (R- 482/12)

Fecha: 29 de mayo 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 el Presidente de Puertos del Estado en relación con diversas cuestiones interpretativas que suscita la aplicación del artículo 35 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 relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- | -

El artículo 35 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 fruto de la refundición en un único precepto de las previsiones contenidas, por un lado, en la disposición adicional vigesimoquinta, sobre recursos contra acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias, añadida a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, por el artículo segundo. 32 de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003 y, por otro lado, de las previsiones contenidas en la disposición final tercera, relativas a la revisión de oficio, de la Ley 33/2010.

La disposición final séptima de este último texto legal autorizó al Gobierno para que, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la propia Ley 33/2010 en el BOE (lo que tuvo lugar el 7 de agosto de 2010), elaborase un texto refundido de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general y de Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003 de 26 de noviembre. La autorización concedida al Gobierno comprendió la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

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 amplió el citado plazo hasta

el 31 de diciembre de 2011. Por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (BOE del 20 de octubre), se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

El artículo 35 del TRLPEMM, que lleva por rúbrica “Impugnación y revisión de oficio de los acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias,” tiene, en concordancia con esta rúbrica, dos partes perfectamente diferenciadas. La primera, concretada en el apartado 1, se refiere estrictamente a la impugnación de determinados acuerdos adoptados por los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias. La segunda, a la que se refiere el apartado 2, establece determinadas reglas para el ejercicio en este ámbito de las facultades de revisión de oficio reguladas en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en los artículos 217 y 218 de la Ley 58/2003, General Tributaria (LGT).

- II -

Antes de dar respuesta a las diversas cuestiones planteadas en el escrito de consulta, es necesario determinar la naturaleza y razón de ser de las previsiones contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 35 del TRLPEMM.

Pues bien, el apartado 1 del artículo 35 del TRLPEMM introduce novedosamente en el ámbito portuario un “recurso de alzada impropio” que actúa a modo de instrumento de control, por parte del Ministro de Fomento (órgano competente para resolver el mismo, según más adelante se dirá), de la actuación de las Autoridades Portuarias respecto de unas determinadas infracciones en los actos dictados por sus órganos de gobierno y con la particularidad de la especial legitimación activa para interponer ese recurso.

En efecto, como comienza diciendo el precepto en cuestión, “los acuerdos que adopten los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias u omisiones de los mismos que sean contrarios a lo prevenido en el Plan de Empresa, aprobado con arreglo a lo previsto en el artículo 52 o que incurran en cualquier otra infracción de lo previsto en esta ley, podrán ser recurridos ante el Ministro de Fomento, en el plazo de un mes, computado desde que se tenga conocimiento de su contenido.” Este recurso se rige –como añade el propio precepto– por lo establecido para el recurso de alzada en el Capítulo II del Título VII de la LRJ-PAC, estando únicamente legitimados para interponer el mismo la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria y Puertos del Estado.

El recurso indicado, que se ha denominado recurso de alzada impropio, es una vía especial y exclusiva de impugnación de los acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias que únicamente puede ser utilizada por la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria y Puertos del Estado, como ente coordinador del sistema portuario (artículo 17 a) del TRLPEMM), y, además, por dos exclusivos motivos: 1) cuando los acuerdos en cuestión sean contrarios al Plan de Empresa aprobado con arreglo a lo previsto en el artículo 52 del TRLPEMM; y 2) cuando incurran en cualquier otra infracción de lo previsto en el propio TRLPEMM.

En definitiva, se ha configurado un medio especial de impugnación en defensa de la “legalidad portuaria” (en la que se puede encuadrar el Plan de Empresa aprobado), a semejanza, salvando las distancias, de otros medios de impugnación similares, en defensa también de la legalidad, a favor de determinadas Administraciones Públicas y contra acuerdos dictados por otras Administraciones Públicas, previstos, por ejemplo, en la legislación de Régimen Local. En este sentido, se pueden traer a colación los artículos 65 a 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local, que habilitan a la Administración del Estado para impugnar los actos adoptados por las entidades locales que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, en cualquier infracción competencial o que atenten contra el interés general de España, o el artículo 119 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que

permite igualmente la impugnación directa por la Administración del Estado, autonómica o local, ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, de todos aquellos actos y acuerdos que infrinjan la citada Ley o las normas aprobadas conforme a la misma.

Se trata, por tanto, de un recurso administrativo especial con un título, también especial, de legitimación a favor de unos concretos entes públicos del que no pueden disponer los particulares interesados (la vía ordinaria procedente a utilizar por los mismos contra los acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias que infrinjan la ley sería el recurso contencioso-administrativo, previo el potestativo recurso de reposición, pues las decisiones de los citados órganos agotan la vía administrativa –artículo 24.8 del TRLPEMM–) para impugnar determinado tipo de actos adoptados por los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias, todo ello en defensa de la legalidad portuaria y como instrumento de control en manos de los entes legitimados, correspondiendo la competencia para resolver el recurso al Ministro de Fomento.

Por lo que se refiere al apartado 2 del artículo 35 del TRLPEMM, la razón de ser de ese apartado hay que buscarla en la Ley 33/2010, de 5 de agosto, sobre modificación de la Ley 48/2003 que, como se ha dicho, dedica su disposición final tercera a la revisión de oficio. La Exposición de Motivos de la Ley 33/2010 (apartado IV, in fine) se refiere a este concreto precepto, declarando lo que sigue:

“En las disposiciones finales se modifican e introducen algunos preceptos aislados de la Ley 27/1992, de 26 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, concretándose asimismo las competencias relativas a la revisión de oficio de los actos de las Autoridades Portuarias establecidas en la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, con el objetivo de evitar ciertas disfunciones que han surgido de su aplicación.”

Las disfunciones a las que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley 33/2010 versan, fundamentalmente, sobre la determinación del órgano competente para acordar la revisión de oficio, pues determinados pronunciamientos judiciales (comenzando por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006 que resolvió un supuesto anterior a la entrada en vigor de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado –LOFAGE–) habían entendido, con base en la personalidad jurídica propia de las Autoridades Portuarias y en la circunstancia de que sus actos son autónomos y directamente imputables a las mismas, que la competencia para acordar la revisión de oficio de los actos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias correspondía a los máximos órganos rectores de las mismas (Presidente y Consejo de Administración) y no al órgano al que están adscritos ambos, es decir, al Ministerio de Fomento, prescindiendo así de lo prevenido en la disposición adicional decimosexta de la LOFAGE.

En contra de esta interpretación del Tribunal Supremo, esta Abogacía General del Estado tuvo oportunidad de señalar (por todos, informe de 27 de marzo de 2006, ref. A.G. Entes Públicos 28/06, en línea con la doctrina del Consejo de Estado - Dictámenes 350/2005, de 7 de abril y 825/2005, de 2 de junio, entre otros -), teniendo presente lo dispuesto en la LOFAGE, que la competencia para declarar la lesividad de los actos dictados por el Presidente de la Autoridad, de acuerdo con las previsiones de la disposición adicional decimosexta. 1.c) de la LOFAGE, dada su condición, compartida con el Consejo de Administración, de máximo órgano rector del Organismo, correspondía al Secretario General de Transportes, órgano dependiente del Ministerio de Fomento, al que, hasta hace muy poco tiempo, se encontraban adscritas las Autoridades Portuarias (artículo 7 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio (norma vigente en la fecha de emisión del informe), razonándose así:

“En el presente caso, y tal y como ha tenido oportunidad de señalar el Consejo de Estado en su dictamen 350/2005, de 7 de abril, y lo reitera en el dictamen 825/2005, de 2 de junio, en asuntos en los que estaba interesada la Autoridad Portuaria de Las Palmas, conforme al artículo 39 de la LPMM, los máximos órganos rectores de las Autoridades Portuarias son el

Consejo de Administración y el Presidente sin distingos jerárquicos, diferenciándolos de los órganos de gestión, en relación jerárquica con aquéllos, y de los órganos de asistencia. Los artículos 40 y 41 de la misma disposición legal enumeran las competencias de uno y otro, que son distintas. Un análisis de dichas competencias permite afirmar que su distribución existente entre el Presidente y el Consejo de Administración se realiza mediante la técnica de reparto. Ello evidencia que no existe relación de jerarquía o dependencia entre el Consejo de Administración y su Presidente. Así resulta también del hecho de que el Presidente no sea nombrado por el Consejo de Administración, sino por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (Ley 27/1992, de 24 de noviembre, artículo 41); y de que no pueda ser destituido por él; este criterio, se deduce del propio tenor del apartado a) del número 5 del artículo 40 de la misma disposición legal, al señalar que corresponde al Consejo de Administración “regir y administrar el puerto, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Presidente.” En otros términos, al no existir relación de jerarquía entre ambos órganos, los dos tienen la condición de máximos órganos de gobierno en sus respectivas esferas de competencias por lo que, de acuerdo con esa disposición, la competencia para declarar lesivo ese acto del Presidente corresponder al órgano al que está adscrito la Autoridad Portuaria, en este caso, la Secretaría General de Transportes, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio.”

Sin embargo, el planteamiento inicial de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006 fue seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en sentencia de 24 de octubre de 2008, contra la que se formuló recurso de casación por el Abogado del Estado, recurso que fue resuelto sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2011, desestimando el mismo y confirmando, por tanto, la tesis de la sentencia de instancia. La sentencia en cuestión niega la competencia del Ministerio de Fomento (Secretaría General de Transportes) para la declaración de lesividad de los actos dictados por el Presidente de la Autoridad Portuaria, atribuyéndosela al Consejo de Administración, al que considera el único máximo órgano rector. Por el contrario, reconoce la competencia del Ministerio de Fomento cuando el acto provenga del Consejo de Administración, todo ello interpretando la disposición adicional decimosexta.1. de la LOFAGE.

El párrafo más significativo de dicha resolución judicial, contenido en el fundamento de derecho cuarto, reza así:

“ ... Con arreglo a esta norma, para que la competencia para la declaración de la lesividad del acto, después recurrido ante la Jurisdicción Contencioso - administrativa , pudiera corresponder al Secretario General de Transportes, que fue el que la declaró, el acto declarado lesivo debía haber sido dictado “por el máximo órgano rector” de la Autoridad Portuaria. La lectura del art. 39 de la Ley 27/1994, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, pone de manifiesto que entre los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria, referidos en el apartado a) del artículo sitúa en primer lugar al “Consejo de Administración” y después de él al “Presidente”, lo que lleva a entender que según ese enunciado la posición de “máximo órgano rector” la ocupa el Consejo de Administración y no el Presidente. No cabe entender que ambos órganos (Consejo de Administración y Presidente) tengan la condición de máximos órganos de gobierno como pretende el Abogado del Estado, pues esa duplicidad no se aviene con el uso del singular en la norma: “el máximo órgano rector”. Que ambos órganos sean de gobierno, no basta para atribuir a ambos la condición de máximo órgano de gobierno.

Se confirma esa condición de “máximo órgano rector” si se atiende a la descripción de funciones de uno y otro órgano de gobierno, contenida en el Art. 40.3 de la propia Ley, respecto al primero y en el 41.2 , respecto al segundo, en las que resulta indudable la referida superioridad de aquel respecto a éste”.

Pues bien, para evitar las “disfunciones que han surgido en su aplicación” (se refiere a la disposición adicional decimosexta de la LOFAGE) y que tienen su origen indudablemente en esos pronunciamientos judiciales, la disposición final tercera de la Ley 33/2010, que lleva

por rúbrica “Revisión de oficio”, fija determinadas reglas en lo que se refiere a la competencia resolutoria y al procedimiento, dejando sentado que la competencia para resolver los procedimientos especiales de revisión de oficio en relación con los acuerdos dictados por los órganos de gobierno de las Autoridades corresponde al Ministerio de Fomento u órgano en quien éste delegue. Si se trata de actos dictados en materia tributaria, la competencia corresponde al Ministerio de Hacienda o al órgano en quien delegue, según lo dispuesto en la LGT y en disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma.

Junto a las anteriores reglas de competencia, se establecen también reglas procedimentales relativas a las formas de iniciación y tramitación de los procedimientos de revisión de oficio, así como sobre la posibilidad de suspensión de la ejecución del acto que se pretende revisar.

Una vez hecha esta amplia exposición sobre la razón de ser y alcance en general del artículo 35 del TRLPEMM, procede ya entrar en el examen de las cuestiones planteadas en el escrito de consulta.

- III -

Se recaba, en primer lugar, el parecer de este Centro Directivo acerca del carácter omnicompreensivo o no de los procedimientos que se regulan en el mismo y, en particular, si subsisten y son aplicables los procedimientos que se detallan en el escrito de consulta.

El primero de dichos procedimientos comprende los recursos administrativos ordinarios regulados por la LRJ-PAC con resolución de la Autoridad Portuaria autora del acto que se estime ilegal.

Como ya se indicó anteriormente, en el artículo 35.1 del TRLPEMM se configura un medio especial de impugnación de los acuerdos que adopten los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias u omisiones de los mismos que sean contrarios a lo prevenido en el Plan de Empresa o que incurran en cualquier otra infracción de lo previsto en TRLPEMM y que sólo puede ejercitarse por la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria y Puertos del Estado en defensa de la legalidad portuaria.

Pues bien, como fácilmente se comprende, la existencia de esta vía especial de impugnación es independiente de los recursos administrativos ordinarios regulados LRJ-PAC, que pueden formular los particulares interesados contra las resoluciones de la Autoridad Portuaria (Presidente y Consejo de Administración). Precizando más, ha de entenderse que el único recurso ordinario que pueden interponer los particulares interesados sería el recurso potestativo de reposición a que se refiere artículo 116 de la LRJ-PAC y que procede contra los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa, pues, como ya se indicó anteriormente, según el artículo 24.8 del TRLPEMM “ los actos dictados por las Autoridades Portuarias en el ejercicio de sus funciones públicas y, en concreto, en relación con la gestión y utilización del dominio público, la exacción y recaudación de tasas y la imposición de sanciones, agotarán la vía administrativa, excepto en materia tributaria, donde serán recurribles en vía económico administrativa”.

A pesar de lo expuesto, puede surgir la duda –y con ello se enlaza con el tercer apartado de la cuestión suscitada y que se refiere a la subsistencia del requerimiento de anulación entre Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (LJCA)– de si alguno de los entes legitimados para formular el recurso del artículo 35.1 del TRLPEMM, es decir, la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria y Puertos del Estado podrían acudir a la vía del recurso administrativo ordinario regulado en la LRJ-PAC contra las resoluciones de la Autoridad Portuaria que consideren ilegales.

La respuesta a esta cuestión debe partir siempre del dato de que la Comunidad Autónoma o Puertos del Estado tengan o no la consideración de interesados, en el sentido recogido en el artículo 31 de la LRJ-PAC, en un procedimiento administrativo seguido ante la Autoridad Portuaria. La vía del artículo 35.1 TRLPEMM, como se ha dicho, es un medio de impugnación especial en defensa de la legalidad portuaria que únicamente pueden iniciar la Comunidad Autónoma y Puertos del Estado. Ahora bien, ello no es óbice para que uno de ellos, especialmente la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria, pueda tener la consideración de interesado en un procedimiento administrativo seguido ante la Autoridad Portuaria.

En efecto, basta una simple lectura, por ejemplo, de los artículos 72.2, 73.3 y 83 a) del TRLEMM para darse cuenta que las Comunidades Autónomas pueden requerir la utilización del dominio público portuario, debiendo solicitar de las Autoridades Portuarias la oportuna concesión o autorización, en los términos y condiciones que se recogen en dichos preceptos, actuando aquí la Comunidad Autónoma como lo haría cualquier particular que solicitase una autorización o concesión del dominio público portuario a la Autoridad Portuaria respectiva.

Pues bien, en esta situación y actuando la Comunidad Autónoma como un particular, el posible desacuerdo de la Comunidad Autónoma como interesada en esos procedimientos administrativos, debe encauzarse por la vía de los recursos ordinarios que, a su vez, tiene alguna especialidad.

En efecto, si la Comunidad Autónoma, como interesada en un concreto procedimiento administrativo seguido ante la Autoridad Portuaria, estuviese disconforme con el acuerdo que se adopte por los órganos de este último ente público (acuerdo que, como se ha dicho, agota la vía administrativa) no podría, antes de acudir a la vía contencioso-administrativa, interponer el potestativo recurso de reposición, pues este recurso administrativo, junto con el de alzada ordinario, ha sido sustituido por el (potestativo también) requerimiento de anulación a que se refiere el artículo 44 de la LJCA, cuyo apartado 1 dispone que “en los litigios entre Administraciones Públicas (tanto la Comunidad Autónoma como la Autoridad Portuaria tienen esa condición a la vista del artículo 2 de la LRJ-PAC) no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada.”

Dicho precepto, según la doctrina mayoritaria, es aplicable en todos aquellos casos en los que una Administración Pública se ve en la necesidad de impugnar un acto de otra, no como Administración Pública situada en un plano de superioridad (que sería el caso del recurso a que se refiere el artículo 35.1 del TRLPEMM, en el que la Comunidad Autónoma, con un papel relevante en la organización portuaria, actúa en defensa de la legalidad, como se ha dicho), sino como “interesada” en un concreto procedimiento y afectada por la resolución dictada en el mismo. En estos supuestos, la Administración afectada (la Comunidad Autónoma), como titular de un derecho subjetivo frente al acto dictado, utiliza potestativamente la vía del requerimiento –ex artículo 44 de la LJCA–, en vez de la del recurso administrativo ordinario, vedada por este precepto, como paso previo al recurso contencioso-administrativo. Es difícil, por el contrario, pensar en la consideración de interesado (en el sentido del artículo 31 de la LRJ-PAC) del ente público “Puertos del Estado” en un procedimiento administrativo seguido ante una Autoridad Portuaria, dada la clara consideración del mismo como ente coordinador de todo el sistema portuario, con atribución de las competencias y funciones recogidas en los artículos 17 y 18 del TRLPEMM.

En definitiva, la vía del requerimiento potestativo contenida en el artículo 44 de la LJCA únicamente está prevista para los casos en los que la Comunidad Autónoma o Puertos del Estado actúen como interesados en un procedimiento administrativo seguido ante la Autoridad Portuaria, como paso previo a la interposición de un recurso contencioso-ad-

ministrativo. Por el contrario, no es posible acudir previamente a esta vía cuando tanto la Comunidad Autónoma donde su ubique la Autoridad Portuaria como Puertos del Estado pretendan interponer el recurso a que se refiere el artículo 35.1 TRLPEMM que, como se ha dicho, se configura como una vía especial en defensa de la legalidad portuaria que ha de iniciarse en la forma prevista exclusivamente en dicho precepto legal por los órganos legitimados.

Finalmente, y respondiendo a la última duda relacionada con esta primera cuestión, relativa a la subsistencia de las potestades de revisión de oficio, con resolución de la Autoridad Portuaria autora del acto que se estime ilegal, ha de señalarse que el régimen de revisión de oficio de los actos de las Autoridades Portuarias en su aspecto competencial y procedimental está diseñado con detalle en el artículo 35.2 del TRLPEMM que, como se ha expuesto, sirve para evitar las disfunciones que había planteado la aplicación en el ámbito portuario de las previsiones competenciales en materia de revisión de oficio contenidas en la disposición adicional decimosexta de la LOFAGE.

Pues bien, y como ya se dijo anteriormente, de acuerdo con el tenor del artículo 35, apartado 2, letras d) y e), del TRLPEMM, la competencia para resolver sobre la revisión de oficio de los acuerdos de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias corresponde, en todo caso, al Ministerio de Fomento u órgano en quien delegue, o al Ministerio de Hacienda u órgano en quien delegue también, si se trata de actos dictados en materia tributaria, sin que, por tanto, la Autoridad Portuaria respectiva, autora del acto que se estime ilegal, tenga facultad resolutoria alguna, a salvo, claro está, de sus facultades de iniciación del procedimiento, de oficio o a instancia de persona interesada –artículo 35.2.a) y b)–, así como de remisión de la copia cotejada del expediente y del informe sobre los antecedentes que fuesen relevantes al órgano competente para tramitar –artículo 35.2.c)–.

La atribución de la competencia resolutoria en materia de revisión de oficio a las propias Autoridades Portuarias (más concretamente, a sus órganos de gobierno, Presidente y Consejo de Administración, siendo necesaria esa especificación) autoras del acto que se estime ilegal, aunque fuera limitada a determinados casos o se configurase como una competencia compartida y alternativa con el Ministerio de Fomento, exigiría, en todo caso, la reforma legal tanto del artículo 35.2 del TRLPEMM como de la disposición adicional decimosexta.1.c) de la LOFAGE.

- IV -

La segunda cuestión que plantea el escrito de consulta se refiere al apartado 1 del artículo 35 del TRLPEMM, suscitando, a su vez, varias dudas.

La primera se refiere al dies a quo del plazo de un mes para interponer el recurso “desde que se tenga conocimiento de su contenido”, especialmente en los casos en que el objeto del recurso sea un acuerdo del Consejo de Administración de una Autoridad Portuaria, por cuanto que en la composición del citado Consejo de Administración hay representantes de Puertos del Estado y de las Comunidades Autónomas, por lo que –según se indica en el escrito de consulta– cabría plantear si el plazo de un mes ha de contarse desde el día de la celebración de la sesión correspondiente con asistencia del representante de Puertos del Estado y de la Comunidad Autónoma.

Respondiendo a esta primera duda, es preciso señalar que las peculiaridades del recurso especial establecido en el artículo 35.1 TRLPEMM no se limitan a los tasados motivos que pueden servir de base a la impugnación de los acuerdos adoptados por los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias y a la legitimación para formular el mismo, analizadas anteriormente, sino que llegan también a la determinación del dies a quo del plazo de un mes para interponer este recurso especial.

En el caso a que se refiere el presente informe, se da la circunstancia especial de que los propios recurrentes –Comunidad Autónoma y Puertos del Estado–, a través de las personas designadas en representación de los mismos, forman parte del órgano de gobierno de la Autoridad Portuaria, en concreto, de su Consejo de Administración (baste en este sentido con tener presente el artículo 30.2.a) y b) del TRLPEMM, relativo a la composición, funciones e incompatibilidades del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias) y, en principio, y salvo lo que luego se dirá para los casos de ausencia y representación, van a estar presentes en la sesión en la que se adopte el acuerdo objeto de recurso.

Esta especial circunstancia hace que tenga sentido que el artículo 35.1 del TRLPEMM, al referirse al plazo de un mes para interponer este recurso especial, le compute “desde que se tenga conocimiento de su contenido”, lo cual tendrá lugar el mismo día de celebración de la sesión correspondiente, de forma bastante similar a lo que acontece con la impugnación, por los miembros de las Corporaciones Locales, de los acuerdos adoptados por dichas Corporaciones, para lo que gozan de legitimación (artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local), comenzando a correr el plazo para interponer recurso de reposición contra los mismos “desde la fecha de la sesión en que se hubiera votado el acuerdo” (artículo 211.3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre).

En definitiva, en caso de asistencia del representante de Puertos del Estado y de los representantes de la Comunidad Autónoma a la sesión correspondiente del Consejo de Administración de una Autoridad Portuaria en que se adopte el acuerdo, ha de entenderse que en el caso de que la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria y Puertos del Estado consideren oportuno interponer el recurso especial que establece el artículo 35.1 TRLPEMM, el plazo de un mes para interponer ese recurso ha de computarse desde el día de la celebración de la sesión correspondiente del Consejo de Administración en que se adoptó el acuerdo, día en el que la Comunidad Autónoma y Puertos del Estado, a través de sus representantes que hubiesen asistido a la sesión en que se adoptó el acuerdo, tienen conocimiento del contenido del mismo.

Mayores dificultades suscita la siguiente duda planteada a este Centro Directivo y consistente en la determinación del momento en que se tiene conocimiento del contenido del acuerdo que se pretende impugnar en los casos de ausencia, con delegación de voto, del representante de Puertos del Estado. Aunque con una referencia mínima a su régimen jurídico, la representación en el seno del Consejo de Administración de una Autoridad Portuaria está admitida, tal y como se deduce del artículo 30.6 del TRLPEMM, según el cual “para que el Consejo de Administración pueda constituirse válidamente será necesario que concurren a sus reuniones la mitad más u uno de la totalidad de sus miembros, presentes o representados y, en todo caso, el Presidente o Vicepresidente y el Secretario. La representación de los Vocales sólo podrá conferirse a otros miembros del Consejo por escrito y para cada sesión. Los acuerdos del Consejo de Administración serán adoptados por mayoría de votos de los miembros presentes o representados”.

Entiende este Centro Directivo que, teniendo en cuenta que lo decisivo a efectos de la impugnación, es que el representante de Puertos del Estado tenga conocimiento del contenido del acuerdo, el dies a quo del plazo para interponer este recurso especial del artículo 35.1 TRLPEMM debería empezar a contarse desde el día en que el representante de Puertos del Estado tenga conocimiento de su contenido por la comunicación que le haga el miembro del Consejo de Administración a quien aquél haya conferido por escrito y para esa sesión su representación (la delegación de voto sería el equivalente del otorgamiento de la representación), comunicación a la que hay que entender que resulta obligado el vocal del Consejo de Administración a quien se le ha concedido la representación como contenido inherente a la misma y con fundamento en la previsión del artículo 1720 del Código Civil, según el cual el mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones al mandante.

En los casos de ausencia sin delegación de voto en otro miembro del Consejo de Administración, el plazo para interponer el recurso no empezaría a contarse hasta que Puertos del Estado tenga realmente conocimiento del contenido del acuerdo aprobado que se pretende impugnar, lo que tendrá lugar mediante traslado oportuno del acta de la sesión correspondiente que el Secretario del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria tiene obligación de remitir.

En estos dos últimos casos –ausencia con delegación de voto y ausencia sin delegación de voto– debería buscarse algún medio de dar fe de la fecha en que el vocal de Puertos del Estado recibe la comunicación oportuna del miembro del Consejo al que ha conferido su representación o el acta de la sesión correspondiente donde se contenga el acuerdo remitido por el Secretario del Consejo de Administración, con el fin de evitar en lo posible que puedan existir problemas para la admisión del recurso.

Se pregunta igualmente acerca de la incidencia que puede tener en la impugnación que se realice por Puertos del Estado el sentido del voto, afirmativo o negativo, del representante de dicha entidad pública presente en la sesión en la que se adoptó el acuerdo objeto de impugnación por vía de este recurso especial.

Aunque, a diferencia de otro supuesto de impugnación por miembros de un órgano colegiado (impugnación por los miembros de las Corporaciones Locales de los acuerdos adoptados por las mismas –artículo 63.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local–) en el que la ley exige que el miembro del collegium que impugna el acuerdo haya votado en contra del mismo, el TRLPEMM no establece nada al respecto, y dado que Puertos del Estado, por el traslado del orden del día por parte del Secretario del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria con una antelación mínima de cuarenta ocho horas, plazo en el que también estará a disposición de sus miembros la documentación oportuna (artículos 25.3.b) y 24.1.a) de la LRJ- PAC, de aplicación supletoria en la determinación del régimen jurídico de actuación de los órganos administrativos colegiados), va a tener un conocimiento suficiente de los asuntos a tratar y puede formarse criterio sobre ellos, dando, en su caso, las instrucciones pertinentes a su representante en el Consejo de Administración, esta Abogacía General del Estado entiende que, por un elemental principio de coherencia y por la aplicación de la doctrina de los propios actos (la actuación del representante de Puertos del Estado se imputa a esta entidad pública), para que la impugnación del acuerdo adoptado por la vía del artículo 35.1 del TRLPEMM fuera admisible, sería necesario que el representante de Puertos del Estado hubiera votado, en la sesión correspondiente, en sentido negativo.

- V -

Plantea el escrito de consulta cuál sea el alcance que debe darse al carácter previo que se predica del preceptivo informe de la Comunidad Autónoma en la que se ubique la Autoridad Portuaria en los casos de recursos presentados por Puertos del Estado, siendo conveniente precisar si el carácter previo del informe de la Comunidad Autónoma se predica con respecto a la interposición del recurso o a la resolución del mismo. Esa misma duda –añade el escrito de consulta– se suscita respecto del informe de Puertos del Estado cuando el recurso sea interpuesto por una Comunidad Autónoma, si bien el TRLPEMM no atribuye en este supuesto carácter previo al informe preceptivo de Puertos del Estado (artículo 35.1, in fine, del TRLPEMM).

Aunque la literalidad del precepto analizado adolece en este punto de una notable ambigüedad, pudiendo pensarse que para la interposición del recurso por parte de Puertos del Estado sería necesario el informe previo de la Comunidad Autónoma en la que se ubique la Autoridad Portuaria, una interpretación acorde con la naturaleza y carácter de los informes en el seno del procedimiento administrativo (carácter que desde luego tiene el procedimiento del

recurso especial que se examina) que sirven para ilustrar al órgano competente para resolver (en este sentido, artículos 82 y 83 de la LRJ-PAC), hace que deba concluirse que, en los recursos presentados por Puertos del Estado, el carácter preceptivo y previo del informe de la Comunidad Autónoma no pueda predicarse con respecto a la interposición del recurso, sino exclusivamente respecto a su resolución.

Lo mismo puede decirse, aunque no se utilice el término “previo”, del informe a emitir por Puertos del Estado cuando el recurso sea interpuesto por la Comunidad Autónoma, supuesto en el que, por parte del órgano resolutorio, se recabará también el informe preceptivo de Puertos del Estado.

- VI -

La siguiente cuestión sobre la que se requiere el parecer de este Centro Directivo queda referida al inciso del artículo 35.1 del TRLPEMM que dispone lo siguiente: “están legitimados para interponer el citado recurso, la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria y Puertos del Estado, oídas, en su caso, las organizaciones empresariales o sindicales interesadas que sean relevantes en el ámbito portuario estatal”.

Pues bien, en relación con dicho inciso se pregunta, por un lado, si el carácter previo que se predica de lo que se denomina informe de las “organizaciones empresariales interesadas” debe referirse a la interposición o a la resolución del recurso y, por otro lado, el alcance que debe darse a la expresión “en su caso” con la que el precepto matiza la obligatoriedad del trámite.

La interpretación literal del precepto da a entender que la interposición del recurso especial de que se trata por la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria y por Puertos del Estado exige, a modo de condición o requisito de procedibilidad, la audiencia, que no informe, en su caso, de las organizaciones empresariales o sindicales interesadas que sean relevantes en el ámbito portuario estatal.

Sin embargo, como el propio inciso indica, esa audiencia queda matizada por la expresión “en su caso”, lo que obliga a interpretar esta expresión.

Para determinar el exacto sentido de esa locución, es preciso poner en relación dicha expresión con el calificativo de “interesadas” que se añade a la mención que se hace en el precepto de las “organizaciones empresariales o sindicales”, amén de su relevancia en el ámbito portuario “estatal” (lo cual debe tenerse presente en todo caso, pues sólo con estas organizaciones deberá cumplimentarse el trámite de audiencia).

Pues bien, el carácter de “interesadas” de esas organizaciones no puede ser otro que el derivado de la titularidad por las mismas de intereses legítimos colectivos que pueden resultar o han resultado afectados por el acto que se pretende recurrir, en los términos del artículo 31, apartados 1.c) y 2, de la LRJ-PAC. De acuerdo con ese precepto, se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

“1.- (...)”

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2.- Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos, en los términos que la Ley reconozca”.

Siendo evidente la titularidad, por parte de las organizaciones empresariales o sindicales relevantes en el ámbito portuario (el 66 por ciento de los miembros del Consejo de Administración se designan en representación de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y de esas organizaciones –artículo 30.2.e) TRLPEMM–), de intereses legítimos colectivos –no

individuales— de sus miembros o asociados, puede pensarse que con la expresión “en su caso”, con la que el precepto matiza la obligatoriedad del trámite de audiencia a esas entidades, se está haciendo referencia a aquellos supuestos en los que los acuerdos dictados por los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias implican, por su contenido, una afectación a los intereses legítimos colectivos que dichas organizaciones defienden.

Precisando más, un acuerdo de los órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias que sea contrario a lo prevenido en el Plan de Empresas aprobado con arreglo a lo previsto en el artículo 52 puede incidir directa o indirectamente sobre los intereses colectivos que defienden las organizaciones empresariales o sindicales relevantes en el ámbito portuario estatal (piénsese, por ejemplo, que el acuerdo u omisión afectara a la programación de inversiones públicas o a la estimación de inversiones privadas, a los coeficientes correctores de las tasas o a sus bonificaciones). En esos casos, parece razonable entender que, tanto la Comunidad Autónoma como Puertos del Estado, antes de interponer el recurso han de habilitar un trámite breve de audiencia (no está previsto en absoluto que se pueda suspender el plazo de un mes de interposición del recurso por la necesidad de cumplimentar este trámite) a las organizaciones empresariales o sindicales relevantes en el ámbito portuario estatal, a fin de que las mismas, como titulares de intereses legítimos colectivos, puedan dar su opinión al respecto, que podrá ser valorada por los entes legitimados para la interposición del recurso. En ningún caso se trataría de un informe previo en sentido técnico-jurídico ni, por supuesto, las opiniones que sobre el acuerdo que se pretenda impugnar y su posible adecuación o no a lo prevenido en el Plan de Empresa aprobado vincularían a la Comunidad Autónoma o a Puertos del Estado en su decisión final sobre la interposición del recurso.

Mayores dificultades existirían para la consideración de interesadas de esas organizaciones, como titulares de intereses legítimos colectivos, en los acuerdos que incurran en cualquier otra infracción de lo previsto en el TRLPEMM (el otro tasado motivo de impugnación) y que, en la mayoría de los casos, afectarán a titulares de derechos o intereses legítimos individuales (artículo 31.1.a) y b) de la LRJ - PAC), aunque no se pueda descartar en absoluto que puedan afectar a los mencionados intereses colectivos. En estos supuestos, así como en aquellos otros contrarios a lo prevenido en el Plan de Empresa en los que no se advierta esa afectación directa o indirecta a los intereses legítimos colectivos de las organizaciones citadas (lo que obligaría siempre a ir caso a caso y a realizar una especial ponderación de los intereses en juego) podría prescindirse de este trámite de audiencia, como requisito previo para la interposición del recurso por parte de la Comunidad Autónoma en que se ubique la Autoridad Portuaria y de Puertos del Estado.

- VII -

Pasando ya al apartado 2 del artículo 35 del TRLPEMM, relativo a las facultades de revisión de oficio reguladas en el Capítulo I del Título VII de la LRJ-PAC y en los artículos 217 y 218 de la LGT, en el que se establecen reglas concretas para su ejercicio, se suscitan dos cuestiones a las que ha de darse respuesta en este informe.

La primera cuestión, circunscrita a la declaración de lesividad de actos anulables, se refiere a la posible contradicción entre lo dispuesto en el artículo 35.2 TRLPEMM, que prevé que el procedimiento pueda iniciarse por acuerdo del órgano que dictó el acto “a instancia de persona interesada”, y el artículo 103 de la LRJ-PAC, en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, que suprime la posibilidad de iniciar un procedimiento de lesividad a instancia de un particular.

Respondiendo a esta primera cuestión, es necesario comenzar diciendo que las facultades de revisión de oficio reguladas en el Capítulo I del Título VII de la LRJ-PAC, a las que se hace expresa referencia en el artículo 35.2 del TRLPEMM, comprenden, aparte de los

casos de revocación y rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, la revisión de disposiciones y actos nulos (artículo 102) y la declaración de lesividad (artículo 103).

Pues bien, a diferencia de los supuestos de revisión de actos nulos, en los que la Administración Pública puede declarar la nulidad de los actos incursos en este grado especial de invalidez “por iniciativa propia o a solicitud del interesado”(artículo 102.1 de la LRJ-PAC), en los casos de declaración de lesividad de actos anulables, tras la reforma introducida en el artículo 103 por la Ley 4/1999 (que eliminó la potestad revisora de la Administración prevista en el artículo 103 y que le permitía anular por sí misma, dentro del plazo de cuatro años y sin necesidad de acudir a los Tribunales, “a iniciativa propia o a solicitud del interesado”, los actos declarativos de derechos que infringiesen manifiestamente la Ley), no se admite que su revisión por esta vía de declaración de lesividad se haga a instancia de los particulares.

Como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 y recuerda la solicitud de informe “...se elimina la potestad revisora de la Administración prevista en el artículo 103, con lo que se obliga a la Administración pública a acudir a los Tribunales si quiere revisarlos, mediante la pertinente previa declaración de lesividad y posterior impugnación, eliminando también la posibilidad de que los ciudadanos utilizarasen esta vía que había desnaturalizado por completo el régimen de los recursos administrativos. De esta forma, se colocan Administración y ciudadanos en una posición equiparable”.

Pues bien, la redacción del artículo 35, apartado 2, letras a) y b), del TRLPEMM, según la cual “con carácter general, los procedimientos (se está refiriendo a los de revisión de oficio) podrán iniciarse por acuerdo del órgano que dictó el acto, de oficio o a instancia de persona interesada (...)” rompe claramente con el criterio de la LRJ-PAC.

La posibilidad de iniciación del procedimiento de revisión a instancia de persona interesada en los casos de declaración de lesividad de los actos favorables a los interesados en el ámbito portuario supone una quiebra injustificada y sin fundamento del esquema legal de la revisión de oficio contenido en la LRJ-PAC a la que se remite el propio artículo 35.2 del TRLPEMM y un menoscabo evidente del principio de seguridad jurídica en este ámbito, permitiendo dejar sin efecto actos firmes en un plazo muy amplio y a instancia de la persona interesada.

Así las cosas, y dado el tenor literal de la norma que se examina, que claramente establece la posibilidad de que el procedimiento de revisión de oficio se inicia a instancia de persona interesada, se aconseja reformar esa previsión legal, suprimiendo la posibilidad de que el procedimiento de revisión de oficio mediante declaración de lesividad pueda iniciarse a instancia de persona interesada.

Lo mismo puede decirse de la declaración de lesividad de actos anulables dictados en materia tributaria, recogida en el artículo 218 de la LGP, a la que se refiere el artículo 35.2.b) en el que se vuelve a establecer la posibilidad de que el procedimiento de lesividad se inicie a instancia de persona interesada. El artículo 218 de la LGT, relativo a la declaración de lesividad, sigue, como es lógico, el mismo esquema que el artículo 103 de la LRJ-PAC, no admitiendo, por tanto, la posibilidad de que los obligados tributarios puedan instar la iniciación de esta vía. Sólo la Administración Tributaria podrá iniciar de oficio el procedimiento y declarar lesivos para el interés público, dentro del plazo de cuatro años, aquellos actos dictados en materia tributaria que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa. Debe igualmente, por las mismas razones, reformarse, en este punto, el artículo 35. 2. b), eliminando la posibilidad de que los actos dictados en materia tributaria relacionados con la actividad portuaria puedan ser declarados lesivos a través de un procedimiento iniciado a instancia de persona interesada.

En relación con este extremo de la consulta, se pregunta expresamente si, en los supuestos de nulidad de pleno derecho, resulta posible inadmitir a trámite las solicitudes de revisión de oficio, al amparo de lo previsto en el artículo 102.3 de la LRJ-PAC.

La respuesta a esa cuestión ha de ser afirmativa, dada la necesidad de tener presente en todo caso las previsiones generales contenidas en el Capítulo I del Título VII de la LRJ- PAC, en el que se integra el artículo 102.3, como no podía ser de otra forma al tratarse del ejercicio de unas facultades relacionadas con el ejercicio de una función pública, y a las que se refiere el propio artículo 35.2 TRLPEMM, con las especialidades derivadas de la materia portuaria contenidas en el mismo.

En efecto, aparte de las peculiaridades de la revisión de oficio en la materia portuaria, que han motivado la existencia de las reglas procedimentales y competenciales contenidas en el artículo 35 del TRLPEMM, no existe obstáculo legal alguno para que, en todo lo demás, se apliquen las previsiones del artículo 102.3 de la LRJ-PAC, relativo a la inadmisión a trámite, de forma motivada y por el órgano competente para acordar la revisión de oficio, de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar el dictamen del Consejo de Estado, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 de dicho texto legal o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otra solicitudes sustancialmente iguales. Esta misma posibilidad de inadmisión a trámite se puede hacer extensiva también a los actos dictados en materia tributaria incurso en nulidad de pleno derecho a la vista del tenor literal del artículo 217.3 de la LGT, sustancialmente igual que el artículo 102.3 de la LRJ-PAC.

- VIII -

La última cuestión suscitada en la solicitud de informe se refiere a las posibilidades de delegación del Ministro de Fomento en la tramitación y resolución de los expedientes de revisión de oficio y, en particular, si cabe dicha delegación en el Organismo público Puertos del Estado y, en la hipótesis afirmativa, si existe alguna predeterminación sobre el órgano de esta entidad pública que debería ejercer por delegación las facultades revisorias.

Para dar una respuesta adecuada y completa a la cuestión, hay que comenzar haciendo referencia al tenor literal en este concreto punto del artículo 35.2 del TRLPEMM, donde se distingue claramente entre tramitación y resolución del procedimiento.

Así, y en primer lugar, el artículo 35.2 a), refiriéndose al procedimiento propiamente dicho, señala que corresponde su “tramitación” al Ministerio de Fomento o al órgano en el que delegue.

Por su parte, el apartado b) del artículo 35.2, relativo a los supuestos de actos dictados en materia tributaria, a diferencia del caso anterior, señala que el Ministerio de Fomento será el órgano competente para su tramitación, sin hacer expresa alusión a la posibilidad de delegar, dando así a entender que, en estos casos, no cabe que el Ministerio de Fomento delegue en otro órgano la “tramitación” del procedimiento.

Por lo que se refiere a la resolución, el apartado d) del artículo 35.2 dispone que “en los procedimientos previstos en la letra a) anterior, será competente para resolver sobre la revisión el Ministerio de Fomento u órgano en quien delegue”. Por su parte, el apartado e) del mismo artículo dispone que “la resolución de los procedimientos previstos en la letra b) anterior corresponderá al Ministerio de Hacienda o al órgano en quien delegue, según lo dispuesto en la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma.”

Ahora bien, antes de resolver el problema de la posible delegación de competencias de tramitación y resolución en esta clase de expedientes y, en especial, la posibilidad de delegar en el Organismo público Puertos del Estado, es necesario precisar el órgano competente para tramitar y resolver a la vista de los términos en los que se expresa sobre ese particular el artículo 35.2 del TRLPEMM.

Comenzando por la tramitación, no hay duda alguna de que, tratándose de los supuestos de revisión de oficio del Capítulo I del Título VII de la LRJ-PAC –la revisión de actos nulos y

la declaración de lesividad—, la tramitación del procedimiento corresponde al Ministerio de Fomento que, no obstante y como reza el artículo 35.2.a), podrá delegarla en otro órgano.

Ahora bien, la atribución genérica de esa competencia para tramitar al “Ministerio de Fomento” plantea previamente la duda de la determinación del órgano competente para tramitar dentro de ese Departamento ministerial. En la solicitud de informe se da a entender, al referirse a la delegación, que el órgano competente para la tramitación sería el Ministro de Fomento.

Pues bien, ese criterio no resulta atendible en razón de las siguientes consideraciones:

- 1) No se compadece bien con la posición institucional del Jefe del Departamento ministerial –Ministro– la competencia del mismo para tramitar un procedimiento administrativo. En su condición de órgano superior del Ministerio y, más precisamente, Jefe del mismo, la competencia que ha de corresponderle, prescindiendo de las facultades de propuesta al Consejo de Ministros, es la competencia de resolución y no la de tramitación que siempre tiene un carácter subordinado y que, por ello, se atribuye a órgano de inferior jerarquía
- 2) No puede desconocerse que ha sido criterio constante y uniforme en las dos últimas décadas el de atribuir a las Secretarías Generales Técnicas de los distintos Departamentos ministeriales la tramitación de los procedimientos de revisión de oficio de normas reglamentarias y de actos administrativos, y ello en razón de su especialización técnico-jurídica (sin perjuicio de las funciones jurídicas del Consejo de Estado y de las Abogacías del Estado).

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que, según el artículo 12.1 de la LRJ-PAC, la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, la atribución genérica para tramitar estos procedimientos que hace el artículo 35, apartado.2, letras a) y b), del TRLPEMM al “Ministerio de Fomento” debe concretarse en la Secretaría General Técnica de este Departamento ministerial, órgano al que, de acuerdo con el artículo 12.1.g) del Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, que aprueba la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento, le corresponde la competencia para la tramitación y propuesta de resolución, entre otros, de los expedientes de revisión de los actos administrativos, de declaración de nulidad de las disposiciones administrativas y de declaración de lesividad, salvando el TRLPEMM, con su atribución genérica de la competencia para tramitar al Ministerio de Fomento, el matiz final de ese precepto reglamentario a que se refieran a “actos del Departamento”

Aunque lo más procedente y adecuado, dado el regular ejercicio de esa competencia por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, es que este órgano ejerza por sí mismo la competencia para la tramitación de los expedientes de revisión de oficio de que aquí se trata, el artículo 35.2.a) del TRLPEMM dispone que la competencia para tramitar corresponde al Ministerio de Fomento “o al órgano en el que delegue”, por lo que teóricamente sería admisible que la competencia para tramitar los procedimientos de revisión de oficio fuese delegada por la Secretaría General Técnica. Ahora bien, considera este Centro Directivo, y así lo sugiere, que dicha competencia no se delegue y se ejerza por el indicado órgano, en razón, según lo dicho, de su especialización y cualificación técnica.

Mayores dificultades habría para delegar esa competencia para tramitar en los órganos de gobierno y administración del Organismo público Puertos del Estado a pesar de la amplitud de los términos en los que se expresa el artículo 13.1 de la Ley LRJ-PAC que permite no sólo la delegación en órganos de la misma Administración aun cuando no sean jerárquicamente dependientes –delegación interorgánica–, sino también en órganos de entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquélla, –delegación intersubjetiva–, dado el tenor literal del artículo 35.2.a) que únicamente habla del “órgano en el que delegue”, dando a entender que se está pensando en un órgano dependiente de la Administración del Estado y no en un órgano de una entidad de derecho público vinculada o dependiente de la aludida Administración, pues de ser así se hubiera especificado expresamente con mención a Puertos

del Estado. Tampoco en este caso parece razonable, por las razones antes indicadas, que la Secretaría General Técnica del Ministerio, delegue su competencia para tramitar estos expedientes de revisión de oficio en Puertos del Estado.

Cuestión distinta es la competencia para resolver estos expedientes de revisión.

La competencia para resolver sobre la revisión en estos procedimientos y la posible delegación de la misma en otro órgano plantea específicos problemas a los que se va a tratar de dar respuesta.

Para ello, hay que partir, de nuevo, del tenor literal del artículo 35 apartado 2, letras d) y e), del TRLPEMM. La primera de estas reglas –letra d)– establece que en los procedimientos previstos en la letra a) anterior será competente para resolver sobre la revisión el Ministerio de Fomento u órgano en quien esté delegue. La segunda de estas reglas –letra e)– establece que la resolución de los procedimientos de revisión previstos en la letra b) –actos dictados en materia tributaria– corresponderá al Ministerio de Hacienda o al órgano en quien delegue, según lo dispuesto en la LGT y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma.

Comenzando por los supuestos generales de revisión del Capítulo I del Título VII de la LRJ-PAC, el empleo de la genérica expresión “Ministerio de Fomento” para referirse al órgano competente para resolver plantea el problema de la determinación del órgano que, dentro de la estructura de ese Departamento ministerial, le corresponde la competencia resolutoria indicada, para lo que, en primer término, resulta esencial la disposición adicional decimosexta de la LOFAGE relativa a la determinación de los órganos competentes para la revisión de oficio, en concreto, su apartado 1.c), según el cual en los Organismos públicos adscritos a la Administración del Estado, como es el caso de las Autoridades Portuarias y del propio ente público Puertos del Estado, la competencia para resolver los expedientes de revisión de oficio corresponde a los órganos a los que estén adscritos esos Organismos respecto de los actos dictados por el máximo órgano rector de los mismos.

Pues bien, como ya se indicó, este Centro Directivo, en informe de 27 de marzo de 2006 (ref. A.G. Entes Públicos 28/06) y en línea con la doctrina del Consejo de Estado, señaló que los máximos órganos rectores de las Autoridades Portuarias son el Consejo de Administración y el Presidente sin distingos jerárquicos, diferenciándolos de los órganos de gestión, en relación jerárquica con aquéllos, y de los órganos de asistencia. Los artículos 40 y 41 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre (actualmente, artículos 30.5 y 31.2 del TRLPEMM) enumeran las competencias de uno y otro, que son distintas. El análisis de dichas competencias permite afirmar que su distribución entre el Presidente y el Consejo de Administración se realiza mediante la técnica de reparto. Ello evidencia que no existe relación de jerarquía o dependencia entre el Consejo de Administración y el Presidente. Así resulta también del hecho de que el Presidente no sea nombrado por el Consejo de Administración, sino por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (artículo 41 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, actualmente artículo 31 del TRLPEMM) y de que no pueda ser destituido por el Consejo de Administración; este criterio se deduce del propio tenor del apartado a) del número 5 del artículo 40 de la Ley 27/1992 (actualmente, artículo 30.5.a) del TRLPEMM), al disponer que corresponde al Consejo de Administración “regir y administrar el puerto, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Presidente”.

En otros términos –se seguía diciendo en el citado informe–, al no existir relación de jerarquía entre ambos órganos, los dos tienen la condición de máximos órganos de gobierno en sus respectivas esferas de competencias por lo que, de acuerdo con esa disposición, la competencia para declarar lesivo ese acto del Presidente corresponde al órgano de la Administración del Estado al que está adscrito la Autoridad Portuaria.

Ese órgano de adscripción era la Secretaría General de Transportes, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio. Actualmente, tras la promulgación del Real Decreto 452/2012, de 5 de marzo, que aprueba la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento, los entes públicos Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias

están adscritos al Ministerio de Fomento, a través de su titular, el Ministro (artículo 1.4.d) del Real Decreto 452/2012).

A pesar de ello, puede surgir la duda de si el Ministro de Fomento, como órgano de adscripción de las Autoridades Portuarias, tiene que resolver en todo caso, ya provenga el acto objeto de revisión del Presidente de la Autoridad Portuaria, ya provenga del Consejo de Administración de la misma, o si, por el contrario, siguiendo las pautas de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2011, a la que se ha hecho mención anteriormente, el Ministro de Fomento solo sería competente para acordar la revisión si el acto proviniera del Consejo de Administración, pero no de su Presidente, supuesto en el que, dada la superioridad, según esa resolución judicial, del Consejo sobre el Presidente, sería el propio Consejo el competente para acordar la revisión.

Pues bien, para resolver esta duda se debe tener presente, como se indicó anteriormente, que con la disposición final tercera de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, que ha sido objeto de refundición en el artículo 35.2 TRLPEMM, se ha tratado de evitar, como reza el apartado IV, in fine, de su Exposición de Motivos, las disfunciones que habían surgido hasta ese momento en la aplicación de la disposición adicional decimosexta de la LOFAGE, por lo que la competencia para resolver en todo caso, ya provenga el acto del Consejo de Administración ya del Presidente, ha de atribuirse al “Ministro de Fomento”, como órgano al que están adscritos Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Por consiguiente, y en opinión de este Centro Directivo, la interpretación más adecuada del artículo 35.2.d) del TRLPEMM, relativo al órgano competente para resolver los procedimientos de revisión de oficio regulados en el Capítulo I del Título VII de la Ley LRJ-PAC, ya provenga el acto objeto de la revisión del Presidente, ya provenga del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, consiste en entender que la competencia corresponde al Ministro de Fomento, en cuanto órgano al que están adscritas las Autoridades Portuarias.

Alcanzada la anterior conclusión, y con la finalidad de establecer una regla de competencia clara y permanente que no quede afectada por las modificaciones que periódicamente se producen en la determinación de los órganos de la Administración del Estado a los que se encuentran adscritas las entidades públicas vinculadas a dicha Administración (hasta hace unos meses las Autoridades Portuarias estaban adscritas a la Secretaría General de Transportes y actualmente lo están al Ministro de Fomento), lo más conveniente, y así se sugiere, es que se reforme el artículo 35.2.d) del TRLPEMM en el sentido de declarar expresamente que la competencia para resolver corresponde al Ministro de Fomento.

El Ministro de Fomento, como sigue diciendo el artículo 35.2.d) puede delegar su competencia en otro órgano. Cabe plantearse así si es posible que delegue la competencia resolutoria en un órgano de Puertos del Estado.

Como ya se indicó anteriormente al tratar de la tramitación, si bien el artículo 13.1 de la LRJ-PAC permite a los órganos de las diferentes Administraciones Públicas delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración Pública, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquéllas, lo que podría propiciar a priori la delegación en alguno de los órganos de gobierno y administración de la entidad pública Puertos del Estado (Consejo Rector y Presidente), lo cierto es que si se tiene presente el contenido del artículo 35.2.f) del TRLPEMM, según el cual y desarrollando en el ámbito portuario las previsiones contenidas en el artículo 104 de la Ley LRJ-PAC “iniciado cualquier procedimiento de revisión de oficio, Puertos del Estado podrá solicitar motivadamente al órgano competente para la resolución del procedimiento la suspensión de la ejecución del acto, cuando esta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”, se llega fácilmente a la conclusión de que Puertos del Estado no podría estar, por un lado, legitimado para solicitar al “órgano competente para la resolución “ la suspensión de la ejecución del acto y, por otro lado y al mismo tiempo, ser el órgano competente para resolver el expediente de revisión. Con la atri-

bución a Puertos del Estado de la facultad de solicitar del órgano competente para resolver la suspensión de la ejecución del acto, para que éste decida al respecto, no cabe que Puertos del Estado tenga facultades resolutorias, por vía de delegación, del procedimiento de revisión, del que la suspensión de ejecución del acto que se revisa no es más que un mero incidente.

En consecuencia, el Ministro de Fomento, órgano competente para resolver la revisión en los supuestos generales de la LRJ- PAC, podrá delegar su competencia en cualquier órgano de la Administración del Estado, sin que quepa la delegación en la entidad pública Puertos del Estado. Es por ello por lo que si se quiere admitir la delegación de competencia en Puertos del Estado sería necesario que, reformando el artículo 35.2 del TRLPEMM, así se dijese expresamente.

Por lo que se refiere a la competencia para resolver los procedimientos de revisión previstos en la letra b) anterior del artículo 35.2 TRLPEMM, es decir, los procedimientos de revisión de los actos dictados en materia tributaria, el apartado e) de dicho precepto legal establece que la resolución corresponderá al Ministerio de Hacienda o al órgano en quien delegue, según lo dispuesto en la LGT y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma.

La determinación, en primer término, del concreto órgano competente para dictar la resolución en este supuesto es más sencilla que en el caso anterior, dada la remisión que se hace en el artículo 35.2 e) del TRLPEMM y las disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma.

En efecto, tanto el artículo 217.6 de la LGT, relativo a la declaración de nulidad de pleno derecho, como el artículo 218.4 del mismo texto legal, relativo a la declaración de lesividad (en igual sentido, los artículos 6.3 y 8.2 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa), atribuyen la competencia para resolver al Ministro de Hacienda, que podrá, como reconoce el propio artículo 35.2.e) del TRLPEMM, delegarla en otro órgano de la propia Administración del Estado de acuerdo con el artículo 13.1 de la LRJ-PAC, sin que, quepa la delegación en Puertos del Estado, por la entrada también en juego de la letra f) del artículo 35.2 TRLPEMM, ya que la referencia que se hace en el mismo a "cualquier procedimiento de revisión de oficio" abarca tanto al procedimiento general de la LRJ-PAC como al procedimiento para la revisión de actos dictados en materia tributaria. En efecto, si Puertos del Estado puede dirigirse motivadamente al órgano competente para resolver (el Ministro de Hacienda) solicitando al mismo la suspensión de la ejecución del acto, no puede, por delegación, ser el órgano competente para resolver esa petición y el propio expediente de revisión de oficio.

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

CONCLUSIONES

Primera.- El recurso especial establecido en el artículo 35.1 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, es independiente de los recursos administrativos ordinarios establecidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que pueden interponer los particulares interesados contra los actos de las Autoridades Portuarias.

Segunda.- El recurso especial establecido en el artículo 35.1 del texto legal primeramente citado en la conclusión anterior es distinto e independiente del procedimiento de revisión de oficio de los actos dictados por las Autoridades Portuarias que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, regulado en el apartado 2 de dicho precepto legal, sin que las Autoridades Portuarias tengan competencia para resolver el procedimiento de revisión de oficio.

Tercera.- El requerimiento potestativo establecido en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa únicamente puede utilizarse por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se ubique la Autoridad Portuaria y por Puertos del Estado en aquellos casos en que dicha Comunidad Autónoma y Puertos del Estado tengan la condición de interesados, en el sentido técnico-jurídico que establece el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por ser titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en un procedimiento administrativo seguido ante la Autoridad Portuaria.

Cuarta.- En los caso de asistencia del representante de Puertos del Estado a la sesión del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria en la que se haya adoptado el acuerdo que se pretende impugnar, el plazo de un mes establecido en el artículo 35.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante ha de contarse desde el día de la celebración de la mencionada sesión.

Quinta.- En el caso de que el representante de Puertos del Estado en el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria hubiera conferido su representación y delegado su voto en un miembro de dicho órgano de gobierno, el plazo de un mes establecido en el artículo 35.1 del mencionado texto legal debe computarse desde el día en que el representante de Puertos del Estado tenga conocimiento del contenido del acuerdo por la comunicación que le haga el vocal del Consejo de Administración al que haya conferido su representación.

En el supuesto de que el representante de Puertos del Estado no hubiese delegado su representación y voto, el repetido plazo debe computarse desde la fecha en que Puertos del Estado reciba el acta de la sesión en que se hubiese adoptado el acuerdo por conducto del Secretario del Consejo de Administración a cuya expedición está obligado.

Sexta.- Para que Puertos del Estado pueda impugnar mediante el recurso especial que establece el artículo 35.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y la Marina Mercante los acuerdos adoptados por las Autoridades Portuarias es necesario que los representantes de aquella entidad pública hayan votado en contra de dichos acuerdos.

Séptima.- En los recursos interpuestos por Puertos del Estado al amparo del artículo 35.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el carácter preceptivo y previo del informe de la Comunidad Autónoma no puede predicarse respecto de la interposición del recurso, sino única y exclusivamente respecto de su resolución; igualmente, en los recursos interpuestos en las Comunidades Autónomas el informe de Puertos del Estado ha de predicarse respecto de la resolución del recurso y no respecto de su interposición.

Octava.- La audiencia a las organizaciones empresariales o sindicales que sean relevantes en el ámbito portuario estatal constituye condición o requisito de procedibilidad para la interposición del recurso especial del artículo 35.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, si bien solo deberá cumplimentarse cuando, por su contenido, el acuerdo que se pretenda impugnar afecte a los intereses colectivos que las citadas organizaciones empresariales y sindicales representan y defienden.

Novena.- Los procedimientos de revisión de oficio regulados en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en los artículos 217 y 218 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en especial, la revisión de actos nulos de pleno derecho y la declaración de lesividad pueden iniciarse, de conformidad con el artículo 35, apartado 2, letras a) y b), del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, por acuerdo del órgano que dictó el acto, de oficio o a instancia de persona interesada.

Dado el tenor literal de dicho precepto, se aconseja reformar esa previsión legal, suprimiendo la posibilidad de que el procedimiento de revisión de oficio mediante declaración de lesividad pueda iniciarse a instancia de persona interesada, adecuándolo así a lo dispuesto en el artículo 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 218 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre.

Décima.- No existe ningún impedimento jurídico para que, en relación con la revisión de oficio de los acuerdos de las Autoridades Portuarias por causa de nulidad de pleno derecho, se inadmitan a trámite aquellas solicitudes que no se basen en alguno de los supuestos consignados en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, carezcan manifiestamente de fundamento, así como en los supuestos en que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo solicitudes sustancialmente iguales.

Decimoprimera.- La competencia para la tramitación de los procedimientos de revisión de oficio de los acuerdos de las Autoridades Portuarias corresponde a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento y la competencia para resolverlos al Ministro de Fomento. Tratándose de revisión de oficio de actos dictados en materia tributaria por las Autoridades Portuarias la competencia para la tramitación del procedimiento corresponde a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento y la competencia para resolverlos al Ministro de Hacienda.

Decimosegunda.- Aunque la competencia para la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio es delegable, se aconseja que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento no delegue la tramitación de dichos procedimientos, dada la especialización y cualificación técnica-jurídica de dicho órgano.

Decimotercera.- El Ministro de Fomento, órgano competente para resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos dictados por las Autoridades Portuarias, puede delegar en otro órgano de la Administración del Estado su competencia para resolver dichos procedimientos, sin que, por razón de lo dispuesto en el artículo 35.2 f) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante quepa la delegación en el ente público Puertos del Estado.

Decimocuarta.- El Ministro de Hacienda, órgano competente para resolver los procedimientos de revisión de oficio de actos en materia tributaria dictados por las Autoridades Portuarias, puede delegar en otro órgano de la Administración del Estado su competencia para resolver dichos procedimientos, sin que, por razón de lo dispuesto en el artículo 35.2.f) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante quepa la delegación en el ente público Puertos del Estado

14.- Informe acerca de los órganos competentes para determinar las cuantías que en concepto de compensación económica deban percibir los miembros del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias por su asistencia a las reuniones de estos órganos.

Ref. : A.G.ENTES PÚBLICOS 66/13 (R- 629/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre determinadas cuestiones concernientes a la compensación económica que deba satisfacerse por la asistencia a las reuniones del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

Único.- Expone el escrito de consulta las cuestiones sobre las que se recaba el parecer de este Centro Directivo en los siguientes términos:

“El Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, en relación con las asistencias por la concurrencia a reuniones de Órganos Colegiados, y Órganos de Administración de Organismos públicos y Consejos de Administración de Empresas con capital o control públicos, en su artículo 28 dispone lo siguiente:

- ‘1. Las asistencias por la concurrencia, personal o por representación, a reuniones de órganos colegiados de la Administración y órganos de Administración de Organismos públicos se abonarán, excepcionalmente, en aquellos casos en que así se autorice por el Ministro de Hacienda. A tal efecto, este Ministerio, a iniciativa del Departamento interesado, fijará inicialmente las correspondientes cuantías máximas a percibir en concepto de asistencias que tendrán validez durante el ejercicio en curso y el siguiente. Para períodos bianuales sucesivos el Ministerio de Hacienda autorizará, en su caso, a solicitud del propio órgano, la continuidad de las mismas una vez tenido en cuenta el cumplimiento de lo previsto sobre la comunicación periódica a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior.
2. Las empresas con capital o control públicos fijarán las compensaciones económicas por la asistencia a sus Consejos de Administración de acuerdo con los criterios generales establecidos en sus propios Estatutos o Reglamentos, dentro de las cuantías máximas establecidas por el Ministerio de Hacienda con carácter general para cada grupo de empresas según la importancia de las mismas.
3. En ningún caso se podrá percibir por las asistencias a que se refieren los dos apartados anteriores un importe anual superior al 40 por 100 de las retribuciones, excluidas las de carácter personal derivadas de la antigüedad, que correspondan, asimismo anualmente, por el puesto de trabajo principal.’

Por su parte, el artículo 30.5, d) del 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, atribuye al Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias la competencia para ‘establecer sus normas de gestión y sus reglas de funcionamiento interno, su régimen económico y las funciones del Secretario’. En análogo sentido se pronuncia el artículo 21. 4, c) del mismo Texto Legislativo respecto del Consejo Rector de Puertos del Estado.

La lectura conjunta de ambos preceptos suscita algunas dudas a este Organismo Público acerca de cuál deba ser, desde la perspectiva de la corrección jurídica, una interpretación coherente de los mismos. Por ello, se solicita el parecer del ese Centro Directivo sobre los siguientes extremos:

- 1º.- Cuál es el órgano competente para determinar las cantidades máximas a percibir en concepto de dietas de asistencia por los miembros de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias y el Consejo Rector de Puertos del Estado.
- 2º.- En caso de que se entendiera que, dada la superior jerarquía normativa y posterioridad temporal del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –que, por lo demás, establece expresamente en su artículo 156 el principio de autosuficiencia financiera del sistema portuario–, el Real Decreto 462/2002 está derogado en este punto, si en la fijación de tales cuantías los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias y el Consejo Rector de Puertos del Estado disponen de absoluta libertad de criterio o deben sujetarse a algún parámetro objetivo establecido con carácter de generalidad?

- I -

El artículo 21.4.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), atribuye al Consejo Rector de Puertos del Estado la competencia para “establecer las reglas de funcionamiento del propio Consejo Rector, con sujeción a lo establecido en el apartado 5 de este artículo, su régimen económico y las funciones del Secretario del Consejo”.

Por su parte, el artículo 30.5.d) del propio TRLPEMM establece que corresponde al Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias, “establecer sus normas de gestión y sus reglas de funcionamiento interno, su régimen económico y funciones del Secretario”.

Los citados preceptos son fiel trasunto de lo que disponían los artículos 28.2.c) y 40.3.c) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y que pasaron a ser los artículos 28.4.c) y 40.5.d) de dicha Ley, tras la reforma introducida en la misma por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre.

La atribución que hacen los artículos 21.4.c) y 30.5.d) del TRLPEMM al Consejo Rector de Puertos del Estado y a los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias de la competencia para establecer su “régimen económico” no puede tener otro significado, de acuerdo con el sentido gramatical y lógico de esta locución, que el de asignar a dichos órganos la competencia para determinar las compensaciones económicas que corresponda percibir a los miembros de dichos Consejos por su asistencia, siendo, por tanto, los referidos Consejos los órganos competentes para determinar las cuantías de dichas compensaciones.

- II -

La inclusión en una norma con rango de ley de la competencia del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias para establecer su régimen económico en la forma expuesta, unida al principio de autosuficiencia del sistema portuario sancionado actualmente en el artículo 156 del TRLPEMM, plantea el problema de la posible colisión de esa atribución legal con la normativa reglamentaria reguladora de las indemnizaciones por razón de servicio, constituida por el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, más concretamente, con el artículo 28 de esta norma reglamentaria en la que se regulan, entre otros extremos, las denominadas asistencias, es decir, las compensaciones económicas por la concurrencia a reuniones de Órganos de Administración de Organismos públicos, categoría en la que se encuadran claramente el

ente público Puertos del Estado (artículo 16.1 del TRLPEMM) y las Autoridades Portuarias (artículo 24.1 del TRLPEMM).

El artículo 28.1 del Real Decreto 462/2002 dispone lo siguiente:

“Las asistencias por la concurrencia, personal o por representación, a reuniones de Órganos colegiados de la Administración y Órganos de Administración de Organismos públicos se abonarán, excepcionalmente, en aquellos casos en que así se autorice por el Ministro de Hacienda. A tal efecto, este Ministerio, a iniciativa del Departamento interesado, fijará inicialmente las correspondientes cuantías máximas a percibir en concepto de asistencias que tendrán validez durante el ejercicio en curso y el siguiente. Para periodos bianuales sucesivos el Ministerio de Hacienda autorizará, en su caso, a solicitud del propio órgano, la continuidad de las mismas una vez tenido en cuenta el cumplimiento de lo previsto sobre comunicación periódica a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”.

Como fácilmente se observa, el precepto transcrito establece un régimen preciso de fijación inicial y autorización sucesiva por el Ministerio de Hacienda, a iniciativa del Departamento interesado, de las cuantías máximas a percibir en concepto de asistencias por la concurrencia, personal o por representación, a las reuniones de los Órganos colegiados de la Administración y de los Órganos de Administración de Organismos públicos.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, la atribución que hacen los artículos 21.4.c) y 30.5.d) del TRLPEMM al Consejo Rector de Puertos del Estado y a los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias de la competencia para establecer “su régimen económico”, entendida en la forma antes expuesta, permite sostener, dada la superior jerarquía normativa de la ley sobre el reglamento, que los citados órganos pueden fijar, con la modulación que seguidamente se indicará, las cuantías de las compensaciones económicas por asistencia a la reuniones de dichos órganos sin necesidad de recabar la intervención del Ministerio de Hacienda en la forma prevenida en el artículo 28.1 del Real Decreto 462/2002, habida cuenta de que los artículos 21.4.c) y 30.5.d) del TRLPEMM hacen esa atribución de competencia al Consejo Rector de Puertos del Estado y a los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias sin restricción o condicionamiento alguno, es decir, sin que su competencia quede limitada por la de otro órgano.

Ahora bien, afirmada la competencia del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias para determinar las compensaciones que corresponde percibir a los miembros de dichos órganos por razón de la asistencia a sus sesiones, debe entenderse, y aquí radica la modulación apuntada, que, reiterando lo indicado en un informe de este Centro Directivo de 10 de julio de 2003 (ref. A.G. Entes Públicos 33/03), los artículos 21.4.c) y 30.5.d) del TRLPEMM no puede interpretarse en términos tales que el Consejo Rector de Puertos del Estado y los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias fijen esas compensaciones al margen y con independencia de los límites a que se refiere el Real Decreto 462/2002, y ello por cuanto que del bloque normativo de la función pública se infiere la voluntad del legislador de establecer un régimen general y uniforme en materia de indemnizaciones por razón de servicio:

- Así de desprende, en primer lugar, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma para la Función Pública, cuyo artículo 23, al regular los conceptos retributivos aplicables a los funcionarios públicos, dispone que “los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio”, estando incluido el citado artículo 23 entre los preceptos que el artículo 1.3 de dicho texto legal enumera como “bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución y aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas”.

- Se desprende también dicha conclusión, en segundo lugar, de la vigente normativa en materia de incompatibilidades, concretamente de la ya citada Ley 53/1984, cuyo artículo 8 tiene, conforme a la disposición final primera, carácter de “bases del régimen estatutario de la función pública”, lo que por las mismas razones anteriormente apuntadas resulta difícilmente conciliable con el reconocimiento de excepciones referidas a un determinado Ente público.
- Finalmente, la misma conclusión se desprende de los Reales Decretos reguladores de las indemnizaciones por razón de servicio, pues la finalidad perseguida tanto por el vigente Real Decreto 462/2002 como por su precedente, el Real Decreto 236/1988, es el establecimiento de un sistema de abono de dietas o asistencias por la concurrencia a las reuniones de Órganos colegiados de la Administración o Consejos de Administración de Organismos y empresas públicas de aplicación general y uniforme, explicitando el Preámbulo del vigente Real Decreto 462/2002 la voluntad del legislador de aprobar un nuevo texto legal “.. desde una perspectiva general del control y contención del gasto público”, finalidad con la que resulta incompatible el reconocimiento de habilitaciones puntuales para la fijación de dietas o asistencias cuyo importe supere el previsto con carácter general en las normas vigentes, no apreciándose justificación para sostener una interpretación del artículo 40.5.d) de la LPMM que conduzca al reconocimiento de una excepción a dicho régimen general aplicable al personal que concurra a las reuniones de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias.

En suma, resultaría mucho más acorde con la finalidad de las citadas normas una interpretación de los artículos 21.4.c) y 30.5.d) del TRLPEMM que sostenga la competencia del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias para fijar su régimen económico, pero dentro de los límites establecidos con carácter general en el ordenamiento jurídico vigente, esto es, dentro de los límites establecidos en el artículo 28.1 del Real Decreto 462/2002 o, lo que es lo mismo, dentro de las cuantías máximas fijadas por el Ministerio de Hacienda para Órganos de Administración de Organismos públicos similares.

En este sentido, debe reseñarse que las empresas con capital o control público, cuyo régimen de asistencia a sus Consejos de Administración viene regulado en el apartado 2 del artículo 28 del Real Decreto 462/2002, si bien pueden fijar autónomamente las compensaciones económicas por la asistencia a sus Consejos de Administración de acuerdo con los criterios generales establecidos en sus propios Estatutos o Reglamentos, no pueden actuar con total libertad, pues dicho precepto reglamentario establece que la fijación de esas compensaciones económicas se hará “dentro de las cuantías máximas establecidas por el Ministerio de Hacienda con carácter general para cada grupo de empresas según la importancia de las mismas”, lo cual pone de manifiesto que la totalidad de los órganos colegiados y órganos de administración de Organismos públicos y de empresas con capital o control públicos están sometidas en este particular, de una u otra forma, a unos determinados límites.

Una interpretación de los artículos 21.4.c) y 30.5.d) del TRLPEMM distinta de la interpretación integradora de dichos preceptos con las previsiones del Real Decreto 462/2002 que aquí se mantiene conduciría a un trato desigualitario, desde el momento en que las asistencias que se abonarían por la concurrencia a las reuniones del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias estarían al margen de las previsiones del Real Decreto 462/2002 y, en cambio, las asistencias que se abonasen por la concurrencia a reuniones de Consejos de Administración de otros organismos públicos quedarían sujetas a las previsiones del Real Decreto, estableciéndose así, por razón del organismo o entidad pública de que se tratase y no por otras razones, un tratamiento desigualitario cuya justificación no se alcanza a comprender.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Los órganos competentes para determinar las cuantías que en concepto de compensación económica deban percibir los miembros del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias por su asistencia a la reuniones de estos órganos son el propio Consejo Rector de Puertos del Estado y los Consejos de Administración de las respectivas Autoridades Portuarias a la vista de lo dispuesto en los artículos 21.4.c) y 30.5.d) 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 competencia del Consejo Rector de Puertos del Estado y de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias para fijar el régimen económico de los órganos de administración respectivos debe ejercerse dentro de los límites establecidos con carácter general en el ordenamiento jurídico vigente, esto es, dentro de los límites establecidos en el artículo 28.1 del Real Decreto 462/2002 o, lo que es lo mismo, dentro de las cuantías máximas fijadas por el Ministerio de Hacienda para Órganos de Administración de Organismos públicos similares.

15.- Informe sobre la interpretación de la disposición final primera.2 de la Orden HAP/1741/2015 por la que se fija el sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos a los contratos de alta dirección suscritos por Puertos del Estado.

Ref: A.G. ENTES PÚBLICOS 82/15 (R- 709/15)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su solicitud de informe sobre la disposición final primera.2 de la Orden HAP/1741/2015, de 31 de julio, por la que se fija el sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos, para los máximos responsables y directivos del sector público estatal con contratos mercantiles o de alta dirección. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

La solicitud de informe, tras reproducir el contenido de la disposición final primera de la Orden HAP/1741/2015, de 31 de julio, plantea cuál sea el sentido del apartado 2 de dicha disposición final y que, en opinión del Organismo consultante, no puede determinar la aplicación literal de la Orden, por lo que se solicita que se determine el sentido en el que debe ser interpretado dicho precepto y si los límites máximos establecidos en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, a los que se remite la citada Orden, serían aplicables a los contratos de alta dirección de dicho Organismo público suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Orden.

Para la adecuada resolución de la cuestión planteada hay que comenzar diciendo que la Orden HAP/1741/2015, por la que se fija el sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos, para los máximos responsables y directivos del sector público estatal con contratos mercantiles o de alta dirección, encuentra su antecedente, como señala su preámbulo, en el apartado sexto de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes de reforma en el mercado laboral, que habilita al Ministro de Hacienda para fijar este sistema de compensación.

Como sigue diciendo más adelante el preámbulo de la Orden, "(...) se trata de definir un sistema de resarcimiento de los gastos producidos en concepto de dietas y desplazamientos que, por una parte, asegure la aplicación de criterios homogéneos para situaciones similares y, por otra parte, ajuste este tipo de gastos a criterios de austeridad y racionalidad en el gasto público".

- II -

Pues bien, el artículo 1 de la Orden HAP/1741/2015 se refiere al objeto y ámbito de aplicación de la misma disponiendo:

"La presente Orden tiene como objeto establecer el régimen de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos que se deriven del desempeño de las funciones de los máximos responsables y directivos con contratos mercantiles o de alta dirección del sector público estatal a los que sea de aplicación el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades (...)"

Lo dispuesto en ese precepto hace necesario acudir al Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, para determinar lo que se entiende, a estos efectos, por sector público estatal.

En este sentido, el artículo 1 del indicado Real Decreto 451/2012 dispone que “el presente real decreto tiene por objeto regular el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades del sector público estatal garantizando los principios de austeridad, eficiencia y transparencia en su gestión”, para añadir su artículo 2, relativo al ámbito de aplicación, que:

“1. El presente real decreto será de aplicación al sector público estatal integrado por las entidades previstas en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, a excepción de la letra d) del mismo apartado del citado artículo.

2. A los efectos de lo previsto en este real decreto el sector público estatal se clasifica en:

- a) Sector público empresarial, que se integra por las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.
- b) El resto de entidades del sector público estatal previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, excepto la Administración General del Estado.
- c) La Administración General del Estado”

El Organismo público Puertos del Estado, según dispone el artículo 16.1 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, constituye una entidad de las previstas en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), adscrito al Ministerio de Fomento, integrándose, por tanto, en el sector público estatal a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 451/2012, más concretamente, en el sector público empresarial (artículo 3.2.c) de la LGP).

Por consiguiente, la primera conclusión que se extrae es que los máximos responsables y directivos del Organismo público Puertos del Estado están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto 451/2012 y, por ende, les resultan aplicables las previsiones en materia de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos de la Orden HAP/1741/2015.

A los efectos de determinar las cuantías máximas de las compensaciones indicadas, el artículo 2 de la Orden HAP/1741/2015 atiende a los grupos en que resulten clasificadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas las distintas entidades del sector público estatal en aplicación de lo previsto en el Real Decreto 451/2012, distinguiendo entre las entidades clasificadas en el grupo 1, cuyo régimen jurídico se contiene en el apartado a), sub-apartados a.1 y a.2, y entidades clasificadas en los grupos 2 y 3, cuyo régimen jurídico se contiene en el apartado b) de ese artículo.

El Organismo público Puertos del Estado es una de las entidades del grupo 2, según el anexo IV de la Orden, del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de 12 de abril de 2012, por la que se aprueba la clasificación de las entidades públicas empresariales y otras entidades de derecho público de conformidad con el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo.

Ello significa, por tanto, que, de acuerdo con el artículo 2.b) de la Orden HAP/1741/2015, los máximos responsables y directivos con contratos mercantiles o de alta dirección del Organismo público Puertos del Estado serán resarcidos de acuerdo con el régimen de indemnización regulado con carácter general en el Real Decreto 462/2002 para el personal incluido en el grupo 1 del anexo 1 de dicho Real Decreto.

-III-

Tras este necesario análisis del preámbulo y de los preceptos básicos de la Orden HAP/1741/2015, debe analizarse la cuestión planteada que consiste en determinar el alcance del apartado 2 de la disposición final primera de la propia Orden HAP/1741/2015.

La indicada disposición final, que lleva por rúbrica “Aplicación de la presente Orden”, estatuye lo que sigue:

“1. La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y será de aplicación a los contratos mercantiles o de alta dirección que se firmen a partir de esta fecha.

2. Sin perjuicio de la anterior previsión y de lo establecido en la disposición transitoria, el contenido de la cláusula VII de los contratos mercantiles o de alta dirección que hayan sido firmados conforme a lo dispuesto en la Orden de 30 de marzo de 2012 con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Orden se interpretará con arreglo a las previsiones de ésta última.”

Como se observa, el apartado 1 de la disposición establece que la Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el 21 de agosto de 2015, y será de aplicación a los contratos mercantiles o de alta dirección que se firmen a partir de esa fecha; hasta aquí no hay problema interpretativo alguno.

La duda surge cuando el apartado 2 señala que, sin perjuicio de lo anterior y de lo establecido en la disposición transitoria, el contenido de la cláusula VII de los contratos mercantiles o de alta dirección firmados conforme a lo dispuesto en la Orden de 30 de marzo de 2012 con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Orden “se interpretará con arreglo a las previsiones de ésta última,” es decir, de la propia Orden HAP/1741/2015.

La correcta exégesis del apartado 2 de la disposición final primera de la Orden de continua referencia hace necesario volver al preámbulo de la misma. Según el párrafo segundo de dicho preámbulo, “el apartado sexto de la disposición adicional octava del Real Decreto –Ley 3/2012 establecía que: ‘El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas fijará el sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos que se deriven del desempeño de las funciones de los máximos responsables, directivos o personal con contratos mercantiles de alta dirección’”.

Por su parte, la Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de 30 de marzo de 2012 (también mencionada en el preámbulo de la Orden HAP/1741/2015) llevó a cabo la aprobación de los modelos de contratos mercantiles y de alta dirección a los que se refiere el Real Decreto 451/2012, en los que existe una cláusula –la cláusula VII– que constituyen el punto de partida de la regulación del sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos de los máximos responsables y directivos del sector público por la Orden/HAP/1741/2015.

En efecto, la cláusula VII de los modelos de contrato mercantiles y de alta dirección a los que se refiere el Real Decreto 451/2012, aprobados por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de 30 de marzo de 2012 (Anexos 2 y 3 de la referida Orden), que lleva por rúbrica “Compensación de gastos”, dispone que:

“Con independencia de las anteriores retribuciones de naturaleza salarial, el directivo podrá ser compensado, en las condiciones que se determinen por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, en desarrollo de lo dispuesto en la Disposición Adicional octava, apartado seis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral por razón de todas aquellas cantidades o gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos, en que incurra por cuenta de la

entidad para el desempeño de sus funciones. Dichos conceptos le serán abonados contra la presentación de las correspondientes facturas”

Resulta bastante obvio que la Orden HAP/1741/2015 constituye el desarrollo previsto en dicha cláusula y en el propio apartado sexto de la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 3/2012.

Así las cosas, la referencia que se hace en la disposición final primera.2, último inciso, de la Orden HAP/1741/2015 a que el contenido de la cláusula VII de los contratos mercantiles o de alta dirección firmados conforme a lo dispuesto en la Orden de 30 de marzo de 2012 con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden HAP/1741/2015 se interpretará con arreglo a la previsiones de esta última no puede tener otra significación que la de que los gastos por los conceptos a que se refiere la repetida Orden que se devenguen con posterioridad a la entrada en vigor de la misma por las personas que tengan suscrito un contrato mercantil o de alta dirección con el Organismo público Puertos del Estado con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden HAP 1741/2015 se regirán por lo dispuesto en el artículo 2.b) de esta última y que, por tanto, únicamente, serán resarcidos de acuerdo con el régimen de indemnización regulado en el Real Decreto 462/2002 para el personal incluido en el grupo 1 del anexo 1 de dicho Real Decreto.

En suma, la regla de la disposición final primera, apartado 2, de la Orden Ministerial de continua referencia y la interpretación de la misma en el sentido indicado se justifican en la consideración de que, habiendo establecido la Orden HAP/1741/2015 el sistema de compensación por gastos en concepto de dietas y desplazamientos, y puesto que la aplicación de este sistema quedaba ya anunciado en la cláusula séptima de los modelos de contratos mercantiles y alta dirección aprobados por la Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de 30 de marzo de 2012, lógico era que la Orden HAP/1741/2015 hiciese referencia a contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor para prescribir que los gastos en concepto de dietas y desplazamientos que se devenguen a partir de su entrada en vigor se sometían al sistema establecido en ella.

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

CONCLUSION

El último inciso de la disposición final primera.2 de la Orden HAP/1741/2015, de 31 de julio, por la que se fija el sistema de compensación por gastos en concepto de dietas, desplazamientos y demás análogos, para los máximos responsables y directivos del sector público estatal, debe interpretarse en el sentido de que los gastos por los conceptos a que se refiere la repetida Orden que se devenguen con posterioridad a la entrada en vigor de la misma por las personas que tengan suscrito un contrato mercantil o de alta dirección con el Organismo público Puertos del Estado con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden HAP 1741/2015 se someten al régimen dispuesto en ella.

En consecuencia, los límites máximos establecidos en el Real Decreto 462/2002, al que se remite el artículo 2 b) de la Orden HAP/1741/2015, son aplicables a los contratos de alta dirección suscritos por el Organismo público Puertos del Estado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Orden.

16.- Informe sobre el alcance de la prohibición de abstención incluida en el artículo 19.3 c) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en relación con los miembros “no natos” de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias.

REF: A.G. - ENTES PÚBLICOS 68/16 (R-563/16)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Pontevedra sobre el alcance de la prohibición de abstención contenida en el artículo 19.3 c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Tal y como se indica en el fundamento de derecho I de la propuesta de informe, el aún vigente artículo 24.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) impide abstenerse en las votaciones que se celebren en el seno de órganos administrativos colegiados a quienes tengan la condición de miembros de tales órganos “por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

En el precepto equivalente de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), que es el artículo 19.3 c), la redacción es muy semejante pero no del todo idéntica. En él se prohíbe la abstención de quienes “por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan”.

A partir de la comparación entre el texto de uno y otro artículo, la propuesta de informe elevada a consulta considera que, en el seno del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias, solo tendrían prohibido abstenerse, por un lado, el Presidente de la propia Autoridad Portuaria, pues, como tal, ostenta ex lege la condición de miembro del Consejo de Administración, sin necesidad de designación especial y, también, el Capitán Marítimo, por referirse a él el artículo 30.1 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 (TRLPEMM), como miembro “nato”.

Por el contrario, en la propuesta de informe se concluye que todos los demás vocales que han de integrar el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria no estarían incursos en la prohibición de abstención “en la medida en que, aunque puedan ser autoridades o personal al servicio de las respectivas Administraciones, no son miembros natos del Consejo de Administración, es decir, su pertenencia al mismo deriva de un nombramiento específico al efecto y no constituya un efecto automático de su designación para un cargo diferente, como exige el precepto. Serán, en todo caso, miembros electivos y no miembros natos”.

En criterio de esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, la anterior conclusión no es, en lo que respecta al Abogado del Estado, aceptable, y ello en razón de las consideraciones que a continuación se exponen.

- II -

Es obligado tener presente, ante todo, que el artículo 30 del TRLPEMM tan solo menciona “nominalmente” a tres cargos o autoridades: el “Presidente de la entidad” - artículo 30.1 a) -, el “Capitán Marítimo” - artículo 30.1 b) - y, además de los anteriores, el “Abogado del Estado” - artículo 30.2 a) -.

Lo anterior ya permite afirmar que, en la consideración del legislador, en esos tres casos la procedencia de quienes ocupen esos cargos es del todo indiferente a los efectos de integrarlos como miembros del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, ya que lo son porque actúan, desempeñando los correspondientes cargos, como Presidente de la Autoridad Portuaria, Capitán Marítimo y Abogado del Estado, respectivamente.

Lo anterior resulta evidente si, prescindiendo del Capitán Marítimo (sobre cuya condición de miembro nato no se suscita cuestión alguna), se compara al Abogado del Estado con el otro vocal que, en representación de la Administración del Estado, forma parte del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, ya que, respecto de este último, tan solo precisa el TRLPEMM que será del “Organismo Público Puertos del Estado”. Ahora bien, con reunir esa condición, esto es, pertenencia a dicha entidad pública, cualquiera que sea el cargo o condición que en ese Organismo público se posea, la persona en cuestión podrá ser designada como miembro del Consejo de Administración de la respectiva Autoridad Portuaria, por lo que es obligado concluir que no formará parte de ese órgano de gobierno por razón de su cargo (dado que nada se precisa en el TRLPEMM al respecto), sino por razón de pertenecer al organismo público que la ley toma en consideración para configurar la composición del repetido órgano de gobierno.

El matiz es singularmente importante, ya que la mera pertenencia a una Administración Pública (o a un organismo público), sin precisar el cargo que en ella se desempeña, no permite presuponer una cualificación especial en la persona que esa Administración Pública haya propuesto para ser designada como miembro del Consejo de Administración, más allá de su vinculación al criterio o parecer del organismo que lo propone.

Por el contrario, si una persona ha de integrarse en el Consejo de Administración por razón del cargo que ocupa o del puesto que desempeña, es razonable entender que ello se debe a que por razón de ese cargo o puesto posee unos conocimientos o cualificaciones profesionales que se estima necesario que aporte en las deliberaciones y debates que en él repetido órgano de gobierno hayan de efectuarse. Si a esa persona se le permitiera abstenerse cabría preguntarse entonces por el sentido de integrarla en el Consejo “en virtud del cargo que desempeña,” como reza textualmente el artículo 19.3 c) de la LRJSP sobre el que la consulta versa.

Por el contrario, que dicho precepto impida abstenerse a quienes “por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan,” solo cobra sentido en atención a ese último condicionante: el cargo que desempeñan es lo que les cualifica para asistir a las sesiones y deliberaciones del Consejo de Administración y para tener en él voz y voto, de modo que, si pudiesen abstenerse de votar, no tendría sentido que pertenezcan al Consejo de Administración por razón de ese concreto cargo.

En el caso particular del Abogado del Estado, quien, por razón de su condición de tal, posee amplios conocimientos en Derecho como para asesorar en materias jurídicas en los procesos de toma de decisión que en el seno del Consejo de Administración han de tener lugar, la posibilidad de que se abstuviera en las votaciones que se celebren en dicho Consejo sería claramente contradictoria con el papel y la función que, como tal Abogado del Estado, está llamado a ejercer en dicho órgano colegiado.

- III -

Desde la perspectiva que se ha expuesto, no cabe compartir la conclusión a que llega la propuesta de informe acerca de que el Abogado del Estado no sería miembro nato del Consejo de Administración debido a que su pertenencia al mismo derivaría de un nombramiento específico al efecto y no sería el efecto automático de su designación para un cargo diferente.

Es cierto que el artículo 19.3 c) de la LRJSP refiere la prohibición de abstenerse a quienes tengan la condición de miembros natos, pero por virtud del cargo que desempeñen. Si se interpretan conjuntamente ambos condicionantes –y no resulta posible ni lógico hacerlo de otro modo–, ello implica que si por razón de ese cargo quien en cada momento lo esté ocupando ha de integrarse en el seno del órgano colegiado de que se trate, difícilmente será correcto considerar a tal miembro como miembro electivo y no nato del órgano colegiado, pues no habrá diferencia ninguna entre él y los miembros natos definidos como tales.

Con independencia, por tanto, de que el Abogado del Estado no sea calificado *expressis verbis* de miembro nato del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias en el TRLPEMM, el hecho mismo de que, por razón del desempeño del cargo de Abogado del Estado, deba integrarse en ese Consejo, le equipara a quien sí es expresamente calificado como tal miembro nato, es decir, al Capitán Marítimo.

De hecho, las mismas consideraciones que en la propuesta de informe se realizan para considerar, acertadamente, que el Presidente de la Autoridad Portuaria es miembro nato del Consejo de Administración por razón de su cargo pese a que no haya sido expresamente calificado como tal, valen para considerar que también lo es el Abogado del Estado.

Ha de tenerse en cuenta que el Abogado del Estado pertenece al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria porque así lo establece el artículo 30.1 a) del TRLPEMM. Quiere ello decir que el hecho de ser Abogado del Estado, esto es, el hecho de haber adquirido la condición de tal y estar ejerciendo las funciones propias de ese cargo es condición necesaria pero también suficiente para poder formar parte del Consejo de Administración de una Autoridad Portuaria.

Distinto es que, pudiendo ser varios los Abogados del Estado que como tales actúen en el ámbito territorial correspondiente, sea preciso designar específicamente al que de ellos represente a la Administración General del Estado en el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria.

Ahora bien, no es admisible en modo alguno entender que en aquellos ámbitos en que solo existe un Abogado del Estado que es quien necesariamente ha de ser designado por ello vocal de la Administración General del Estado en el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, sí cabría considerarle miembro nato sin posibilidad de abstenerse en las votaciones, y, en cambio, tal consideración no se aplicase al Abogado del Estado que, entre otros Abogados del Estado ejercientes en la provincia de que se tratase, hubiese sido designado a los mismos efectos.

En suma, el hecho de que sea precisa una designación específica del Abogado del Estado que vaya a actuar como vocal de la Administración General del Estado en el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria no desvirtúa la circunstancia esencial determinante de su incorporación a tal órgano colegiado, cual es el ejercicio de un cargo expresamente señalado en el TRLPEMM para conformar la composición del órgano colegiado de continua referencia

A lo anterior debe añadirse que si, tal y como se hace constar en la propuesta de informe sometida a consulta, en el caso del Presidente de la Autoridad Portuaria “la prohibición de abstención parece derivación natural de sus atribuciones y de su propia función institucional

dentro de la Autoridad Portuaria,” esa misma prohibición aplicada al Abogado del Estado resulta ser lógica consecuencia de la función que, de nuevo por razón de su cargo, está llamado a desempeñar en el Consejo de Administración, aportando en las deliberaciones y votaciones su criterio jurídico especialmente cualificado.

Finalmente, debe tenerse presente una consideración especial. Por obvias razones cronológicas, el artículo 30 del TRLPEMM fue redactado sin prever en absoluto que la calificación como “nato” de un miembro del Consejo de Administración podría condicionar, a raíz de la modificación legislativa llevada a cabo en el régimen jurídico de los órganos colegiados por la LRLJSP –posterior al TRLPEMM– el ejercicio del voto, facultando a tales miembros y solamente a ellos para abstenerse.

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

CONCLUSIÓN

Aunque el Abogado del Estado no haya sido calificado en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante como miembro “nato” del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias, en la medida en que ha de integrarse en el mismo como vocal representante de la Administración General del Estado por razón de su cargo y que no se compadece con su especial cualificación en materias jurídicas que pueda abstenerse en las votaciones de las decisiones que en el seno de dicho Consejo hayan de adoptarse, ha de entenderse que le es aplicable la prohibición de abstención que prevé el artículo 19.3 c) de la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

17.- Informe sobre supresión de la reclamación judicial previa a la vía civil en el ámbito portuario.

Resumen:

Consulta de Puertos del Estado sobre la supresión de la reclamación judicial previa a la vía civil en el ámbito portuario. La entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas determinó la supresión de las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles que, con alcance general, se regulaba en el Título VIII de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Tal supresión plantea la duda si debe considerarse tácitamente derogado el artículo 250 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, que regula la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles contra las liquidaciones de tarifas por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 81/16 (R –779/2016)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Presidente del Organismo Público Puertos del Estado sobre la vigencia y aplicabilidad de la reclamación previa a la vía judicial civil establecida en el artículo 250 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, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

La consulta remitida a este Centro Directivo se plantea por el Organismo Público Puertos del Estado en los siguientes términos:

“El art. 250 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), regula la procedencia de interponer reclamación previa a la vía judicial civil frente a liquidaciones de tarifas por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias emitidas por estos organismos portuarios.

Sin embargo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) ha suprimido la regulación que respecto de las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles se establecía, con alcance general, en el Título VIII de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Tal supresión se razona en el apartado V del Preámbulo de la LPACAP señalando la voluntad del Legislador de ‘suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponía una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos.’

Sin embargo, el mencionado art. 250 TRLPEMM más que un mero trámite a sustanciar como requisito previo a la impugnación de las mencionadas liquidaciones ante los Tribunales civiles, regula un verdadero procedimiento, toda vez que establece el órgano ante el que debe

interponerse la reclamación (el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria), el plazo para resolver y el significado de un eventual silencio administrativo.

Junto a lo anterior ha de significarse que la Disposición Adicional Primera. 1 LPACAP establece que ‘Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto de éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales’.

Considerando que la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que las Autoridades Portuarias ‘se regirán por su legislación específica’ y que ésta es el TRLPEMM; y teniendo en cuenta, además, que una interpretación de la LPACAP que implicara la derogación o inaplicabilidad del referido art. 250 TRLPEMM podría determinar para las Autoridades portuarias los costes económicos derivados de tener que afrontar eventuales sentencias condenatorias civiles que pudieran haberse evitado de entenderse vigente el procedimiento regulado en el art. 250 del TRLPEMM, se solicita dictamen de esa Abogacía del Estado, sobre la vigencia y aplicabilidad del repetido precepto del TRLPEMM tras la entrada en vigor de la LPACAP”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), regulaba en su título VIII las “reclamaciones previas al ejercicio de las acciones civiles y laborales,” estableciendo, en el capítulo I de dicho título, bajo la rúbrica “disposiciones generales,” lo siguiente:

“Artículo 120. Naturaleza

1. La reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública, salvo los supuestos en que dicho requisito esté exceptuado por una disposición con rango de ley.
2. Dicha reclamación se tramitará y resolverá por las normas contenidas en este Título y, por aquellas que, en cada caso, sean de aplicación, y en su defecto, por las generales de esta Ley.

Artículo 121. Efectos

1. Si planteada una reclamación ante las Administraciones Públicas, ésta no ha sido resuelta y no ha transcurrido el plazo en que deba entenderse desestimada, no podrá deducirse la misma pretensión ante la jurisdicción correspondiente.
2. Planteada la reclamación previa se interrumpirán los plazos para el ejercicio de las acciones judiciales, que volverán a contarse a partir de la fecha en que se haya practicado la notificación expresa de la resolución o, en su caso, desde que se entienda desestimada por el transcurso del plazo.”

El capítulo II del título VIII establecía las normas de competencia y procedimiento que debían seguirse para la tramitación y resolución de las reclamaciones previas a la vía judicial civil en los siguientes términos:

“Artículo 122. Iniciación

1. La reclamación se dirigirá al órgano competente de la Administración Pública de que se trate.

2. En la Administración General del Estado se planteará ante el Ministro del Departamento que por razón de la materia objeto de la reclamación sea competente. Las reclamaciones podrán presentarse en cualquiera de los lugares previstos por esta Ley para la presentación de escritos o solicitudes.

Artículo 123. Instrucción

1. El órgano ante el que se haya presentado la reclamación la remitirá en el plazo de cinco días al órgano competente en unión de todos los antecedentes del asunto.
2. El órgano competente para resolver podrá ordenar que se complete el expediente con los antecedentes, informes, documentos y datos que resulten necesarios.

Artículo 124. Resolución

1. Resuelta la reclamación por el Ministro u órgano competente, se notificará al interesado.
2. Si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial!

Por último, el capítulo III estaba dedicado a la reclamación previa a la vía judicial laboral:

“Artículo 125. Tramitación.

1. La reclamación deberá dirigirse al Jefe administrativo o Director del establecimiento u Organismo en que el trabajador preste sus servicios.
2. Transcurrido un mes sin haberle sido notificada resolución alguna, el trabajador podrá considerar desestimada la reclamación a los efectos de la acción judicial laboral.

Artículo 126. Reclamaciones del personal civil no funcionario de la Administración Militar.

Las reclamaciones que formule el personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar se registrarán por sus disposiciones específicas”

La LRJ-PAC ha sido expresamente derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), según se establece en su disposición derogatoria única, 2 a). La nueva Ley no establece regulación alguna de las reclamaciones administrativas previas a la vía jurisdiccional civil y laboral, justificando expresamente en el apartado V de su Exposición de Motivos la voluntad del legislador de suprimirlas:

“De acuerdo con la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos, la Ley no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas”

Sin embargo, el artículo 250 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 adelante, TRLPEMM), sigue disponiendo lo siguiente:

“Artículo 250. Reclamación previa a la vía judicial civil.

1. Contra las liquidaciones de tarifas por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias procederá la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles que deberá interponerse ante el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de que se trate.
2. El plazo para resolver la reclamación será de tres meses desde su interposición. Transcurrido dicho plazo sin haber notificado resolución expresa, podrá entenderse desestimada.
3. La interposición de reclamación previa no suspenderá la obligación de efectuar el pago de la factura en el plazo previsto en los artículos anteriores.”

Se plantea en la consulta formulada por Puertos del Estado la posibilidad de interpretar que la reclamación previa establecida en la citada norma sectorial siga vigente, pese a la supresión de las reclamaciones previas a la vía jurisdiccional civil y laboral introducida con carácter general por la LPACAP, fundamentando dicha interpretación en lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la propia LPACAP, que establece lo siguiente:

“Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto de éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales”

El estudio de la cuestión sometida a consulta exige, por tanto, analizar si la reclamación previa regulada en el artículo 250 del TRLPEMM puede ser calificada de “procedimiento administrativo regulado en una ley especial por razón de la materia”, con el fin de establecer si puede incluirse o no en el ámbito de aplicación de la disposición adicional primera, apartado 1 de la LPACAP.

- II -

Considera este Centro Directivo que la reclamación previa regulada en el artículo 250 del TRLPEMM no puede ser calificada de “procedimiento administrativo regulado en una ley especial por razón de la materia” y que, por tanto, no puede incluirse en el ámbito de aplicación de la disposición adicional primera, apartado 1 de la LPACAP.

Si bien es cierto que el TRLPEMM es una ley especial, dictada para regular en detalle el sistema portuario de titularidad estatal, el artículo 250 de la misma no establece en realidad un auténtico procedimiento administrativo configurado especialmente por razón de la materia portuaria (como puedan ser los procedimientos para el otorgamiento de autorizaciones o concesiones sobre el dominio público portuario), sino que contiene una mera concreción, en el ámbito portuario, de un procedimiento establecido con carácter general en el Derecho español para todas las Administraciones Públicas.

En efecto, el carácter de norma general de la reclamación previa viene dado por el hecho de encontrarse regulada (hasta octubre de 2016) en la LRJ-PAC (y anteriormente en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958) ley dictada con el fin de regular el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, y de fijar las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa, según se establecía en el apartado 2 de su Exposición de Motivos. De ahí que el artículo 120 de dicha Ley estableciera que dicha reclamación era requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral “contra cualquier Administración Pública”, concepto en el que se encuentran incluidas las Autoridades Portuarias.

El análisis histórico de la reclamación previa confirma el carácter general de dicho procedimiento, cuyo origen puede establecerse en la Real Orden de 9 de junio de 1847, que, tras señalar que no era “justo ni conveniente que la causa pública sea de peor condición que los particulares, a los cuales concede la Ley medios de transigir sus diferencias por motivos de equidad, antes de verse envueltos en las dificultades que ofrece un litigio y considerando que la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los actos de conciliación”, acordó con carácter general “que no se controvertan intereses del Estado sin que previamente se haga constar que se ha obtenido resolución en el asunto sobre el que verse por la vía gubernativa”.

La doctrina más autorizada apunta como razones para el establecimiento del requisito de la reclamación en vía administrativa previa al ejercicio de acciones judiciales frente a una Administración Pública la necesidad de crear una técnica alternativa al juicio de conciliación que regulaba la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, inaccesible, dada su naturaleza transaccional, para los entes públicos por la rigidez y solemnidad de que tradicionalmente

se ha rodeado la posibilidad de transigir sobre sus derechos (acuerdo del Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en Pleno), así como la proyección en el ámbito normativo de viejas tensiones entre la Administración Pública y los Tribunales de Justicia por la afirmación de una posición privilegiada de aquélla frente a éstos, puesto que los precedentes inmediatos de la Real Orden de 9 de junio de 1847 se habían concretado en la administrativización de la decisión de ciertos asuntos, previa su calificación de gubernativos, con el propósito de aplazar el control judicial de la misma hasta que dicha decisión estuviere consumada. En esta misma línea, la citada Orden exigió al particular, para poder demandar en juicio a la Administración, no sólo que reclamara a ésta previamente, sino que obtuviera de ella una resolución expresa de su reclamación.

Dicha exigencia produjo la consecuencia excesiva de dejar en manos de la Administración requerida la posibilidad misma de formalizar el litigio, excesos que trataron de reducirse mediante la promulgación del Real Decreto de 20 de septiembre de 1851 que, ante la explicable resistencia con que los Tribunales de Justicia acogieron el requisito impuesto por la Real Orden de 1847, en cuanto instrumento que, bajo su neutral presentación como simple técnica procesal, atentaba directamente contra sus propias competencias jurisdiccionales, reiteró en términos de mandato categórico la obligatoriedad del mismo, pero lo flexibilizó de forma apreciable con el fin de eliminar las dificultades precedentes y de asegurar su aceptación, al limitar la exigencia a la mera presentación de la reclamación e introducir, al mismo tiempo, un plazo de silencio negativo de cuatro meses, con el cual se hacía desaparecer la anterior posibilidad de bloquear unilateral e indefinidamente la intervención judicial.

En una etapa posterior la reclamación previa se convirtió en instrumento de la lucha por la centralización de la defensa procesal de la Administración que en su momento enfrentó al Ministerio de Hacienda y a sus órganos y funcionarios con los miembros del Ministerio Fiscal, y que tuvo su reflejo en múltiples recordatorios, generales y sectoriales, de la vigencia y obligatoriedad de la reclamación previa. En este contexto se promulgaron la Ley de Bases de 11 de abril de 1868 y el Decreto de 6 de diciembre de 1868, que establecieron la unidad de fueros, suprimiendo los Juzgados especiales de Hacienda y ordenando que los negocios de esta clase se sustanciara con arreglo a las leyes comunes; y el Decreto de 9 de julio de 1869, luego convalidado con fuerza de Ley por la de 10 de enero de 1877, que repitió en su preámbulo la justificación tradicional esgrimida por primera vez por la Real Orden de 9 de junio de 1847, y añadió una justificación adicional al conjunto de instrumentos y reglas especiales que acompañaban el requisito de la reclamación previa: en dicho decreto se alude, a propósito de la consulta obligatoria que los Fiscales debían elevar al Ministerio de Hacienda, a la necesidad de asegurar una más eficaz defensa de la Hacienda, argumento éste estrechamente ligado al protagonismo que por entonces intentaba consolidar el citado Departamento.

Posteriormente se dictó el Decreto de 23 de marzo de 1886, con el fin de hacer frente a la tendencia a confundir la tramitación de la reclamación gubernativa previa con la de las reclamaciones económico-administrativas, que amenazaba con acabar con la centralización en el Ministerio de Hacienda de la defensa procesal del Estado conseguida por dicho Departamento, al propiciar el conocimiento de aquélla a los Ministerios competentes por razón de la materia. Ante esta posibilidad, el argumento de la similitud con el acto de conciliación sirvió para justificar la intervención exclusiva de la Dirección General de lo Contencioso (reorganizada siete días antes de la promulgación de dicho Decreto) y del Cuerpo de Abogados del Estado de ella dependiente al que, pocos días después, por Real Orden de 9 de abril de 1886, se atribuyó formalmente la representación y defensa del Estado.

Consolidada así la centralización pretendida, la reclamación administrativa previa a la vía judicial se mantuvo expresamente y con carácter general en los artículos 6 del Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso de 21 de enero de 1925, artículos 138 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; artículos 120 y siguientes de la LRJ-PAC; artículos 69 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril; artículos 52.2 y 60.2 de la Ley

6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado; y artículos 69 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

En definitiva, el requisito de la reclamación previa ha tenido, desde su establecimiento en 1847 y hasta su desaparición en 2016, un carácter general subjetiva y objetivamente.

Desde el punto de vista subjetivo, el requisito alcanzaba a todos los supuestos en que se demandara a “cualquier Administración Pública”, salvo los supuestos en que dicho requisito estuviera exceptuado por una disposición con rango de Ley, como establecía el artículo 120. 1 de la LRJ-PAC.

Desde un punto de vista objetivo, la generalidad del requisito se desprendía, en principio, también del mismo precepto, (“La reclamación en vía administrativa es requisito previo al ejercicio de acciones fundadas en derecho privado o laboral”), aunque su redacción era menos enérgica que la del antiguo artículo 139 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (“de toda clase de acciones”), y que la del artículo 6 del Estatuto de la Dirección general de lo Contencioso (“los Jueces y Tribunales no admitirán demanda alguna de interés del Estado, ni darán curso a las citaciones de evicción que se hagan al mismo ...”).

- III -

Del análisis histórico del origen de la reclamación previa se desprende con claridad que la misma ha constituido siempre, y hasta su supresión en 2016 por la LPACAP, un requisito general exigible a cualquier particular que pretendiera demandar ante la jurisdicción civil o social a cualquier Administración Pública, entre las que se incluyen las Autoridades Portuarias, y respecto de cualquier materia en la que se suscitase una cuestión cuya resolución se fundase en normas de Derecho Privado o de Derecho Laboral. Es por ello por lo que la reclamación previa no puede ser considerada como un “procedimiento regulado en una ley especial por razón de la materia”, como se dice en la disposición adicional primera, apartado 1 de la LPACAP, por más que a la misma se refiera un precepto de una ley sectorial o especial como es el artículo 250 del TRLPEMM.

La referencia que dicho precepto contiene a la reclamación previa no es sino una mera concreción en el ámbito portuario del requisito que, con carácter general para todas las Administraciones Públicas, establecían los artículos 120 y siguientes de la LRJ-PAC, vigentes en el momento de promulgarse en 2011 el TRLPEMM.

En su párrafo 2 el artículo 120 de la LRJ-PAC establecía que la reclamación previa había de tramitarse y resolverse “por las normas contenidas en este Título y, por aquellas que, en cada caso, sean de aplicación, y en su defecto, por las generales de esta Ley”, de modo que el artículo 250 del TRLPEMM no era sino la concreción en el ámbito portuario de las “normas que, en cada caso, fueran de aplicación” a la tramitación y resolución de dicha reclamación previa.

El artículo 250 del TRLPEMM establece en su apartado 1 que el órgano ante el que deben interponerse las reclamaciones previas contra las liquidaciones de tarifas por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias es el Consejo de Administración correspondiente, lo que no es sino concreción de lo dispuesto en el artículo 122. 1 de la LRJ-PAC, que disponía que “La reclamación se dirigirá al órgano competente de la Administración Pública de que se trate”.

El apartado 2 del artículo 250 del TRLPEMM establece que el plazo para resolver la reclamación será de tres meses desde su interposición, y que transcurrido dicho plazo sin haber notificado resolución expresa, podrá entenderse desestimada, trasunto en el

ámbito portuario de lo dispuesto en el artículo 124.2 de la LRJ-PAC, que dispone que si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la correspondiente demanda judicial.

Por último, el apartado 3 del artículo 250 del TRLPEMM establece que la interposición de reclamación previa no suspenderá la obligación de efectuar el pago de la factura en el plazo previsto en los artículos anteriores, especialidad amparada por lo dispuesto en el artículo 120. 2 de la LRJ-PAC.

Como ejemplos de concreciones en ámbitos sectoriales específicos del requisito general de la reclamación previa pueden mencionarse también los artículos 55 y 56 del Decreto 485/1962, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Montes; los artículos 165 y 227.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria; el artículo 12. 4 a) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; los artículos 117 y siguientes del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación; o los artículos 69 a 73 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

- IV -

La LPACAP ha suprimido el requisito de la reclamación previa que, con carácter general, y sin perjuicio de concreciones en determinadas materias por las correspondientes leyes sectoriales, exigían los artículos 120 y siguientes de la LRJ-PAC, y cuya vigencia se había mantenido sin interrupciones desde la Real Orden de 9 de junio de 1847.

Dicha reclamación previa era un procedimiento administrativo más, sujeto, como todos los demás, a las disposiciones generales que para todos ellos establecía el título VI de la LRJ-PAC en la medida en que no resultaran desplazadas por las normas específicas contenidas en los artículos 120 y siguientes de la propia Ley, pero también constituía un auténtico presupuesto procesal, puesto que su ausencia afectaba a la válida constitución de la relación jurídica en que el proceso consiste y podía ser denunciada por la Administración demandada como excepción procesal. No obstante, desde hace varias décadas los tribunales habían interpretado el requisito con enorme flexibilidad, apoyados en una jurisprudencia constitucional que se mostraba contraria a las restricciones al acceso a la jurisdicción que fueran excesivamente formalistas. En esta línea se pronuncia la LPACAP, que justifica la expresa eliminación del requisito general de la reclamación previa en “la voluntad de suprimir trámites que, lejos de constituir una ventaja para los administrados, suponían una carga que dificultaba el ejercicio de sus derechos”.

No obstante, la propia LPACAP establece una excepción respecto de la supresión de la reclamación previa en su disposición final tercera, al dar nueva redacción a los artículos 72 y 73 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, referidos expresamente a la “reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social”.

Esta previsión específica confirma la tesis de que la reclamación previa no puede considerarse un procedimiento regulado en una ley especial por razón de la materia, incardinable por ello en la disposición adicional primera, apartado 1 de la LPACAP, puesto que, de ser así, no tendría razón de ser la disposición final tercera de dicho texto legal, dado que la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social habría quedado salvada por la norma general de la disposición adicional primera, sin necesidad de la mención específica por la citada disposición final tercera.

- V -

Debe concluirse, por tanto, que, suprimida por la LPACAP con carácter general la reclamación previa al quedar expresamente derogada la LRJ-PAC que la regulaba, debe entenderse tácitamente derogado y sin efecto el artículo 250 del TRLPEMM, puesto que, como se ha dicho, este precepto no contiene sino una concreción de determinados aspectos de dicha reclamación previa (órgano competente, plazo para resolver y ausencia de efectos suspensivos) en el ámbito concreto de las reclamaciones frente a las liquidaciones giradas por las Autoridades Portuarias en concepto de tarifas por los servicios comerciales. Debe recordarse que el artículo 2.2 del Código Civil establece que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, admitiendo, junto a la derogación expresa, la derogación tácita en “todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”.

No obsta a la anterior conclusión el hecho de la disposición adicional duodécima de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), mencionada en el escrito de consulta, establezca que las Autoridades Portuarias se regirán por su legislación específica, y que dicha legislación específica esté constituida por el TRLPEMM. La citada disposición adicional duodécima dispone literalmente lo siguiente:

“Régimen Jurídico de las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado.

Las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado se regirán por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, que les sean de aplicación, y supletoriamente, por lo establecido en esta Ley”.

La remisión que la LRJSP realiza a la legislación específica de las Autoridades Portuarias debe entenderse circunscrita al ámbito regulado por la propia LRJSP, es decir, a los aspectos orgánicos de dichas entidades, a su funcionamiento interno y a sus relaciones con otras Administraciones Públicas. Ha sido voluntad expresa del legislador de 2015 (y así se hace constar en tanto en el preámbulo de la LPACAP como en el de la LRJSP) la de separar la regulación del procedimiento administrativo, que integra las normas que rigen la relación de los ciudadanos con las Administraciones Públicas, de la regulación de los aspectos orgánicos y de funcionamiento interno de los entes públicos, hasta entonces contenidas ambas en la LRJ-PAC. La reclamación administrativa previa es una modalidad de procedimiento administrativo incardinable en el ámbito de las relaciones ad extra de la Administración con los ciudadanos, y, por tanto, la valoración de su subsistencia o no debe realizarse al amparo de lo dispuesto en la LPACAP, y no de lo dispuesto en la LRJSP, de modo que, suprimida con carácter general por la LPACAP, no puede ampararse su mantenimiento en lo establecido en la disposición adicional duodécima de la LRJSP.

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

CONCLUSIÓN

El artículo 250 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, que regula la reclamación previa al ejercicio de acciones civiles contra las liquidaciones de tarifas por servicios comerciales prestados por las Autoridades Portuarias, debe entenderse tácitamente derogado desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

RÉGIMEN CONTRACTUAL

II.- RÉGIMEN CONTRACTUAL

18.- Informe sobre la aplicación de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas a las Autoridades Portuarias

Resumen

Consulta sobre la aplicación de la Ley 13/95, de Contratos de las Administraciones Públicas (8LCAP) a las Autoridades Portuarias. Inclusión de estas Entidades en el artículo 1.3 de la LCAP. Inclusión de las mismas en la disposición transitoria sexta 2 de la LCAP, por estar comprendidas en el ámbito de la Directiva 93/98 CEE del Consejo. Alcance del "principio de publicidad" a que se refiere la citada disposición transitoria

Observaciones

La Ley 13/1995 (luego Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), ha sido derogada y sustituida por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (hoy Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). El régimen jurídico a que ha de ajustarse la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias tras la aprobación de la Ley 30/2007 y la Ley 31/2007, de Sectores Excluidos, puede verse en el informe A.G. ENTES PÚBLICOS , N° 165/08, recogido en el n° 22

Ref.: A.G Servicios Jurídicos Periféricos 12/95

Fecha.: 26 de febrero 1996

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.S. sobre la aplicabilidad de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas a las Autoridades Portuarias y en relación con dicha consulta emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

- 1) El Servicio Jurídico del Estado en Guipúzcoa elevó a este Centro directivo consulta sobre la aplicación de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las Autoridades Portuarias y, caso de resultar dicha aplicabilidad, sobre la incorporación a la legislación española de la Directiva 93/38/CEE y sobre determinados extremos relativos a la publicidad en la contratación de las referidas Autoridades Portuarias. En el escrito de consulta se expresaba la opinión del órgano consultante acerca de las cuestiones reseñadas.
- 2) Antes de dar respuesta a la referida consulta, esta Dirección General solicitó del Ente Público Puertos del Estado que manifestara su opinión sobre las cuestiones consultadas, lo que realizó el citado Ente mediante escrito de fecha 15 de febrero de 1996, en el que, tras exponer diversas alegaciones, concluyó, en síntesis, que hasta que se produzca la incorporación a la legislación española de la Directiva 93/38/CEE, las Autoridades Portuarias deben continuar rigiéndose por la normativa que le era de aplicación a la entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de sujetarse a los principios de publicidad y libre concurrencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Las Autoridades Portuarias fueron creadas por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), cuyo artículo 35, apartados 1 y 2, dispone:

“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 independientes de los del Estado y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

Se regirán por la presente Ley, la Ley General Presupuestaria y demás disposiciones que les sean de aplicación, estando excluidas de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, y actuarán con sujeción 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 atribuye.

En la contratación, las Autoridades Portuarias habrán de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguardia del interés de la Entidad y homogeneización del sistema de contratación del sector público”

Con arreglo a estos preceptos, y por lo que se refiere al tema de contratación, no ofrece duda que las Autoridades Portuarias no se encontraban sometidas, hasta la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), a la legislación sobre contratación administrativa (básicamente, la Ley de Contratos del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre), sino al régimen del Derecho privado.

El artículo 1 de la LCAP determina su ámbito de aplicación subjetiva, estableciendo el apartado 3 de dicho precepto lo siguiente:

“Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos Autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público”

Así pues, para que las Entidades de Derecho público queden sometidas íntegramente en su actividad contractual a las prescripciones de la LCAP es necesario, por una parte, que se cumpla el requisito previsto en el apartado a) de su artículo 1.3. y, por otra, que se cumpla cualquiera de las circunstancias relacionadas en el apartado b) de dicho precepto, sin que sea preciso que concurren todas ellas, dada la redacción del precepto que utiliza la conjunción disyuntiva “o” para enlazar las distintas circunstancias previstas en el mismo. Invirtiendo, por razones sistemáticas, el orden de los requisitos exigidos por el artículo 1.3 de la LCAP para que las referidas entidades de Derecho público ajusten íntegramente su actividad contractual al citado texto legal, y comenzando por los consignados en el apartado b) de dicho precepto, no se suscita especial cuestión en

cuanto a que en las Autoridades Portuarias concurren los requisitos exigidos en dicho apartado.

En efecto, aunque no puede asegurarse “a priori” que se trata de Entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por una Administración Pública, pues para ello sería necesario conocer su contabilidad y, sobre esta base, determinar el porcentaje que en su financiación representen las aportaciones o transferencias que, en su caso, se hagan con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (el artículo 45.e) de la LPMM prevé como recursos de las Autoridades Portuarias “los que pudieran asignarse en los Presupuestos Generales del Estado o en los de otras Administraciones Públicas, así como las subvenciones y auxilios, cualquiera que sea su procedencia”), es indudable que se cumplen los otros dos requisitos exigidos por el apartado b) del artículo 1.3 de la LCAP.

Así, y por lo que se refiere, en primer lugar, a la circunstancias de que la gestión de la entidad de que se trate está sometida a control por parte de la Administración Pública a la que aquélla esté vinculada o de la que dependa, el artículo 35.3 de la LPMM dispone que “las actividades Portuarias desarrollarán las funciones que se les asignen en esta Ley bajo el principio general de autonomía de gestión, sin perjuicio de las facultades atribuidas en la misma a Puertos del Estado y las de tutela y fiscalización que sobre ellas ostente el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.” En el orden económico-financiero, ha de tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 50.3 del aludido texto legal, según el cual “el régimen de control de las actividades económicas y financieras de las Autoridades Portuarias se ejercerá, de conformidad con lo establecido en los arts. 17.3 y 20 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, por la Intervención General de la Administración del Estado y el Tribunal de Cuentas, respectivamente”.

En segundo lugar, el requisito de que más de la mitad de los miembros que componen los órganos de administración o vigilancia sean designados por una Administración Pública o por Entidad de Derecho Público queda también cumplido en el caso de las Autoridades Portuarias, toda vez que el Presidente de la Autoridad Portuaria es designado por el Ministro de Obras Públicas y Transportes, conforme dispone el artículo 41.1 de la LPMM, y los Vocales del Consejo de Administración son nombrados por el Consejo Rector de Puertos del Estado, según resulta del artículo 40.1 del referido texto legal, y aunque este precepto dispone que se garantizará al menos la presencia de un representante de la Comunidad Autónoma y otro del conjunto de los Ayuntamientos en los que se sitúa la zona de servicios del puerto, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de las organizaciones empresariales y de las centrales sindicales más representativas, añade que deberá “quedar asegurada la mayoría absoluta de los representantes elegidos libremente por el Consejo Rector de Puertos del Estado.”

- II -

Cumplíndose en el caso de las Autoridades Portuarias dos de los requisitos exigidos por el apartado b) del artículo 1.3 de la LCAP, aunque, como se ha señalado precedentemente, baste el cumplimiento de uno solo de ellos para considerar incluida a una Entidad de Derecho Público en el artículo 1.3 del aludido texto legal, ha de examinarse seguidamente si se cumple, además, la exigencia establecida en la letra a) del mismo precepto y apartado, es decir, que la Entidad de que se trate haya sido creada “para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”. Es preciso, pues, determinar si la necesidad de interés general para cuya satisfacción se crearon por la LPMM las Autoridades Portuarias tiene o no carácter industrial o mercantil.

En una primera aproximación al tema plantado, podría entenderse que la necesidad de interés público o general que satisfacen las Autoridades Portuarias tiene carácter mercantil o industrial. Esta caracterización tendría por base el modelo de gestión empresarial al que han

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

de ajustar su actividad (al menos, en los aspectos fundamentales de la misma) las Autoridades Portuarias. Así, el apartado 3.A) del preámbulo de la LPMM declara:

“A la vista de la experiencia acumulada desde la promulgación de la Ley 27/1968 de 20 de junio, sobre Juntas del Puerto y Estatutos de Autonomía, se ha preferido eliminar las rigideces propias de la función y estructura administrativa, para hacer compatible la prestación del servicio encomendado al Estado con los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial que en los puertos se debe desarrollar (...)

La fórmula más habitualmente recomendada en la actualidad para la gestión de puertos públicos es la creación de una Entidad Pública con autonomía de gestión, dotada de personalidad jurídica y presupuesto propios y gestionada con criterios de eficacia y empresariales.

(...)

La Ley contempla un único modelo de gestión portuaria basado en unas Entidades Públicas denominadas Autoridades Portuarias (denominación acuñada internacionalmente para los órganos de gestión de los puertos), con autonomía de gestión superior a la de los actuales Puertos Autónomos y objetivos y procedimientos de gestión empresariales en sustitución de los Organismos Autónomos del Estado, excesivamente rígidos o burocratizados para las necesidades portuarias ...”

Ahora bien, a juicio de este Centro Directivo, la aplicación del modelo de gestión empresarial a las actividades de las Autoridades Portuarias no constituye, “per se”, un criterio válido para calificar como mercantil o industrial el fin de interés general que las referidas Entidades satisfacen. Ha de tenerse en cuenta, a estos efectos, la progresiva expansión de la aplicación de las técnicas propias de la gestión empresarial a las distintas actividades que ejercen los poderes públicos (instrumentados jurídicamente en diferentes formas: Organismos autónomos, servicios centralizados, empresas públicas, etc.), en términos tales que la utilización de las referidas técnicas no es actualmente exclusiva de la realización de actividades mercantiles o industriales asumidas por aquéllos, como sería necesario para calificar como mercantil o industrial una actividad con base en este solo dato, sino también de actividades que permanecen al margen de esa caracterización. En esta línea de pensamiento se enmarcan los pasajes del preámbulo de la LPMM que se han transcrito. Así, en ellos no se caracteriza como mercantil o industrial el servicio portuario globalmente considerado, sino que se declara la aplicación del procedimiento de gestión empresarial a las Entidades a las que se encomienda la prestación del citado servicio, justificándolo en la necesidad de superar las estructuras excesivamente rígidas o burocratizadas de las entidades (Organismos Autónomos) a las que en la anterior normativa (con la salvedad de los casos en que se aplicaba la Ley 27/1968, de 20 de junio, sobre Juntas de Puertos y Estatutos de Autonomía) correspondía la prestación del servicio portuario y con las que resultaban incompatibles los principios de eficiencia y agilidad.

La insuficiencia, como criterio decisor de la cuestión planteada, de la aplicación a las Autoridades Portuarias de los procedimientos de gestión empresariales da lugar a que deba atenderse a los objetivos y funciones que corresponden a las aludidas Entidades, pues sólo por esta vía se revela la verdadera naturaleza y contenido de las actividades que realizan.

El artículo 36 de la LPMM dispone:

“Las Autoridades Portuarias tendrán los siguientes objetivos generales:

- a) La realización, autorización y control, en su caso, de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario para lograr que se desarrollen en condiciones óptimas de eficacia, economía, productividad y seguridad, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades.
- b) 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.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

- c) La planificación, proyecto, construcción, conservación y explotación de las obras y servicios del puerto, y el de las señales marítimas que tengan encomendados, de acuerdo con la planificación general, especificaciones y coordinación que establezca Puertos del Estado
- d) La gestión del dominio público portuario y de señales marítimas que les sea adscrita
- e) La optimización de la gestión económica y la rentabilización del patrimonio y de los recursos que tengan asignados.
- f) El fomento de actividades industriales y comerciales relacionadas con el tráfico marítimo o portuario.
- g) La coordinación de las operaciones de los distintos modos de transporte en el espacio portuario.”

Con arreglo a este precepto, corresponde a las Autoridades Portuarias la realización de los servicios portuarios a que se refiere el artículo 66 de la LPMM, alguno de los cuales tiene carácter mercantil (practicaje, remolque portuario y almacenamiento de mercancías, etc). Ahora bien, sobre la realización o prestación directa por las Autoridades Portuarias de esos servicios o actividades mercantiles destacan, no tanto por su número cuanto por su importancia cualitativa, las restantes actividades o funciones que, como objetivos generales de las referidas Entidades, enumera el artículo 36 de la LPMM en relación con su artículo 37, y en las que sin especial esfuerzo se advierte una clara connotación jurídico-pública bien por suponer el ejercicio de potestades que, en cuanto tales, se traducen en actos de autoridad, bien por tratarse de actividades típicamente administrativas.

Así, la autorización y control de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario (artículo 36.a), la elaboración del reglamento de policía del puerto y control del cumplimiento en el ámbito portuario de los reglamentos de mercancías peligrosas (artículo 37, apartados g) y h), la imposición de las sanciones por razón de la comisión de las infracciones tipificadas en el Capítulo III del Título IV de la LPMM, la inspección del funcionamiento del sistema de señalización marítima (artículo 37.m), etc., constituyen supuestos característicos del ejercicio de potestades públicas; de otra parte, la ordenación de la zona de servicio del puerto en coordinación con las Administraciones competentes en materia de valoración del territorio y urbanismo, la planificación, proyecto y construcción de las obras portuarias y señales marítimas, que se integran en el dominio público portuario de titularidad del Estado, con arreglo al artículo 53 de la LPMM, la gestión del dominio público portuario, en lo que se comprende el otorgamiento de las oportunas concesiones y autorizaciones, con arreglo a los artículos 54 y siguientes del referido texto legal, el fomento de actividades industriales y comerciales relacionadas con el tráfico marítimo y, en fin, la coordinación de las operaciones de los distintos medios de transporte en el espacio portuario constituyen, sin duda alguna, actividades administrativas típicas que, en cuanto tales, difícilmente pueden calificarse como mercantiles o industriales.

Particularmente, y por lo que se refiere al fomento de actividades industriales y comerciales relacionadas con el tráfico marítimo, no cabe ver en esta función, a juicio de este Centro Directivo, un dato que permita sostener que la actividad encomendada a las Autoridades Portuarias persiga la satisfacción de una necesidad de interés general que tenga carácter mercantil o industrial. En efecto, el artículo 36.f) de la LPMM no señala como función de las Autoridades Portuarias la realización de actividades industriales y comerciales relacionadas con el tráfico marítimo o portuario, sino el “fomento” de esas actividades; pues bien, el fomento constituye, junto con la policía y el servicio público, una de las formas típicas y tradicionales de la actividad de la Administración Pública, siendo la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos.

En suma, y sin perjuicio de que las actividades que desarrollen las Autoridades Portuarias incidan en el ámbito mercantil o industrial, al posibilitar el transporte marítimo de personas y

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

mercancías y su enlace con el transporte terrestre, las funciones típicamente administrativas que les están encomendadas, conforme resulta de los artículos 36, 37 y demás preceptos concordantes de la LPMM, determina que hayan de calificarse como Entidades cuya actividad no es totalmente, ni siquiera fundamentalmente, mercantil o industrial.

Por consiguiente, al cumplir, en opinión de este Centro, los requisitos consignados en los apartados a) y b) del artículo 1.3 de la LCAP, las Autoridades Portuarias quedan incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva delimitado por dicho precepto, lo que se traduce, en principio, y sin perjuicio de lo que seguidamente se expondrá, en la aplicación íntegra en su actividad contractual del régimen dispuesto por la LCAP.

- III -

Si, por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico precedente, debe concluirse que las Autoridades Portuarias son Entidades de Derecho público comprendidas en el artículo 1.3 de la LCAP, al apreciarse en ellas los requisitos exigidos en los apartados a) y b) de dicho precepto, ha de tenerse en cuenta, a fin de determinar el régimen jurídico al que hayan de ajustarse su actividad contractual, que quedan incluidas, por razón de la actividad que ejercen, en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. Así, tras disponer su artículo 2.1.a) que “la presente Directiva se aplicará a las entidades contratantes que sean poderes públicos o empresas públicas (requisito que cumplen las Autoridades Portuarias a la vista de la definición que de poderes públicos suministra el artículo 1 de la Directiva) y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2,” el apartado 2.b).ii) del mismo artículo se refiere a “la explotación de una zona geográfica determinada para la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores o de otras terminales de transporte.” Por su parte, el Anexo IX de la aludida norma comunitaria corrobora la inclusión de las Autoridades Portuarias en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Así las cosas, resulta de plena aplicación a las Autoridades Portuarias la disposición transitoria sexta.2 de la LCAP, que dispone:

“En tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa.”

Por consiguiente, y hasta tanto se dé cumplimiento a la previsión de la disposición transitoria sexta.2 de la LCAP, las Autoridades Portuarias han de regirse en su actividad contractual por lo dispuesto en el artículo 35.2 y demás preceptos concordantes de la LPMM, al ser ésta la norma que les es de aplicación a la fecha de entrada en vigor de la LCAP.

La anterior conclusión no queda desvirtuada, a juicio de este Centro Directivo, por la doctrina mantenida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, a propósito de la eficacia directa e inmediata de las Directivas. En efecto, la jurisprudencia del aludido Tribunal (sentencias Grad y Sace de 6 de octubre y 17 de diciembre de 1970, Ruttii, de 5 de abril de 1974, Ursula Becker, de 14 de enero de 1982 y Marshall, de 26 de febrero de 1986) exige para que las Directivas tengan eficacia inmediata o directa que aparezcan, desde el punto de vista de su contenido, como incondicionales y suficientemente precisas, y que el Estado miembro se haya abstenido de adaptar su Derecho nacional a la Directiva en el plazo establecido para ello, o cuando haya realizado una adaptación incorrecta; pues bien, falta en el caso que se examina la segunda de las condiciones exigidas para que sea admisible la eficacia directa e inmediata de la referida norma comunitaria, toda vez que,

tras disponer su artículo 45.1 que “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva y las aplicarán, a más tardar, el 1 de julio de 1994”, el apartado 2 faculta al Reino de España para disponer que las medidas contempladas en el apartado 1 sólo se apliquen a partir del 1 de enero de 1997.

-IV-

Se plantea, por último, en el escrito de consulta la conveniencia de que las Autoridades Portuarias procedan a publicar sus “Normas de Contratación” ante la posibilidad de que puedan impugnarse las adjudicaciones de contratos efectuadas por las referidas entidades “realizadas con publicidad pero sujetas a las referidas normas no publicadas”.

Para la debida resolución de esta cuestión ha de partirse de la premisa, antes razonada, de que a las Autoridades Portuarias les resulta de plena aplicación la disposición transitoria sexta.2 de la LCAP, lo que determina, conforme se ha indicado, que han de continuar rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor del aludido texto legal, les sean aplicables, es decir, por la LPMM, cuyo artículo 35.2 dispone, en su párrafo primero, el sometimiento de las entidades de referencia al ordenamiento jurídico privado en las “adquisiciones patrimoniales y contratación”, si bien “sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa”, conforme ordena la citada disposición transitoria sexta.2 de la LCAP (que, por lo demás, viene a coincidir fundamentalmente en este punto con el párrafo segundo del también mencionado artículo 35.2 de la LPMM).

Pues bien, lo que, en opinión de este Centro, exige el principio de publicidad a que se refiere el inciso final de la reiterada disposición transitoria sexta.2 de la LCAP, interpretado en relación con los artículos 11.1 y 79 del mismo texto legal, no es la publicación de las “normas de contratación” de cada Autoridad Portuaria (entendiendo como tales las elaboradas por la propia Autoridad o, en su caso, las asumidas por la misma siguiendo directrices emanadas del Ente Público Puertos del Estado ex artículo 26 LPMM, supuesto al que quizás se refiera la expresión “Normas Generales de Contratación aprobadas”, contenida en el escrito de aquel Ente de 15 de febrero último), sino la publicidad de las licitaciones o procedimientos de adjudicación de los contratos que pretenda concertar la Entidad interesada (y que no estén exceptuados legalmente del requisito en cuestión). Dicha publicidad habrá de llevarse a efecto mediante los anuncios en los Boletines o Diarios Oficiales a que alude con carácter general el artículo 79 de la LCAP y cuyo contenido, así como la información o puesta a disposición de los pliegos y documentación complementaria, deberán ajustarse en cada caso a los preceptos pertinentes del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (en tanto no se oponga a la LCAP y no sea sustituido por un nuevo Reglamento sobre la materia), teniendo en cuenta, por otra parte, lo establecido en el apartado 1 de la tantas veces citada disposición transitoria sexta de la LCAP, respecto a la publicidad en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas”.

Se considera oportuno añadir, para evitar cualquier duda y aunque pueda parecer superflua la aclaración, que la inexigencia de publicación de las “normas de contratación” no es aplicable a las normas de rango legal que rijan la contratación de las Administraciones Públicas (como es, fundamen-talmente, la LCAP) ni a las normas reglamentarias de desarrollo de aquéllas, ya que unas y otras están sujetas a la publicación en el “Boletín Oficial del Estado” ordenada con carácter general en el artículo 1.5 del Código Civil y en el artículo 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 (vigente, según resulta “a contrario” de la disposición derogatoria, apartado 2.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Finalmente, y sin perjuicio de todo lo anterior, este Centro estima que sería conveniente que las normas de contratación propias de cada Autoridad Portuaria, a las que más arriba se

aludió, tuvieran cierta publicidad externa mediante la cual estuvieran a la disposición de todas las personas interesadas en conocer su contenido, lo que podría instrumentarse expresando dicha puesta a disposición en los anuncios de las licitaciones o procedimientos de adjudicación.

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección General formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- Las Autoridades Portuarias están incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva delimitado por el artículo 1.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por concurrir en aquéllas los requisitos exigidos por los apartados a) y b) de dicho precepto.

Segunda.- Por razón de la actividad que les está encomendada, las Autoridades Portuarias están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/98/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, siéndoles, por tanto, de aplicación la disposición transitoria sexta.2 de la Ley 13/1995.

Tercera.- Como consecuencia de lo anterior, y hasta tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/98/CEE, las Autoridades Portuarias continuarán rigiéndose en su actividad contractual por lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, lo que se traduce en la aplicación del ordenamiento jurídico privado, aunque sujetándose a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa.

Cuarta.- El principio de publicidad a que alude el inciso final de la disposición transitoria sexta.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, ha de interpretarse en el sentido de que la publicidad queda referida no a las “normas de contratación” propias de cada Autoridad Portuaria, sino a las licitaciones o procedimientos de adjudicación de los contratos que se pretendan concertar por aquellas Entidades, tal y como se expone en el fundamento jurídico III del presente informe y sin perjuicio de la conveniencia de las medidas a que se alude en el último párrafo de dicho fundamento.

19.- Informe sobre el régimen jurídico al que debe someterse la contratación del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias después de la entrada en vigor de la Ley 48/1998, sobre procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

Resumen

Consulta sobre cual sea el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por el Ente Público Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias cuyos importes no superen los umbrales previstos en la Ley 48/98, de 30 de diciembre (sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), así como el régimen normativo aplicable a la ejecución de todos los contratos celebrados por los referidos Entes Públicos. Examen del alcance de la Ley 48/98 e interpretación de su contenido en relación con la Ley 13/95, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Observaciones

La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre sectores excluidos, ha sido sustituida y derogada por la actual Ley 31/2007, de 30 de octubre. En todo caso, el régimen de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias tras la aprobación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (hoy Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 4 de noviembre) y de la Ley 31/2007, de Sectores excluidos, puede verse en el informe A.G. ENTES PÚBLICOS 165/08, N° 22 de este apartado.

Ref.: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/99

Fecha: 10 de marzo de 1999

Ponente: Carlos Gallego Huéscar

Texto del Informe

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado las consultas a que después se hará referencia sobre el régimen jurídico al que debe someterse la contratación efectuada por el Ente Público Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias después de la entrada en vigor de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/38/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992. En relación con dichas consultas y a la vista de las mismas, así como de la documentación que se acompaña, este Centro Directivo informa lo siguiente:

ANTECEDENTES

- 1) El Ente Público Puertos del Estado solicitó de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, con fecha 16 de diciembre de 1998, informe sobre el régimen jurídico de contratación del propio Ente, así como de las Autoridades Portuarias, una vez que entrara en vigor la norma (entonces en proyecto) por la que se realizaría la incorporación (o transposición) al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/38/CEE, citada en el encabezamiento del presente informe.

La Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, a la vista del proyecto de Ley por el que se realizaba la incorporación aludida en el párrafo anterior, emitió informe, fechado el 17 de diciembre de 1998, en el que se concluía que “desaparecida la vigencia de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 13/1995, la actividad contractual (que supone tanto la preparación del expediente de contratación, como la selección del contratista y la ejecución del contrato)

del ente Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias se someterá a la Ley 13/1995 para todo aquello que no esté previsto en la Ley de adaptación de la Directiva 93/38/CEE, no siendo aplicables las normas especiales de contratación de estas entidades más que a los contratos ya adjudicados a 1 de enero de 1999 y asimilados”

- 2) Por el contrario, la Abogacía del Estado en Sevilla, en informe emitido en 20 de enero de 1999, a instancia de la Autoridad Portuaria de dicha ciudad, entendió que las Autoridades Portuarias están sometidas al ordenamiento jurídico privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en lo sucesivo LPMM), en todos aquellos contratos, encuadrados en los llamados sectores excluidos, que sean de cuantía inferior a la prevista en el artículo 8 de la Ley 48/1998, citada en el encabezamiento de este informe.
- 3) El Presidente del Ente Público Puertos del Estado, mediante escrito de 10 de febrero de 1999, dirigido a este Centro Directivo, pone de manifiesto la existencia de los dos informes mencionados anteriormente, así como de otro informe de la Abogacía del Estado en Huelva, fechado el 28 de enero de 1999, que se pronunció en igual sentido que el de la Abogacía del Estado en Sevilla. A la vista de todo ello el Presidente del citado Ente Público solicita también informe de este Centro Directivo sobre “cuál debe ser el régimen aplicable a los contratos celebrados por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias cuya preparación y adjudicación, por no superar los umbrales previstos en la Ley 48/1998, no se encuentren regulados en esta Ley, así como el régimen normativo aplicable a la ejecución de todos los contratos celebrados por los referidos Entes públicos”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Este Centro Directivo se ocupó del régimen jurídico de la contratación entonces aplicable a las Autoridades Portuarias en un informe de 26 de febrero de 1996 (Ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 12/95). En dicho informe se concluyó que las Autoridades Portuarias estaban incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo LCAP), por concurrir en aquéllas los requisitos expresados en el artículo 1.3 de la citada Ley. No obstante, también se afirmó en dicho informe que, por razón de la actividad encomendada a las Autoridades Portuarias, éstas se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE (citada en los antecedentes de este informe), siéndoles por ello aplicable, a la sazón, la disposición transitoria sexta, apartado 2, de la citada LCAP, de lo que resultaba la siguiente conclusión:

“Como consecuencia de lo anterior, y hasta tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las Autoridades Portuarias continuarán rigiéndose en su actividad contractual por lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, lo que se traduce en la aplicación del ordenamiento jurídico privado, aunque sujetándose a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa”

La incorporación prevista en la disposición transitoria sexta, apartado 2, de la LCAP y en la conclusión que se acaba de transcribir ha sido efectuada, como ya se indicó, por la citada Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

En una primera aproximación a la cuestión ahora planteada podría pensarse que, una vez realizada la incorporación de la reiterada Directiva, cobra virtualidad la aplicación de la LCAP a las Autoridades Portuarias, de conformidad con su artículo 1.3. De ser esto así, las

Autoridades Portuarias se regirían por dicha Ley, tanto respecto a la selección del contratista y adjudicación del contrato, como en cuanto a la ejecución del mismo, salvo las especialidades introducidas por la Ley 48/1998.

En efecto, la conclusión anterior podría sustentarse en que la reiterada Ley 48/1998 no regula de forma completa el régimen de contratación de las entidades contratantes que quedan bajo su ámbito de aplicación ni presupone que los contratos incluidos en la misma deban tener naturaleza jurídica administrativa o privada. Únicamente regula, aparte de ciertas reglas sobre las especificaciones técnicas de los contratos, los procedimientos de adjudicación de los mismos y un régimen especial de reclamaciones por los incumplimientos de sus prescripciones. Pero en modo alguno se establece que los contratos incluidos en su ámbito de aplicación deban ser, necesariamente, de carácter administrativo o de carácter privado. Esto dependerá de la naturaleza pública o privada de la entidad contratante y, en su caso, del régimen jurídico especial al que la misma se halle sometida. La Ley 48/1998 solamente regula un procedimiento común de adjudicación de los contratos incluidos en su ámbito, pero no el régimen jurídico completo de los mismos. Por tanto, las Autoridades Portuarias podrían quedar sometidas a la LCAP, de forma que sus contratos serían de naturaleza administrativa, aunque en los supuestos en que fuera aplicable la Ley 48/1998 se someterían al régimen especial establecido en la misma, fundamentalmente sobre publicidad y procedimientos de adjudicación, manteniéndose el régimen jurídico de la LCAP en cuanto a la ejecución de los contratos. En todos los demás casos, en los que los contratos sean de cuantía inferior a la prevista en la Ley 48/1998 (cfr. artículo 8 de la misma), las Autoridades Portuarias se regirían íntegramente por lo dispuesto en la LCAP.

Esta es la tesis del informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, que se basa, esencialmente, en la consideración de que la disposición transitoria sexta.2 de la LCAP mantuvo el régimen de contratación preexistente a dicha Ley, suspendiendo, a la vez, la plena aplicación de la misma respecto de las Entidades de derecho público mencionadas en el artículo 1.3 de dicha LCAP, hasta tanto de produjera la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 93/38/CEE. En consecuencia, una vez producida la mencionada incorporación, desaparece según la tesis a que ahora se alude el régimen de derecho transitorio y adquiere plena virtualidad la LCAP para las Entidades afectadas, entre las que se encuentran el Ente Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, porque desaparece el efecto suspensivo que produjo la disposición transitoria sexta.2 de la LCAP.

Ahora bien, esta conclusión, que, en principio, podría considerarse como formalmente correcta, produce, como se ha puesto de manifiesto en los informes de las Abogacías del Estado de Sevilla y Huelva, la paradoja de que el régimen jurídico de los contratos que realicen las Autoridades Portuarias sería, en cuanto a los procedimientos de adjudicación, más rígido cuando tuvieran menos importancia económica, puesto que por debajo de los umbrales económicos establecidos en el artículo 8 de la Ley 48/1998 deberían someterse íntegramente a la LCAP. Valga a este respecto un ejemplo práctico: un contrato de obras que tuviera una cuantía de 836.621.683 millones de pesetas o superior (cfr. artículo 8 de la Ley 48/1998) podría adjudicarse por el procedimiento negociado (cfr. artículo 23.1 de la citada Ley 48/1998), mientras que para un contrato de obras de cuantía inferior a la reseñada e igual o superior a 5.000.000 pesetas, en el que no concurrieran ninguna de las circunstancias especiales de los artículos 140 y 141 de la LCAP, habría de utilizarse el procedimiento abierto o restringido, empleando la forma de adjudicación de subasta o concurso (cfr. artículos 74, 75 y 76 de la LCAP).

A la vista de lo anterior, y puesto que la interpretación de las normas jurídicas no debe llevar a conclusiones absurdas o paradójicas, resulta necesario indagar con más precisión el alcance de la tan citada Ley 48/98 respecto al régimen de contratación de las entidades de derecho público que, aun comprendidas en el ámbito de aplicación subjetiva del artículo 1.3 de la LCAP, realizan actividades y contratos incluidos en la tan citada Directiva 93/38/CEE.

- II -

Siguiendo el planteamiento que se acaba de formular, debe partirse de que, a los efectos de la Ley 48/1998, el Ente Públicos Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias son entidades contratantes sometidas al régimen especial de contratación que dicha norma incorpora al Derecho español, toda vez que la explotación, que dichas entidades realizan, de una determinada zona geográfica para la puesta a disposición de los transportistas de los puertos marítimos forma parte del ámbito objetivo de dicha Ley (cfr. artículo 3.b) ii) y disposición adicional tercera, apartado IX, de la Ley 48/1998). Esta afirmación nadie la discute y ya quedó establecida en el informe de este Centro Directivo de 26 de febrero de 1996, citado anteriormente.

Ahora bien, se suscita, como ya se apuntó, el problema de cuál deba ser el régimen de contratación en aquellos supuestos en que, aun refiriéndose a las actividades incluidas en el ámbito de aplicación objetiva de la Ley 48/1998, conforme a su artículo 3, el importe del contrato sea inferior a las cuantías establecidas en el artículo 8 de la citada Ley. También se plantea la cuestión de cuál sea el régimen jurídico que discipline la vida del contrato después de su adjudicación, es decir, desde su ejecución hasta su extinción, aunque se trate de contratos de cuantías iguales o superiores a las previstas en el citado artículo 8 de la Ley 48/1998, pues, como se ha dicho anteriormente, dicha Ley no determina o prejuzga la naturaleza jurídica de los contratos que puedan concertarse por las distintas entidades contratantes a las que la reiterada norma afecta.

Sobre esta cuestión la Ley 48/1998 no dice nada expresamente. Únicamente con respecto al organismo público Aeropuertos Nacionales y Navegación Aérea (AENA), la disposición adicional cuarta establece que, en lo no previsto en la mencionada Ley, aquel Organismo ajustará su régimen de contratación al derecho privado. Cabría pensar que al realizar la tan citada Ley 48/1998 tal precisión sólo en relación con el régimen de contratación aplicable a AENA, no regiría para el resto de los Entes públicos contratantes el derecho privado en las mismas condiciones. Sin embargo, este Centro Directivo entiende que esta especie de interpretación a sensu contrario no puede hacerse, ya que, en buena técnica hermenéutica, la conclusión expuesta en hipótesis no deriva, por sí misma, del sentido contrario de la citada disposición adicional cuarta, que solamente trata de abundar en lo que ya decía la normativa específicamente aplicable a AENA (cfr. artículo 82 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, por el que se creó AENA, que, a su vez, se remite el artículo 3.1 del Estatuto de dicha Entidad, aprobado por el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio). Tal vez la razón de la comentada disposición adicional cuarta de la Ley 48/1998 sea establecer una norma especial en materia de contratación respecto a AENA, teniendo en cuenta que la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (que también entra en vigor, como la Ley 48/1998, el día 1 de enero de 1999) realiza en su artículo 64 la adaptación de AENA a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), lo cual hubiera supuesto la aplicación de la LCAP a esta Entidad, de conformidad con el artículo 57.1 de la citada LOFAGE, en caso de que no se hubiera dictado la norma especial que constituye la disposición adicional cuarta de la Ley 48/1998.

En realidad, esta especial norma que introduce la reiterada disposición adicional cuarta de la Ley 48/1998 podría servir de pauta orientativa sobre el criterio del legislador respecto del régimen jurídico de la contratación de las entidades públicas que operan en los sectores excluidos, cual es el caso de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, como acertadamente viene a decirse en el informe de la Abogacía del Estado en Sevilla, aunque para estas entidades no sería necesario un pronunciamiento expreso al no haberse producido una adaptación a la LOFAGE, como en el supuesto de AENA.

El planteamiento de la cuestión sometida a consulta debe hacerse, por tanto, con mayor precisión, indagando si la Ley 48/1998, llamada a poner fin al período de interinidad abierto por la disposición transitoria sexta, apartado 2, de la LCAP, ha cerrado dicho período, pronun-

ciándose sobre qué entidades, en el sentido más amplio del término y dentro de las actividades propias de los denominados sectores excluidos, deben regirse por el régimen especial que crea y, en tal caso, si el mismo resulta compatible y coherente con la aplicación de la LCAP en lo no previsto por el régimen especial que se adopta con la propia Ley 48/1998. Pero antes de indagar sobre los preceptos de la Ley citada se considera conveniente recordar, siquiera sea brevemente, el fundamento y el ámbito subjetivo de la Directiva 93/38/CEE, objeto de transposición por aquella Ley.

- III -

Con la aprobación de la tan citada Directiva 93/38/CEE se pretendió la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea que incidieran sobre el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, fijando a tales efectos, y entre otros extremos, una serie de normas sobre los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, en los que, según los distintos países, concurren entidades públicas y privadas. Por ello se excluyeron estos sectores de las Directivas comunitarias sobre contratación pública que se habían venido dictando, dejándose su regulación a unas Directivas específicas para dichos sectores que, por esta razón, se han denominado excluidos y que habrían de incidir, y lo hacen muy principalmente, sobre el ámbito de la contratación privada. La Exposición de Motivos de la Ley 48/1998 expresa con claridad el fundamento y el objetivo de la Directiva 93/38/CEE (después modificada por la Directiva 98/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo) y, con ello, el sentido de la propia Ley de “transposición” citada, diciendo lo siguiente:

“La Comisión Europea estimó en su momento, ponderando, como se preocupó de señalar, razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, que era oportuno introducir criterios originales o específicos en el campo contractual de los sectores excluidos, ya que éstos, en el contexto de los países comunitarios, están gestionados por entidades u organismos públicos o privados de manera indistinta.

Estos criterios especiales, de carácter nivelador u homogeneizador del régimen de contratación, se han traducido en un repertorio normativo, de aplicación a los denominados sectores excluidos, en materia de publicidad y selección del contratista, que es común en principio a todos los operadores de dichos sectores con independencia de su procedencia pública o privada. Esta opción ha supuesto una flexibilización recogida y regulada en la presente Ley del régimen de Derecho Público aplicable en origen a los organismos y entidades públicas, tomando en consideración el dinamismo gestor imperante en los denominados sectores excluidos, y la ordenación y disciplina del régimen de contratación aplicable a las entidades privadas, que lógicamente incorpora, asimismo, la Ley, justificado por el interés público que es propio a la vez de estos sectores en los que operan gozando de derechos especiales o exclusivos.

El resultado, en un punto medio de encuentro, es la regulación común a entidades públicas y privadas contenida en la Ley, fundamentalmente en materia de publicidad y selección del contratista, llamada a garantizar los principios de no discriminación y concurrencia y la consiguiente apertura de los mercados, objetivo capital al que apuntan las regulaciones emanadas de la Unión Europea.”

Estas palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 48/1998 reflejan, como es lógico y ya se avanzó, el fundamento de la Directiva 93/38/CEE y el ámbito subjetivo de la misma que, según su artículo 2.1.a) se extiende a las entidades contratantes que sean poderes públicos o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2º del mismo artículo, pero también a las entidades contratantes que, sin ser poderes públicos ni empresas públicas, ejerzan alguna o varias de las actividades incluidas en la Directiva y

gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro (cfr. artículo 2.1.b) de la citada Directiva).

En el Ordenamiento español los poderes públicos a que se refiere la Directiva en cuestión son, según ésta los delimita con carácter general, el Estado y las demás Administraciones Territoriales, desde luego, pero también los Organismos Públicos, que se subdividen en organismos autónomos y entidades públicas empresariales, de acuerdo con la terminología de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que hayan sido creados para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no sean de carácter industrial o comercial, tengan una personalidad jurídica propia y estén financiados mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público; o su gestión esté sujeta a un control por parte de estos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión más de la mitad de cuyos miembros son nombrados por el Estado, por las entidades territoriales o por otros organismos de Derecho público (cfr. artículo 1 de la Directiva 93/38/CEE).

Como puede comprobarse, la delimitación de poderes públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la reiterada Directiva coincide con la enumeración de Administraciones Públicas y entidades de derecho público que contiene el artículo 1.3 de la LCAP para determinar el ámbito de aplicación subjetiva de dicha Ley. Así las cosas, correspondería a la Ley española de transposición de la Directiva (es decir, a la que sería la Ley 48/1998) preservar los objetivos perseguidos por la Directiva 93/38/CEE, bien fuera aplicando la LCAP a las Entidades contratantes que sean poderes públicos o bien aplicándoles el régimen especial, previsto en aquella Directiva, para situarlas en ese punto medio de encuentro a que se refiere la exposición de motivos de la propia Ley 48/1998, transcrita anteriormente en la parte oportuna.

- IV -

Consecuentemente con lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, el legislador español, al llegar el momento de regular con carácter general los contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), consideró, sin duda, la posibilidad de aplicar a las Administraciones territoriales y a los Organismos públicos que realizasen actividades en alguno de los llamados sectores excluidos un régimen especial más flexible que el de la contratación pública, por lo que, antes de efectuar tal opción, que se materializaría posteriormente al transponerse —mediante la Ley 48/1998— la Directiva 93/38/CEE, previó “las medidas necesarias para su aplicación a Entidades Públicas sujetas a la Ley, en las fechas que la propia Directiva señala para los contratos de obras, suministros y servicios”, como dice la exposición de motivos de la LCAP. Este planteamiento dio lugar a un régimen transitorio hasta que se realizara la incorporación de la Directiva tan citada 93/38/CEE al ordenamiento jurídico español.

En efecto, la disposición transitoria sexta de la LCAP estableció lo siguiente:

- “1. Los órganos de contratación que celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE, relativa a los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, no estarán obligados a cumplir, respecto a estos contratos, las obligaciones de publicidad en el ‘Diario Oficial de las Comunidades Europeas’ previstas en esta Ley hasta el 1 de enero de 1996, si se trata de contratos de obras o suministros y hasta el 1 de enero de 1997 si se trata de contratos de consultoría y asistencia y de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales.
2. En tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las entidades de derecho público a que se refiere el apartado 3 del artículo 1 continuarán rigiéndose en su actividad contractual por las normas que, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, les resulten aplicables, sujetándose en su desarrollo a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa.”

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

La interpretación de esta disposición planteó, en su momento, dudas sobre el ámbito subjetivo de la misma y, más concretamente, sobre su posible aplicación a las empresas privadas que operasen en los sectores aludidos en el apartado 1 de la citada disposición, así como sobre el diferente ámbito de aplicación de los dos apartados de la misma respecto a las Administraciones territoriales y los diversos entes de derecho público, incluidos los organismos autónomos, que realizaban actividades propias de aquellos sectores. Pues bien, sobre estas cuestiones, que no se estima necesario estudiar con detalle por no ser objeto directo de la presente consulta, este Centro Directivo considera acertada la conclusión que estableció el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 39/95, de 21 de diciembre de 1995, en los siguientes términos:

“La interpretación de la disposición transitoria sexta de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, conduce a la conclusión de que la misma únicamente se refiere, en sus dos apartados, a las Administraciones, Organismos y Entes Públicos sujetos a la Ley, es decir, Administraciones Públicas y sus Organismos autónomos, por un lado, y Entes Públicos creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, por otro, estableciendo, respecto a los primeros, un aplazamiento en las obligaciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y manteniendo, respecto a los segundos, su actual régimen público o privado al que esté sometida su actividad contractual”.

En este informe se rechazaba, por tanto, que la disposición transitoria sexta de la LCAP afectase a las empresas privadas, entendiéndose que éstas solamente aplicarían la Directiva 93/38/CEE cuando se incorporase a la legislación española, sin perjuicio de que dicha Directiva pudiera tener, en determinados extremos, efecto directo. Al margen de esta cuestión, que es completamente ajena al objeto de este informe, es útil retener que la LCAP mantuvo el sometimiento total de las Administraciones territoriales y de los organismos autónomos al régimen de contratación pública, cuando celebrasen contratos comprendidos en el ámbito de la citada Directiva, si bien precisando las fechas a partir de las cuales deberían cumplir las obligaciones de publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y, a la vez, el legislador manifestó su voluntad de mantener el régimen de derecho privado respecto a la contratación de las Entidades de Derecho Público que estuvieran sometidas al mismo conforme a su legislación específica, cuando contratasen en el mismo ámbito material, hasta tanto no se incorporase al derecho español la normativa comunitaria sobre la materia. Se trató, por consiguiente, de preservar el régimen contractual aplicable a las Entidades últimamente citadas en la fecha de entrada en vigor de la LCAP, para decidir en el momento de incorporar a la legislación española la Directiva 93/38/CEE, cuál habría de ser el régimen jurídico de dichas Entidades que, lógicamente, debería de ser único y homogéneo en el ámbito material al que se refiere la reiterada Directiva. En definitiva, la LCAP no incluyó normas que implicasen la transposición, siquiera sea parcial, de la Directiva, como resulta también del párrafo transcrito anteriormente de su exposición de motivos. Se limitó, en lo que respecta a las Entidades de derecho público que se rigen por el ordenamiento jurídico privado, a mantenerles su régimen contractual preexistente hasta que se dictase la norma de transposición de la tan citada Directiva 93/38/CEE.

- V -

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta este punto, habría de ser la Ley 48/1998 la que determinase el régimen de contratación de las restantes Entidades de derecho público a las que se refiere el artículo 1.3 de la LCAP que operen en los llamados sectores excluidos, estableciendo su pleno sometimiento a la LCAP o sometiénolas a su régimen especial. Esta opción se planteaba, a juicio de este Centro Directivo, en términos excluyentes, puesto que no resultan compatibles el régimen de la LCAP y el especial de la Ley 48/1998, ni aun en lo no previsto en esta última, porque, si así se admitiera se establecería, para alguna de las

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

entidades contratantes que operan en los sectores excluidos, un régimen de contratación incoherente, ya que, como se apuntó más arriba, se impondría una mayor rigidez formal, en cuanto a procedimientos y formas de adjudicación, cuanto menos importancia económica tuviera el correspondiente contrato.

Pues bien, la Ley 48/1998 mantiene, en todo caso, a las Administraciones territoriales y a los Organismos autónomos en el ámbito de la LCAP, excluyendo expresamente la aplicación de la propia Ley 48/1998 a dichas Administraciones y Organismos. En efecto, el artículo 2.2 de dicha Ley dispone:

“Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y los Organismos autónomos dependientes de las mismas, que se regirán en todo caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional segunda, por la legislación de contratos de las Administraciones públicas.”

Las restantes Entidades de derecho público a las que se refiere el artículo 1.3 de la LCAP, no son, en cambio, mencionadas, quedando comprendidas en el ámbito de aplicación del régimen especial regulado en la Ley 48/1998, respecto a los contratos incluidos en el ámbito de actividades definido en la propia Ley y en las condiciones que la misma especifica. El transcrito artículo 2.2 de la citada Ley no es mera redundancia de lo que ya resultaba de la LCAP, sino que se justifica en la opción que, respecto de los poderes públicos, según los delimita la Directiva objeto de transposición, debía hacer el legislador, como se ha expuesto en el anterior fundamento jurídico. En consecuencia, el reiterado artículo 2.2 de la Ley 48/1998 delimita negativamente el ámbito de aplicación de la citada norma de transposición, quedando sujetas a la misma las restantes Entidades de derecho público a que se refiere el artículo 1.3 de la LCAP (es decir, todas las aludidas en dicho apartado, excepto los Organismos autónomos) que operen en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Esta aplicación del régimen especial de la Ley 48/1998 tiene unas consecuencias, anteriormente apuntadas, determinantes de la homogeneidad y coherencia del régimen de contratación de las referidas Entidades de Derecho Público, entre las que se encuentran el Ente Público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

En efecto, mediante la normativa contenida en la Directiva 93/38/CEE y en la Ley 48/1998, que la incorpora al ordenamiento jurídico español, se trata de llegar a un punto medio de encuentro entre el régimen público y el régimen privado de la contratación, en lo que respecta, fundamentalmente, a los procedimientos de adjudicación de los contratos, como se apuntaba en los párrafos de la exposición de motivos de la citada Ley transcritos anteriormente. Ahora bien, del examen de ese régimen especial resulta que los contratos sometidos al mismo han de tener una cuantía mínima, por debajo de la cual no se considera esencial preservar ese punto medio de encuentro en materia de publicidad y selección del contratista, toda vez que las entidades contratantes sometidas a la Ley 48/1998 que realicen actividades incluidas en el artículo 3 de la misma pueden contratar sin someterse al régimen de dicha Ley cuando se trate de contratos cuyo importe sea inferior a las cuantías o umbrales fijados (según los sectores y los tipos de contratos) en el artículo 8 de la propia Ley 48/1998.

Acudiendo de nuevo a la normativa anterior contenida en la disposición transitoria sexta, apartado 2, de la LCAP, se recuerda que esta disposición mantuvo el régimen preexistente aplicable a las Entidades de derecho público a que viene haciéndose referencia hasta que se produjese la incorporación del contenido de la Directiva 93/38/CEE a la legislación española. Una vez efectuada tal incorporación por la Ley 48/1998, que somete a su ámbito de aplicación a aquellas Entidades en cuanto realicen las actividades propias de los denominados sectores excluidos, sin someterlas, ni siquiera subsidiariamente, a la LCAP, se puede concluir que cuando las reiteradas Entidades de Derecho público contraten dentro del ámbito de las actividades incluidas en el artículo 3 de la Ley 48/1998, mediante contratos comprendidos en su artículo 5 y que sean de cuantía inferior a las establecidas en el artículo 8 de la misma Ley, quedan sometidas a su normativa legal específica. En el caso del Ente Público Puertos del

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Estado y de las Autoridades Portuarias se entiende que esta normativa es la contenida en los artículos 24.2 y 35.2 de la LPMM, respectivamente, que, a su vez, remiten al ordenamiento jurídico privado, aunque salvando, en todo caso, los principios de publicidad y concurrencia (como lo hacía la reiterada disposición transitoria sexta, apartado 2, de la LCAP), así como la salvaguardia del interés de la Entidad y homogeneización del sistema de contratación en el sector público.

Si se mantiene la conclusión que acaba de exponerse se evitará la paradoja, puesta de manifiesto anteriormente, de que para contratos menos importantes cuantitativamente aumente la rigidez del régimen aplicable. Debe destacarse a este respecto que, como señala la exposición de motivos de la Ley 48/1998, el régimen contractual por el que ha optado la misma "ha supuesto una flexibilización recogida y regulada en la presente Ley del régimen de Derecho público aplicable en origen a los organismos y entidades públicas, tomando en consideración el dinamismo gestor imperante en los denominados sectores excluidos."

Pues bien, resultaría ilógico que ese régimen flexible, aunque inspirado en ciertos principios (principalmente, los de publicidad y concurrencia) que garantizan las libertades básicas de libre establecimiento y de prestación de servicios, fuera aplicable a contratos de cierta importancia económica (los de importe igual o superior a los umbrales del artículo 8 de la Ley 48/1998) y que los de menor importancia quedaran sometidos a un régimen más rígido (el de la LCAP), entorpeciendo ese dinamismo gestor del que habla la exposición de motivos de la Ley. En opinión de este Centro Directivo, esta diferencia de tratamiento de unos u otros contratos en función de su cuantía no tendría sentido, al exigir mayor rigor a los de inferior importe. Se estima justificado y razonable, por el contrario, que en los contratos de cuantía inferior prime el régimen jurídico aplicable conforme a su legislación específica, sin perjuicio de que ésta, al remitirse al Derecho privado, disponga, no obstante, el sometimiento a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés de la Entidad y homogeneización del sistema de contratación en el sector público, como hacen, según se vio más arriba, los artículos 24.2 y 35.2 de la LPMM, respecto de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias. Además, el sometimiento a tales principios, incluso en la contratación en régimen de Derecho privado, hace menos justificable, si cabe, el sometimiento de las Autoridades Portuarias a la LCAP en aquellos contratos que, refiriéndose a las actividades incluidas en el artículo 3 de la Ley 48/1998, están por debajo los importes señalados en el artículo 8 de la misma.

La paradoja del criterio contractual que se ha rechazado se pone de manifiesto no solamente desde el punto de vista expuesto, sino también desde el punto de vista de los criterios que están plasmados en la propia LCAP. En efecto, el criterio de sometimiento a reglas especiales propias del régimen público de contratación depende, en ciertos casos, de la mayor importancia económica de los contratos. Así, el artículo 2 de la LCAP somete a determinadas entidades no comprendidas en el artículo 1.3 de la misma, y respecto a determinados contratos de derecho privado, a determinadas prescripciones de dicha Ley características de la contratación pública, cuando la cuantía de aquéllos sea igual o superior a las cifras que señala el precepto citado en primer lugar. En consecuencia, no puede sostenerse el criterio de que a menor importancia económica del contrato deba aplicarse la normativa de mayor rigidez (la de la LCAP en la hipótesis que aquí se rechaza).

- VI -

La anterior conclusión, obtenida, fundamentalmente, con base en la interpretación de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la LCAP y en la Ley 48/1998, puede apoyarse también en la LPMM.

A este respecto se estima oportuno, ante todo, formular una puntualización en relación con el argumento contenido en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

que, con pretendida base en la conclusión del informe de este Centro Directivo de 10 de julio de 1995 (Ref.: A.G. MOPTMA 122/95), sobre la derogación del artículo 98 de la LPMM por la LCAP y el sometimiento a esta última de la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), sostiene la inaplicación actual de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la LPMM. Debe advertirse que el citado informe de este Centro se refería exclusivamente a SASEMAR, que es una Entidad de Derecho Público afectada por el artículo 1.3 de la LCAP, como lo están, en principio, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, pero que, a diferencia de estas Entidades, no queda afectada por la Directiva 93/38/CEE. Por tanto, a SASEMAR no le era aplicable lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la LCAP, siéndole plenamente de aplicación la regulación de dicha Ley desde su entrada en vigor, como también se argumentó en el citado informe de esta Dirección. Por esta razón, se concluyó que el artículo 98 de la LPMM (referido exclusivamente a SASEMAR) había sido derogado por la LCAP. Por el contrario, para las Entidades de Derecho Público comprendidas en el ámbito de la Directiva 93/38/CEE se mantuvo el régimen contractual vigente a la entrada en vigor de la LCAP (cfr. la reiterada disposición transitoria sexta.2 de la LCAP), lo cual significa, como ya se indicó, que para el Ente Puertos del Estado y para las Autoridades Portuarias se mantuvo la vigencia de los artículos 24.2 y 35.2 de la LPMM.

Pues bien, habiéndose argumentado anteriormente que tal vigencia se mantiene después de la entrada en vigor de la Ley 48/1998, como consecuencia de la falta de previsión en la misma de su sometimiento a la LCAP, queda reforzada esta misma conclusión si se tiene en cuenta la reforma de la LPMM, efectuada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre.

En línea con este planteamiento, es significativo, como se señala en el informe de la Abogacía del Estado en Sevilla, que en la exposición de motivos (párrafo quinto) de la Ley últimamente citada se reitera la idea de reforzar la autonomía funcional y de gestión de las Autoridades Portuarias, para que desarrollen su actividad con procedimientos de gestión empresarial, sin perjuicio de los necesarios mecanismos de control y coordinación." También insiste en la misma idea el último párrafo de la citada exposición de motivos al destacar como objetivo de la reforma el de mejorar el régimen jurídico bajo el que se desarrolla la actividad portuaria ... y de dotar, en última instancia, al sistema portuario español de las facilidades necesarias para mejorar su posición competitiva, en un mercado abierto".

Estas motivaciones y objetivos de la reforma introducida en la LPMM por la Ley 62/1997 se plasman, como es lógico, en los preceptos de la misma. En tal sentido es especialmente importante, a los efectos de este informe, el apartado 3 de la disposición adicional única de la Ley 62/1997, que tiene el siguiente tenor literal:

"El ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias se regirán 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".

La remisión que hace la transcrita disposición adicional a la legislación específica de las entidades de que se trata conduce fundamentalmente, como es obvio, a la LPMM. Por tanto, se ratifica así la voluntad del legislador de aplicar la LPMM como instrumento sustancial para aplicar los criterios empresariales a que se refiere la exposición de motivos de la citada Ley 62/1997, con carácter general y especialmente en materia de contratación, con la consiguiente aplicación de los artículos 24.2 y 35.2 de la LPMM, salvo que prevalezcan, por el tipo e importe de los contratos de que se trate en cada caso, los preceptos de la Ley 48/1998.

Por lo demás, y concretando alguna de las ideas expuestas en este informe, puede decirse que, tratándose de actividades y contratos incluidos en el ámbito de la Ley 48/1998, conforme a los preceptos de la misma citados más arriba, este Centro entiende que tales contratos quedarán sometidos en su ejecución a las normas de derecho privado. Como ya se indicó al principio de este informe, la Ley 48/1998 no determina cuál sea el carácter administrativo o privado de los contratos a los que afecta. Solamente cuando dichos contratos tengan

una cuantía igual o superior a las establecidas en el artículo 8 de la citada Ley se someten al régimen especial de la misma sobre publicidad y selección del contratista, así como al régimen de impugnaciones que establece (cfr. artículos 51 a 64) en caso de infracción de lo dispuesto en ella.

Finalmente, se reitera que, aun tratándose de contratos celebrados por el Ente público Puertos del Estado o por las Autoridades Portuarias de cuantía inferior a lo establecido en el citado artículo 8 de la Ley 48/1998, sujetos al Derecho privado conforme a los reiterados artículos 24.2 y 35.2 de la LPMM, habrán de someterse a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés de la entidad y homogeneización en el sistema de contratación del sector público.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Los contratos celebrados por el Ente Público Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias que en principio estén incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, pero cuyos importes sean inferiores a las establecidas en el artículo 8 de dicha Ley, se regirán por el ordenamiento jurídico privado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 24.2 y 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, si bien deberán someterse en todo caso, conforme a los mismos preceptos, a los principios de publicidad y concurrencia, salvaguarda del interés general y homogeneización del sistema de contratación en el sector público.

Segunda.- Los contratos celebrados por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias que estén incluidos en el ámbito de aplicación de la citada Ley 48/1998, conforme a sus artículos 3 y 5, y cuyos importes sean iguales o superiores a los señalados en el artículo 8 de la citada Ley estarán sometidos a los procedimientos de adjudicación y demás extremos regulados por la misma y, en lo no previsto por ella, al ordenamiento jurídico privado.

20.- Informe sobre ciertas dudas suscitadas acerca de la interpretación y alcance el artículo 7.2.g) de la Ley 48/1998 en relación con la posibilidad de contratación directa de servicios entre entidades adscritas al Ministerio de Fomento.

Resumen

Consulta sobre ciertas dudas suscitadas acerca de la interpretación y alcance del art. 7.2.g) de la Ley 48/98 ("Sectores excluidos") en relación con la posibilidad de contratación directa de servicios entre determinadas entidades adscritas al Ministerio de Fomento (RENFE, FEVE, AENA, Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, G.I.F. y SASEMAR). Conclusiones: 1ª) Las citadas entidades pueden considerarse como empresas asociadas entre sí a los efectos del art. 7.1.g) de la Ley 48/98 y, en consecuencia, excluidas de la aplicación de la misma los contratos de servicios que entre sí celebren aquellas entidades; 2ª) Respecto a los procedimientos y formas de adjudicación de los aludidos contratos deberá tenerse en cuenta lo indicado para cada una de las entidades en cuestión en el apartado II del informe.

Observaciones

El artículo 7.2.g) de la Ley 48/1998, relativo a las empresas asociadas ha sido sustituido por el artículo 18.4 y 5 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre de Sectores Excluidos.

Ref.: A.G. FOMENTO 1/01

Fecha: 9 de marzo de 2001

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 ciertas dudas suscitadas acerca de la interpretación y alcance del artículo 7.2.g) de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, en relación con la posibilidad de contratación directa de servicios entre determinadas entidades adscritas al Ministerio de Fomento y, correspondiendo a dicha consulta, tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio, y 92/13/CEE, de 25 de febrero, tiene por objeto, según dice 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 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, tal como se concreta en el artículo 3". Con mayor detalle se delimita después el ámbito de aplicación objetiva de la citada Ley positivamente, determinando para ello las actividades y los contratos incluidos en ella (artículos 3 y 5), y negativamente, relacionando las actividades y los contratos excluidos (artículos 4 y 7).

Entre los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, el artículo 7.2.g).i) de la misma se refiere a los contratos de servicios "que una entidad contratante celebre con una empresa asociada". Añade el mismo precepto que "a los efectos de esta Ley, se entenderá como empresa asociada la empresa que, en virtud del artículo 42 del Código de Comercio, presente cuentas anuales consolidadas con las de la entidad contratante. Se entenderá, asimismo, como empresa asociada, en el supuesto de entidades no incluidas en dicho precepto, aquella sobre la cual la entidad contratante pueda ejercer, directa o indirectamente,

una influencia dominante, según se define en el apartado 1.c) del artículo 2 de la presente Ley, o que pueda ejercer una influencia dominante sobre la entidad contratante, o que, como la entidad contratante, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que las rigen”

Prescindiendo de los casos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio (por no estar incluidas en el mismo las entidades a que se refiere la consulta), los supuestos que determinan la calificación de “empresa asociada” a los efectos de la Ley 48/1998 son los siguientes:

- 1) Que la entidad contratante pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, según se define ésta en el artículo 2.1.c) de la propia Ley, sobre la otra empresa (empresa asociada) o que esta última pueda ejercer dicha influencia sobre aquella entidad.

No cabe duda de que en este primer supuesto no puede incluirse, por no darse la circunstancia que sirve de base al mismo, a la Entidad pública Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) considerada en relación con las restantes entidades a que se refiere la consulta (Puertos del Estado, Autoridades Portuarias, Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles RENFE y Ferrocarriles de Vía Estrecha FEVE), ni, recíprocamente, a ninguna de estas últimas entidades en relación con AENA, puesto que ésta no ejerce influencia dominante, ni directa ni indirectamente, sobre aquéllas ni viceversa.

Tampoco es posible entender comprendidas en el supuesto de que se trata a RENFE y FEVE, ya que, partiendo de los diferentes objetos que tienen encomendados, RENFE (“RENFE llevará a cabo la gestión directa del servicio público de titularidad estatal, relativo a la explotación de los ferrocarriles de transporte público que se le encomienden ...”: artículo 2.1 del Estatuto de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, aprobado por Real Decreto 121/1994, de 28 de enero) y FEVE (“Constituye el objeto de FEVE explotar, suspender o levantar las líneas ferroviarias, extrañas a la competencia de la Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, que le encomiende el Gobierno, realizar las obras y servicios que sean convenientes para la mejor explotación de aquéllas, así como ampliar, renovar o mejorar los establecimientos y los medios de explotación”: artículo 3 del Decreto-Ley 11/1973, de 29 de diciembre, de Reorganización de los Ferrocarriles de Vía Estrecha), no existe ninguna vinculación orgánica, económica o de otro tipo entre ambas entidades que permita a una de ellas ejercer influencia dominante sobre la otra.

Sí es posible, en cambio, entender comprendidos en el primer supuesto de “empresas asociadas” al Ente Público Puertos del Estado en relación con las Autoridades Portuarias y viceversa, al ejercer el primero la indicada influencia dominante sobre las segundas en virtud de las normas que rigen las relaciones entre Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias; así, el artículo 26 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), según la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, encomienda a Puertos del Estado, en relación con las Autoridades Portuarias, funciones que permiten apreciar el ejercicio por aquel Ente de influencia dominante sobre estas últimas, como son, entre otras, la definición de los objetivos generales de gestión de las Autoridades Portuarias; la aprobación de la programación financiera y de inversiones de dichas entidades; la emisión de informe técnico sobre determinados proyectos que elaboren las Autoridades Portuarias; el ejercicio del control de eficiencia de la gestión y del cumplimiento de los objetivos fijados para cada una de las reiteradas entidades y el establecimiento de directrices técnicas, económicas y financieras del conjunto del sistema portuario.

- 2) Que tanto la “entidad contratante” como la “empresa asociada” estén sometidas “a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad o participación financiera o en virtud de las normas que las rigen” (artículo 7.2.g).i), inciso final).

No cabe duda de que todas las entidades públicas a que se refiere la consulta están sometidas, en cuanto entidades vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, a la “influencia dominante” de la misma, a través del Ministerio de Fomento como

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Departamento ministerial al que aquéllas se encuentran adscritas. Dicha influencia dominante resulta, en efecto, de las propias normas que rigen las relaciones entre la Administración General del Estado y las mencionadas entidades y por virtud de las cuales corresponde a la primera la dirección estratégica y la evaluación y el control de los resultados de la actividad que realicen esas entidades, el control económico-financiero de las mismas, el nombramiento de todos o parte de los miembros de sus órganos de dirección o gobierno y la aprobación o autorización de determinadas actuaciones de las repetidas entidades; así resulta tanto de las previsiones de la legislación general sobre Organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado (cfr. artículos 43.3, 44, 58, 59, etc. de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado LOFAGE) como de las previsiones de la normativa específica de cada una de las entidades en cuestión (en el caso de las Autoridades Portuarias, su dependencia del Ministerio de Fomento se instrumenta a través de Puertos del Estado, como indican los artículos 25 y 35.3 de la LPMM y confirma el más arriba citado artículo 26 de la misma Ley).

Ahora bien, si, según acaba de decirse, la Administración General del Estado ejerce influencia dominante sobre las entidades a que alude la consulta, cabría cuestionar si la relación entre aquella Administración y esas entidades y la influencia dominante que la primera ejerce sobre las segundas permite o no apreciar el segundo supuesto de empresas asociadas a que ahora se alude, y ello en razón de que el inciso final del artículo 7.2.g).i) de la Ley 48/1998 se refiere a la influencia dominante de “otra empresa”, pero ni la Administración General del Estado ni el Ministerio de Fomento (como Departamento ministerial de adscripción de las reiteradas entidades) son empresas en el sentido de aquella Ley; así, este texto legal diferencia en su artículo 2, al fijar el ámbito de aplicación subjetiva de la propia Ley, las empresas (públicas o privadas), a las que se refiere el apartado 1 (letras c) y d) de dicho precepto, y la Administración General del Estado (y demás Administraciones Públicas territoriales y Organismos autónomos dependientes de aquélla y éstas), a la que alude el apartado 2, y, en el mismo sentido, la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, diferencia los denominados por ella “Poderes públicos”, en los que queda comprendido el Estado (artículo 1.1), y las empresas públicas (artículo 1.2).

A juicio de este Centro Directivo, es posible resolver la cuestión enunciada en el párrafo anterior, no obstante lo dicho en el mismo sobre la distinción que el artículo 2 de la repetida Ley 48/1998 hace entre la Administración General del Estado (y otras Administraciones Públicas territoriales) y las “empresas”, en sentido afirmativo, es decir, en sentido favorable a la inclusión del supuesto de que ahora se trata en la previsión del inciso final del artículo 7.2.g).i) de aquella Ley, y ello en virtud de la aplicación analógica de dicho precepto e inciso, en cuanto a la consideración como empresas asociadas de la entidad contratante y de otra empresa cuando ambas estén sometidas a la influencia dominante de otra (tercera) empresa por razón de propiedad, participación financiera o en virtud de las normas que las rigen.

Para razonar la aplicación analógica señalada, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la distinción que efectúa el artículo 2 de la Ley 48/1998 entre Administración General del Estado (y otras Administraciones Públicas territoriales) y las empresas se formula a los efectos de excluir la actividad contractual de aquella Administración del ámbito de aplicación de la citada Ley (el artículo 2 lleva por rúbrica “ámbito de aplicación subjetiva”) y, en el caso a que se refiere el presente informe, de lo que se trata no es de la actividad contractual de la reiterada Administración, sino de la contratación de ciertas entidades públicas vinculadas o dependientes de dicha Administración entre sí mismas, lo que es cosa distinta.

Partiendo de la anterior premisa, y dado que los fines que persiguen la Directiva 93/38/CEE, y, en cuanto norma de transposición de ella, la Ley 48/1998, son eminentemente económicos asegurar, a través de la aplicación de los principios de no discriminación y concurrencia y de la prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías y prestación de

servicios, la libre competencia en los sectores a que se refiere la norma comunitaria, con la consiguiente apertura de los mercados, según se desprende del preámbulo de la mencionada Directiva, puede y debe tomarse asimismo en consideración la perspectiva económica en la interpretación del artículo 7.2.g.i) del repetido texto legal. Pues bien, desde esta perspectiva, no se advierte ninguna diferencia entre la situación (económica) que contempla el inciso final del mencionado precepto, es decir, la de una entidad contratante y una empresa que estén sometidas a la influencia dominante de una tercera empresa y la situación (también económica) que se produce en el caso que se examina, esto es, la de dos entidades públicas (cualesquiera que sean de entre las aludidas en la consulta) que contratan entre sí estando sometidas ambas a la influencia dominante de una tercera entidad (Administración General del Estado), aunque ésta no tenga el carácter de “empresa” en los estrictos términos de la Ley 48/1998. Así las cosas, puede entenderse cumplido el requisito que conforme al artículo 4.1 del Código Civil determina la aplicación analógica de las normas jurídicas, cual es el de la “identidad de razón” entre un supuesto específico no contemplado por la norma de que se trate y otro semejante regulado por ella.

En suma, esta Dirección entiende que las Autoridades Portuarias tienen la consideración de “empresas asociadas” respecto del Ente público Puertos del Estado, por ejercer este último influencia dominante sobre aquéllas (primero de los supuestos examinados) y que, por otra parte, las restantes entidades públicas a que se refiere la consulta tienen también, entre ellas y respecto de Puertos del Estado y de las distintas Autoridades Portuarias, la condición de entidades y empresas asociadas en virtud de la aplicación analógica del artículo 7.2.g.i), inciso final, de la Ley 48/1998 (segundo de los supuestos examinados). De lo que deriva, a su vez, la conclusión de que los contratos de servicios que celebren entre sí dos (o más) de las entidades en cuestión están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998.

- II -

Alcanzada la anterior conclusión, debe examinarse cuáles sean las consecuencias que deriven del hecho de que los contratos de servicios que concierten entre sí las entidades públicas a que se refiere el escrito de consulta estén excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998.

La disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) establece, en su apartado 2, párrafo primero, que “las entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, se regirán, en lo no previsto en la misma, por sus normas de contratación específicas.” Aunque este precepto sólo remite literalmente a las aludidas normas de contratación específicas “en lo no previsto” en la citada Ley, es lógico entender (también por “identidad de razón”) que la regla de la remisión a esas normas específicas es igualmente aplicable cuando se trate de materias expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la repetida Ley, como acontece, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.2.g.i) de la misma, con los contratos de servicios a que alude la consulta.

Pues bien, remitiéndose la disposición adicional undécima, apartado 2, párrafo primero, del TRLCAP a las normas de contratación específicas de las respectivas entidades públicas, resulta necesario examinar, para cada una de las entidades a que se refiere la consulta, lo que dispone su normativa de contratación (referida, como es lógico, a los supuestos en que aquélla actúe como “entidad contratante”, es decir, como receptora de la prestación en el presente caso, los servicios a que se obligue, a cambio de un precio, la empresa contratista).

RENFE Y FEVE

El artículo 74 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social dispone que “las entidades de derecho público Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles (RENFE) y Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE) adoptarán la

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

configuración de Entidad Pública Empresarial de las previstas en la letra b) del apartado 1 del artículo 43 de la Ley 6/1997:"

Esta configuración de RENFE y FEVE como entidades públicas empresariales, determina que sea aplicable a ambas lo dispuesto en el artículo 57.1 de la LOFAGE, según el cual "la contratación de las entidades públicas empresariales se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas." Las previsiones a que se refiere el precepto transcrito son, respecto a las entidades ahora examinadas, las contenidas en el artículo 2.1 del TRLCAP.

En efecto, no siendo, obviamente, RENFE y FEVE Administraciones Públicas territoriales comprendidas en el artículo 1.2 del TRLCAP, así como tampoco Organismos autónomos, ni pudiendo incluirse entre las entidades de derecho público a que se refiere el artículo 1.3 del citado texto legal, ya que no cumplen el requisito establecido en la letra a) de dicho precepto y apartado, cual es el de que se trate de entidades "que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil", pues el transporte de personas y mercancías, para el que fueron creadas y al que se dedican las dos entidades mencionadas, constituye una actividad mercantil (por concurrir los elementos subjetivo y objetivo que exige el artículo 349 del Código de Comercio para afirmar la mercantilidad de esa actividad), ha de concluirse que RENFE y FEVE están comprendidas en el artículo 2.1 del TRLCAP, que se refiere a "las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior." Establecida esta primera conclusión, se estima oportuno añadir una precisión, y es que la remisión a las normas de contratación específicas de las entidades públicas que efectúa el más arriba transcrito párrafo primero del apartado 2 de la disposición adicional undécima del TRLCAP no puede entenderse hecha, en el caso de RENFE y FEVE, a las normas que para una y otra entidad contenían sus respectivos Estatutos (aprobados por Real Decreto 121/1994, de 28 de enero, y Decreto 584/1974, de 21 de febrero, respectivamente), ya que dichas normas fueron derogadas por una norma posterior y de rango superior, cual es la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

Hecha la anterior precisión, debe indicarse que el artículo 2.1 del TRLCAP dispone lo siguiente:

"Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior (referido a las Administraciones Públicas territoriales, a los Organismos autónomos y a las entidades de Derecho público incluidas en su apartado 3) quedarán sujetas a las prescripciones de esta Ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, respecto de los contratos en los que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de contratos de obras y contratos de consultoría y asistencia y servicios relacionados con los primeros, siempre que su importe, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea igual o superior a 891.521.645 pesetas (5.358.153 euros equivalentes a 5.000.000 de derechos especiales de giro) si se trata de contratos de obras, o a 35.660.846 pesetas (214.326 euros equivalentes a 200.000 de derechos especiales de giro) si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados.
- b) Que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas:"

A la vista del precepto que acaba de transcribirse, y en relación con los contratos de servicios que concierten como entidades contratantes RENFE y FEVE, han de distinguirse los siguientes supuestos:

- 1) Contratos de servicios a que se refiere el artículo 2.1 del TRLCAP. Es claro que respecto de estos contratos y por expresa determinación del citado precepto, RENFE y FEVE han de ajustarse a las prescripciones del TRLCAP sobre publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación.

2) Contratos de servicios distintos de los anteriores. En relación con estos contratos cabría entender, en principio, que, puesto que el artículo 2.1 del TRLCAP no se refiere a ellos, RENFE y FEVE podrían concertarlos sin necesidad de cumplir ningún requisito específico de carácter formal o procedimental. Sin embargo, este Centro Directivo considera que tal conclusión no sería razonable por los motivos que se exponen a continuación.

Habida cuenta de que la disposición adicional sexta del TRLCAP preceptúa que “las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos o Entidades de Derecho público se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios,” debe entenderse (de nuevo cabe invocar aquí la “identidad de razón”) que RENFE y FEVE han de sujetarse también en la adjudicación de los contratos de servicio de que se trata a los referidos principios, pues no sería coherente que unas entidades de derecho privado, como son las sociedades mercantiles, tuvieran que ajustarse a los principios de publicidad y concurrencia por la circunstancia de que sea mayoritaria la participación en su capital de entidades de Derecho público y, en cambio, que las propias entidades de Derecho público no se ajustasen a los repetidos principios. Este criterio viene a quedar confirmado por el hecho de que la disposición adicional undécima.2 del TRLCAP, tras establecer en su párrafo primero que “las entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, se regirán en lo no previsto en la misma, por sus normas de contratación específicas,” añade en su párrafo segundo que “el Ministerio al que estuvieran adscritas las citadas entidades podrá aprobar, cuando el régimen de contratación de las mismas sea el de Derecho privado (como es el caso de RENFE y FEVE, salvo en los extremos de que se viene tratando), normas o condiciones generales de contratación, a fin de asegurar la homogeneización de éstas y el respeto a los principios de publicidad, concurrencia y no discriminación de la contratación del sector público ...”

No obstante lo anterior, sería admisible, en opinión de este Centro, la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos a que se refiere el artículo 210 del TRLCAP, porque si en dichos supuestos las Administraciones Públicas territoriales, Organismos autónomos y entidades públicas comprendidas en el artículo 1 del TRLCAP y que están sometidas al régimen de contratación pública más riguroso pueden utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, es lógico entender que también podrán utilizar dicho procedimiento RENFE y FEVE en los supuestos enumerados en el artículo 210 del TRLCAP, ya que en otro caso se aplicaría a dichas entidades un régimen de contratación más riguroso que el que corresponde a las aludidas Administraciones Públicas y entidades públicas incluidas en el artículo 1 del repetido texto legal y que, como se ha dicho, están sometidas al régimen de contratación más rígido (íntegra aplicación de las prescripciones del TRLCAP).

Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA)

El artículo 64.uno de la más arriba citada Ley 50/1998, de 30 de diciembre, dispone que “el ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea adoptará la configuración de Entidad Pública Empresarial de las previstas en la letra b) del apartado 1 del artículo 43 de la Ley 6/1997 y se regirá por las disposiciones de dicha Ley y lo dispuesto en este artículo”

Esta configuración de AENA como entidad pública empresarial permitiría entender, en principio, que el régimen de contratación de dicha entidad pública es el mismo que corresponde a RENFE y FEVE, en virtud de lo dispuesto en el artículo 57.1 de la LOFAGE, en relación con el artículo 2.1 del TRLCAP. Ocurre, sin embargo, que la Ley 48/1998 contiene una específica previsión sobre el régimen de contratación de AENA, en cuanto que su disposición adicional cuarta.1 establece que “el Organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), en lo no previsto en la presente Ley, ajustará su régimen de contratación al derecho privado.”

Pues bien, existiendo una previsión normativa específica sobre el régimen de contratación de AENA, y dado que dicha previsión está contenida en una norma con rango de Ley posterior

a la LCAP y a la LOFAGE, habrá de estarse a ella. Partiendo de esta premisa, no cabe duda de que los contratos que adjudique AENA se rigen sin excepción alguna, en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho privado; ahora bien, cabría plantearse si la aplicación del régimen del Derecho privado excluye o no la observancia de los principios de publicidad y concurrencia. A juicio de esta Dirección, la remisión que la disposición adicional cuarta.1 de la Ley 48/1998 hace al Derecho privado sin establecer excepción o matización alguna (a diferencia de otras normas legales que imponen a entidades públicas sometidas en su actividad contractual al Derecho privado la observancia de los principios de publicidad y concurrencia), permite entender que AENA no ha de observar necesariamente dichos principios en los contratos excluidos de aquella Ley que adjudique.

Ente Público Puertos del Estado y Autoridades Portuarias

Comenzando, por razones de conveniencia expositiva, por las Autoridades Portuarias, debe señalarse que esta Dirección manifestó su criterio sobre el régimen de contratación de dichas entidades en un informe de 26 de febrero de 1996 (ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 12/95) en el que se establecieron las siguientes conclusiones:

“Primera.- Las Autoridades Portuarias están incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva delimitado por el artículo 1.3 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por concurrir en aquéllas los requisitos exigidos por los apartados a) y b) de dicho precepto.

Segunda.- Por razón de la actividad que les está encomendada, las Autoridades Portuarias están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, siéndoles, por tanto, de aplicación la disposición transitoria sexta.2 de la ley 13/1998.

Tercera.- Como consecuencia de lo anterior, y hasta tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/38/CEE, las Autoridades Portuarias continuarán rigiéndose en su actividad contractual por lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, lo que se traduce en la aplicación del ordenamiento jurídico privado, aunque sujetándose a los principios de publicidad y libre concurrencia propias de la contratación administrativa.”

Pues bien, una vez efectuada la incorporación de la Directiva 93/38/CEE a la legislación española por la Ley 48/1998, lo que ha dejado sin efecto el mandato que contenía la disposición transitoria sexta.2 de la LCAP, y dado que los contratos de servicios a que se refiere la consulta están excluidos, por las razones indicadas en el apartado I del presente informe, del ámbito de aplicación de la citada Ley 48/1998, ha de entenderse que el régimen jurídico a que ha de someterse actualmente la contratación de las Autoridades Portuarias que esté excluida del ámbito de aplicación de la repetida Ley (es decir, el régimen determinado por sus “normas de contratación específica,” en palabras de la disposición adicional undécima.2, párrafo primero, del TRLCAP) no es otro que el de la íntegra y completa aplicación de las prescripciones del TRLCAP, en cuanto entidades comprendidas en el ámbito de aplicación subjetiva de dicho texto legal delimitado por su artículo 1.3, debiendo, por tanto, mantenerse la primera conclusión del citado informe de este Centro Directivo de 26 de febrero de 1996.

En efecto, resumiendo lo que se decía en dicho informe a propósito de la imposibilidad de calificar como mercantil o industrial el fin de interés general que las Autoridades Portuarias satisfacen (el primer requisito exigido por el artículo 1.3 del TRLCAP para que una entidad pública esté incluida en el ámbito de aplicación de dicho texto legal delimitado por ese precepto consiste en que haya sido creada para satisfacer específicamente una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil), las entidades de que se trata prestan los servicios portuarios que relaciona el artículo 66 de la LPMM, algunos de los cuales son calificables como mercantiles (practicaje, remolque portuario, almacenamiento de mercancías), pero al mismo tiempo destacan, no tanto por su número cuanto por su importancia

cualitativa, las restantes actividades o funciones de las Autoridades Portuarias que enumeran los artículos 36 y 37 de la LPMM y en las que sin especial esfuerzo se advierte una clara connotación jurídico-pública, bien por suponer el ejercicio de potestades que, en cuanto tales, se traducen en actos de autoridad, bien por tratarse de funciones típicamente administrativas. En este sentido pueden mencionarse la autorización y control de las operaciones marítimas y terrestres relacionadas con el tráfico portuario; la elaboración del reglamento de policía del puerto respectivo y el control del incumplimiento en el ámbito portuario de los reglamentos de mercancías peligrosas; la imposición de sanciones por razón de la comisión de las infracciones tipificadas en el Capítulo III del Título IV de la LPMM; la inspección del funcionamiento del sistema de señalización marítima, etc., funciones todas ellas que constituyen supuestos característicos del ejercicio de potestades administrativas; por otra parte, la ordenación de la zona de servicio del puerto; la planificación, proyecto y construcción de las obras portuarias y señales marítimas, que se integran en el dominio público portuario del Estado; la gestión del dominio público portuario en lo que se comprende el otorgamiento de las oportunas concesiones y autorizaciones y, en fin, la coordinación de las operaciones de los distintos medios de transporte en el espacio portuario constituyen actividades administrativas típicas. Así las cosas, y como quiera que las modificaciones de la LPMM operadas por la ley 62/1997, de 26 de diciembre, no han afectado a la concurrencia en las Autoridades Portuarias de los requisitos establecidos en la letra b) del artículo 1.3 del TRLCAP, ha de concluirse, como ya se anticipó, que son aplicables a dichas entidades, como contratantes, las prescripciones del TRLCAP en aquellos contratos de aquéllas que estén excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, como es el caso de los contratos de servicios a que se refiere la consulta. En consecuencia, las Autoridades Portuarias habrán de observar, en relación con dichos contratos, las previsiones contenidas en los artículos 208 a 210 del TRLCAP sobre procedimientos y formas de adjudicación.

Por lo que se refiere al Ente público Puertos del Estado, deben darse por reproducidas, *mutatis mutandis*, las consideraciones expuestas a propósito de las Autoridades Portuarias. Por tanto, y en relación con los contratos que estén excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, se trata de una entidad comprendida en el ámbito de aplicación subjetiva del TRLCAP delimitado por su artículo 1.3, lo que se traduce, como acontece con las Autoridades Portuarias, en que le sean aplicables, en cuanto entidad contratante, la totalidad de las prescripciones del TRLCAP. En consecuencia, el Ente público Puertos del Estado habrá de observar, en relación con los contratos de servicios a que se refiere la consulta, las previsiones contenidas en los artículos 208 a 210 del TRLCAP sobre procedimientos y formas de adjudicación.

Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF)

Aunque en la consulta no se alude a esta entidad pública, se estima oportuno examinar su régimen de contratación, por tratarse de una entidad adscrita al Ministerio de Fomento y, por tanto, sometida a la "influencia dominante" del mismo que se encuentra incluida en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 48/1998 y, como tal, expresamente mencionada entre las entidades contratantes enumeradas en la disposición adicional tercera, apartado VI, de dicho texto legal.

El artículo 65.uno de la Ley 50/1998 dispone que "a los efectos de lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, el Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias adoptará la configuración de entidad pública empresarial de las previstas en la letra b) del apartado 1 del artículo 43 de la Ley 6/1997 y se regirá por las disposiciones de dicha Ley y lo dispuesto en este artículo".

Configurado el GIF como entidad pública empresarial, cabría entender que el régimen a que ha de someterse en su actividad contractual es (como se vio en los casos de RENFE y FEVE) el que resulta de lo dispuesto en el artículo 57.1 de la LOFAGE en relación con el artículo 2.1 del TRLCAP. Sin embargo, en los casos en que el GIF actúe como entidad

contratante ha de tenerse en cuenta la norma específica contenida en el apartado cuatro del ya citado artículo 65 de la Ley 50/1998, a cuyo tenor “la contratación (del GIF) se regirá por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o por las normas de derecho privado, con las especificaciones contenidas en su Ley de creación”.

Pues bien, remitiéndose el precepto que acaba de transcribirse a la Ley de creación del GIF, que fue la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, debe acudir al artículo 160.cuatro de dicha Ley, que dispone lo siguiente:

“La construcción de la infraestructura ferroviaria, incluidas la electrificación y señalización, se efectuará de acuerdo con las prescripciones siguientes:

(...)

- b) El Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias tramitará los expedientes de contratación y será el ente contratante, ajustando su actividad a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, salvo en lo concerniente a la electrificación y señalización, respecto de lo que será de aplicación lo dispuesto en el número cinco de este artículo”.

Por su parte, el apartado cinco del mismo artículo establece que “el mantenimiento de la infraestructura ferroviaria y la gestión de los sistemas de regulación y seguridad se llevará a cabo por el Ente Gestor de Infraestructuras Ferroviarias con sujeción al ordenamiento jurídico privado y con observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los términos que precise el Estatuto del ente”.

Los apartados del artículo 160 de la Ley 13/1996 transcritos en lo pertinente han de ser completados con los artículos 11, 16 y 38.1 del Estatuto del GIF aprobado por Real Decreto 613/1997, de 25 de abril, conforme a los cuales pueden distinguirse tres clases de contratos:

- 1) Contratos de obras de construcción de la infraestructura ferroviaria. Según dispone el artículo 11.2 del citado Estatuto, “tales contratos, salvo los de obras relativas a la electrificación y señalización de la infraestructura, tendrán carácter administrativo y se regirán por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y sus normas complementarias y de desarrollo ...”.
- 2) Contratos de mantenimiento de la infraestructura y de gestión de los sistemas de seguridad. Estos contratos se rigen, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las reglas establecidas en el artículo 16.2 del Estatuto antes citado y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho privado, según dispone el apartado 3 del citado precepto.
- 3) Contratos distintos de los indicados anteriormente. Estos contratos se rigen también, en cuanto a su preparación y adjudicación, por las reglas establecidas en el artículo 16.2 del Estatuto del GIF y, en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho privado, según resulta de lo dispuesto en el artículo 38.1 del reiterado Estatuto.

Estando comprendidos los contratos de servicios a que se refiere la consulta en la tercera clase o categoría de las reseñadas y remitiéndose el artículo 38.1 del Estatuto del GIF, en lo que respecta a la preparación y adjudicación de dichos contratos, a las reglas establecidas en el apartado 2 del artículo 16 del propio Estatuto, ha de tenerse presente que este último precepto y apartado dispone lo siguiente:

“El régimen jurídico de tales contratos se ajustará a las reglas siguientes en cuanto a su preparación y adjudicación:

- a) Si se trata de contratos incluidos dentro del ámbito de la Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, será de aplicación ésta. Asimismo, se observarán, en cuanto a la publicación

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

en el 'Boletín Oficial del Estado', las normas sobre la materia contenidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuando se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la mencionada Directiva, se aplicarán las normas en las que se haya procedido a tal incorporación.

- b) En otro caso, se observarán los principios de publicidad y concurrencia mediante la publicación de, al menos, un anuncio en dos diarios de difusión nacional. Con carácter excepcional, y en atención a la naturaleza y objeto del contrato, podrá prescindirse de tal publicación mediante acuerdo del Consejo de Administración, debiendo en tal supuesto solicitarse ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto de contrato sin que su número sea inferior a tres siempre que ello sea posible. No será exigible la observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos menores, teniendo esta consideración aquéllos cuyo precio no sobrepase las siguientes cantidades: 10.000.000 de pesetas en los contratos de obras y 5.000.000 de pesetas en los demás contratos."

Pues bien, dado que los contratos de servicios a que se refiere la consulta están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 48/1998 (el precepto estatutario transcrito se refiere a la Directiva 93/38/CEE, pues en la fecha en que se promulgó el Estatuto del GIF no se había efectuado aún la transposición de dicha norma comunitaria a la legislación española) en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.2.g).i) de aquella Ley, habrá de estarse, en lo que respecta a la adjudicación de dichos contratos, a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16.2 del Estatuto del GIF.

En consecuencia, el GIF deberá observar en los contratos de servicios de que se trata los principios de publicidad y concurrencia mediante la publicación de, al menos, un anuncio en dos diarios de difusión nacional, si bien podrá prescindirse de tal publicación en atención a la naturaleza y objeto de contrato y mediante acuerdo del Consejo de Administración del Ente en cuestión, debiendo en tal caso solicitarse ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato "sin que su número sea inferior a tres, siempre que ello sea posible." Por otra parte y siempre según el artículo 16.2.b) del Estatuto del GIF no será exigible la observancia de los principios de publicidad y concurrencia en los contratos de servicios cuyo presupuesto no sobrepase la cantidad de 5.000.000 pesetas.

- III -

Finalmente, esta Dirección considera conveniente hacer referencia a la contratación de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima en el aspecto a que alude el escrito de consulta en su párrafo cuarto, es decir, para determinar si, al amparo del artículo 7.2.g) de la Ley 48/1998, "es viable la contratación directa entre las citadas entidades (las mencionadas en los apartados anteriores de este informe) ... y otras adscritas asimismo al Departamento (de Fomento) como la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR)". Ahora bien, como al plantear esta cuestión no se especifica si se contempla a SASEMAR como posible entidad contratante de servicios o como empresa contratista de los mismos, parece oportuno examinar sucesivamente ambas hipótesis.

- A) En el supuesto de que SASEMAR pretendiese actuar como entidad contratante (de servicios a prestar por alguna de las restantes entidades mencionadas en este informe), habría de tenerse en cuenta que, aunque a la vista de algunas de las actividades que integran el objeto de aquélla ("prestación de servicios de búsqueda, rescate y salvamento marítimo, de control y ayuda al tráfico marítimo, de prevención y lucha contra la contaminación del medio marino, de remolque y embarcaciones auxiliares, así como la de aquéllos complementarios de los anteriores," según dispone el artículo 90 de la LPMM) pudieran suscitarse ciertas dudas, el hecho es que la actividad de SASEMAR como entidad contratante no está incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

(por eso no está mencionada en la disposición adicional tercera de la misma), lo que tiene por consecuencia que los contratos que adjudique SASEMAR tampoco están comprendidos en aquel ámbito, sin que, por tanto, se plantee, en relación con dichos contratos, la cuestión relativa a su posible exclusión de la reiterada Ley por razón de lo dispuesto en su artículo 7.2.g.i).

Dicho lo anterior, ha de añadirse que este Centro Directivo examinó en un informe de 10 de julio de 1995 (ref.: A.G. MOPTMA 122/95), la cuestión relativa a la aplicación o no a la repetida entidad pública de la LCAP, concluyéndose que “la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) debe ajustar su actividad contractual a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por estar incluida en el ámbito de aplicación subjetiva de dicha ley, conforme resulta del artículo 1.3 de la misma” (conclusión primera).

Pues bien, no habiéndose producido desde la fecha en que se emitió el aludido informe ninguna modificación normativa que haya afectado al régimen contractual de la entidad pública de que se trata (el Real Decreto 370/1999, de 5 de marzo, atribuye a SASEMAR el carácter de entidad pública empresarial comprendida en el artículo 43.1.b) de la LOFAGE, pero ello no afecta a aquel régimen), debe mantenerse la conclusión citada. Por consiguiente, SASEMAR habría de observar, respecto de los contratos de servicios que adjudicase, las previsiones contenidas en los artículos 208 a 210 del TRLCAP.

B) En el caso de que alguna de las entidades mencionadas en el apartado II de este informe se propusiera celebrar con SASEMAR un contrato de servicios a prestar por ésta, que asumiría, en consecuencia la condición de empresa contratista, tal contrato estaría comprendido en la regla contenida en el artículo 7.2.g.i) de la Ley 48/1998, por tratarse de un contrato entre una entidad de las sujetas a dicha Ley y una empresa asociada a la misma en los términos del precepto citado, en cuanto una y otra están sometidas a la influencia dominante de la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Fomento, como seguidamente se verá.

Una vez razonada en el apartado precedente la sumisión de las entidades allí contempladas a la aludida influencia ministerial, debe llegarse a la misma conclusión respecto a SASEMAR. En efecto, a tenor del artículo 89.4 de la LPMM, “el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (actualmente Fomento) fijará las directrices de actuación de la Sociedad (SASEMAR), aprobará el plan anual de objetivos, efectuará el seguimiento de su actividad y ejercerá, sin perjuicio de otras competencias, el control de eficacia de acuerdo con la normativa vigente”. Además, dado que SASEMAR tiene actualmente el carácter de entidad pública empresarial (cfr. Real Decreto 370/1999, antes citado), le son aplicables los preceptos que en análogo sentido contiene, respecto a las entidades de aquella clase, la LOFAGE (cfr., en especial, los artículos 43.3, 44, 58 y 59, más arriba citados).

En suma, los contratos de servicios que pudiera adjudicar alguna de las entidades citadas en el apartado anterior de este informe (como entidad contratante) a SASEMAR (como empresa contratista) estarían comprendidos en el artículo 7.2.g.i) de la Ley 48/1998 y, por consiguiente, excluidos del ámbito de aplicación de la misma.

En cuanto a la normativa aplicable a estos contratos y, en particular, a los procedimientos y formas de su adjudicación no es posible establecer una conclusión uniforme, puesto que ello dependería de cuál fuera la entidad contratante, debiendo estarse a lo que se indicó en el apartado anterior de este informe para cada una de las entidades allí contempladas.

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.- Las entidades públicas Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles, Ferrocarriles de Vía Estrecha, Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, Puertos del Estado, Autoridades Portuarias y Gestor de Infraestructuras Ferroviarias pueden considerarse como empresas asociadas entre sí a los efectos de lo dispuesto en el artículo 7.2.g).i) de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan la ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio, y 92/13/CEE, de 25 de febrero.

Segunda.- Como consecuencia de lo anterior, los contratos de servicios que concierten las referidas entidades públicas entre sí están excluidos del ámbito de aplicación de la citada Ley 48/1998.

Tercera.- En relación con los procedimientos y formas de adjudicación de los aludidos contratos, debería tenerse en cuenta lo indicado para cada una de aquellas entidades públicas en el apartado II del presente informe.

Cuarta.- Respecto a los contratos de servicios que, en su caso, celebren las entidades citadas en la conclusión primera con la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, debería tenerse presente lo expuesto en el apartado III para cada una de las dos hipótesis que allí se contemplan.

21.- Informe sobre la adecuación a derecho del expediente de modificación de obras de la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” tramitado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas

Resumen

Consulta sobre la adecuación a Derecho de la modificación del contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía.” Régimen jurídico al que, por la fecha del contrato, debía ajustarse la actividad contractual de la Autoridad Portuaria de Las Palmas: referencia a informes anteriores de este Centro Directivo; reglas de adjudicación de la Ley 48/1998 y Derecho privado en cuanto al fondo. Posibilidad de que, desde la perspectiva jurídico-privada pueda efectuarse la modificación pretendida (novación impropia o modificativa). Imprudencia de que, desde la perspectiva jurídico-pública que comportan las exigencias de la Ley 48/98 se realice esa modificación, por infringirse, dada la magnitud de la misma, los principios de publicidad y concurrencia a que está sometida la entidad pública contratante: jurisprudencia del TS y dictámenes del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la infracción de dichos principios en los casos de modificaciones de carácter sustancial de contratos que se pretendan adjudicar al contratista originario.

Observaciones

La Ley 48/1998, de 30 de diciembre ha sido sustituida y derogada por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Sectores Excluidos.

Ref.: A.G. Fomento 15/04

Fecha: 29 de octubre 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.S. sobre la adecuación a Derecho del expediente de modificación del contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” tramitado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

- 1º) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, en sesión celebrada el 12 de noviembre de 2002, resolvió adjudicar el contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” a la Unión Temporal de Empresas formada por “FCC Construcción, S.A.” “Dragados Obras y Proyectos, S.A.” “Construcciones Especiales y Dragados, S.A.” y “Matías Marrero Construcciones y Obras, S.A.” El referido contrato se formalizó el 26 de diciembre de 2002, suscribiéndose el acta de comprobación del replanteo el 30 de diciembre siguiente.
- 2º) Iniciada la ejecución del contrato y accediendo a los requerimientos formulados por diversas Administraciones Públicas –que habían solicitado a la Autoridad Portuaria de Las Palmas la paralización de las obras y el estudio de alternativas al proyecto–, el Consejo de Administración de la citada Entidad pública adoptó, en sesión celebrada el 10 de octubre de 2002, el siguiente acuerdo:

“Autorizar al Presidente para negociar con la UTE adjudicataria del contrato las modificaciones técnicas y jurídicas necesarias que permitan:

- 1º. Que la prolongación del Dique Reina Sofría sea la estricta y necesaria para abrigar los muelles de León y Castillo, en cualquier circunstancia de mar, sin cambiar la tipología del dique.
- 2º. Que las condiciones de acceso de embarcaciones sean lo más amplias posibles, no empeorando las condiciones actuales.
- 3º. Respeto de los derechos adquiridos por los adjudicatarios del contrato.
- 4º. Adecuación técnica y jurídica utilizada en la modificación contractual, al fin perseguido: el interés público.
- 5º. Respeto al ordenamiento jurídico y a las funciones y competencias reconocidas al Ente Público Puertos del Estado por la Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (modificada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre) particularmente en lo que se refiere a la aprobación técnica de la modificación que se acuerde (art. 26.1.d).
- 6º. Acometer las modificaciones con la celeridad necesaria que permita no suspender las obras actualmente en ejecución, en ningún momento.

Una vez realizadas estas negociaciones, la propuesta de modificación del contrato acordada será sometida, previo informe de la Abogacía del Estado acerca de su viabilidad jurídica, al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas para su ratificación”

- 3º) De acuerdo con los oportunos estudios, la modificación del contrato reseñado en el apartado 1 supondría la reducción de las obras de prolongación del “Dique Reina Sofía” en unos 704 metros (al pasar de 1192 metros previstos a 488 metros) y una correlativa disminución del presupuesto económico de ejecución del contrato del 46,38 por 100, pasando de 72.148.605,85 euros a 38.685.059,88 euros. El resto sobrante del precio del contrato hasta completar el importe de la adjudicación, es decir, 33.463.545,98 euros se abonaría a la Unión Temporal de Empresas adjudicataria por construir la obra denominada “Dique de la Esfinge”, situado en la Península del Nido, previsto en el plan de inversiones vigente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas autorizado por el Ente público Puertos del Estado.
- 4º) A petición del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y en relación con la posibilidad de negociar con la Unión Temporal de Empresas adjudicataria del contrato la modificación reseñada en el apartado anterior, subsistiendo el mismo vínculo contractual, la Abogacía del Estado en las Palmas emitió, el 27 de febrero de 2004, un informe en el que se formula la siguiente conclusión:

“Esta Abogacía del Estado, de acuerdo con las Consideraciones Jurídicas expuestas, informa favorablemente la posibilidad de negociar con la UTE adjudicataria del contrato de la obra Prolongación del Dique Reina Sofía una modificación del proyecto técnico en los términos expuestos en el escrito de petición del presente informe”

- 5º) Solicitado informe a la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento por el Presidente del Ente público Puertos del Estado a propósito de la conformidad a Derecho de la modificación del repetido contrato, dicha Abogacía del Estado lo evacuó el 28 de septiembre de 2004, formulando la siguiente conclusión:

“Esta Abogacía del Estado considera que no resulta ajustada a Derecho la modificación que la Autoridad Portuaria de las Palmas pretende introducir en el contrato para la prolongación del ‘Dique Reina Sofía’.

En concreto, se estima que dicha modificación resulta contraria a los principios de publicidad y concurrencia, los cuales resultan de obligado cumplimiento en la contratación por las Autoridades Portuarias (artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y artículo 10 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones). En la

Ley 48/1998, tales principios se recogen por transposición de las Directivas comunitarias, por lo que el expediente de modificación también resultaría contrario a lo establecido en ellas.

La vulneración de los principios de publicidad y concurrencia se ha producido, se estima, porque el efecto derivado del expediente de modificación no es una simple novación del contrato originario; sino el encargo al adjudicatario para que ejecute dos contratos sustancialmente distintos del que inicialmente se licitó. Para obtener este efecto, la Autoridad Portuaria debería convocar un nuevo concurso.”

6º) Ante la disparidad de criterio entre la Abogacía del Estado en las Palmas y la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, esta última, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, formula consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para la adecuada resolución de la cuestión planteada es necesario, ante todo, determinar el régimen jurídico al que, habida cuenta de las fechas de licitación y adjudicación de las obras de que se trata, debía ajustar su actividad contractual la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

Con fundamento en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) –artículo 35, apartados 1 y 2– y en las previsiones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, este Centro Directivo examinó en un informe de 26 de febrero de 1996 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 12/1995) el régimen de contratación de las Autoridades Portuarias, estableciendo las siguientes conclusiones:

“**Primera.-** Las Autoridades Portuarias están incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva delimitado por el artículo 1.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por concurrir en aquéllas los requisitos exigidos por los apartados a) y b) de dicho precepto.

Segunda.- Por razón de la actividad que les está encomendada, las Autoridades Portuarias están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/98/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, siéndoles, por tanto, de aplicación la disposición transitoria sexta.2 de la Ley 13/1995.

Tercera.- Como consecuencia de lo anterior, y hasta tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/98/CEE, las Autoridades Portuarias continuarán rigiéndose en su actividad contractual por lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, lo que se traduce en la aplicación del ordenamiento jurídico privado, aunque sujetándose a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa (...).”

Promulgada la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, este Centro Directivo emitió, el 8 de marzo de 1999 y a propósito del régimen jurídico al que debe someterse la contratación de las Autoridades Portuarias (y del Ente Público Puertos del Estado), un

informe (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 1/99) en el que se formularon las siguientes conclusiones:

Primera.- Los contratos celebrados por el Ente Público Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias que en principio estén incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, pero cuyos importes sean inferiores a los establecidos en el artículo 8 de dicha Ley, se regirán por el ordenamiento jurídico privado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 24.2 y 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, si bien deberán someterse en todo caso, conforme a los mismos preceptos, a los principios de publicidad y concurrencia, salvaguarda del interés general y homogeneización del sistema de contratación en el sector público.

Segunda.- Los contratos celebrados por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias que estén incluidos en el ámbito de aplicación de la citada Ley 48/1998, conforme a sus artículos 3 y 5, y cuyos importes sean iguales o superiores a los señalados en el artículo 8 de la citada Ley estarán sometidos a los procedimientos de adjudicación y demás extremos regulados por la misma y, en lo no previsto por ella, al ordenamiento jurídico privado”

Sentadas las anteriores conclusiones, ha de entenderse que al contrato de obras de que aquí se trata le son de aplicación las previsiones de la Ley 48/1998. En efecto, se cumple tanto la condición determinante de la aplicación subjetiva de la citada ley que establece su artículo 2.1 a) –al ser la Autoridad Portuaria de las Palmas una “entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas incluidas en el artículo 1.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos”–, como la condición determinante de la aplicación objetiva del referido texto legal que establece su artículo 3.b y que, bajo la rúbrica de “actividades incluidas;” dispone que “a los efectos de esta ley se consideran actividades relacionadas con el agua, la energía, los transportes, las telecomunicaciones, quedando incluidas en su ámbito de aplicación, las siguientes: (...) b) la explotación de una zona geográfica determinada para la realización de alguna de las actividades siguientes: (...) ii) puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, puertos marítimos o interiores u otros terminales de transporte.” Por otra parte, y partiendo de lo anterior, no cabe duda de que el contrato de obras de que aquí se trata está comprendido dentro de los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998 que enumera su artículo 5.a), así como que dicho contrato está incluido entre los previstos en el artículo 8.2.c) del repetido texto legal por rebasar su importe la suma de 836.621.683 pesetas.

Así las cosas, y a la vista de las conclusiones sentadas en los informes de este Centro Directivo de que se ha hecho mención antes, en particular, del segundo de dichos informes, ha de entenderse que el régimen jurídico del contrato de obras de que aquí se trata es el siguiente: 1) Dicho contrato está sometido a las reglas que sobre procedimientos de adjudicación establece la Ley 48/1998; 2) El repetido contrato está sometido, en cuanto a su régimen de fondo (efectos y extinción), al ordenamiento jurídico privado, dado que el citado texto legal no contiene previsiones sobre este extremo, es decir, no determina el carácter administrativo o privado de los contratos a que afecta; sólo cuando dichos contratos tengan una cuantía igual o superior a las establecidas en el artículo 8 se someten al régimen especial que instaura la propia Ley 48/1998 sobre publicidad y selección del contratista, así como al régimen de impugnaciones que establece en caso de infracción a lo dispuesto en ella.

- II -

Determinado en la forma que acaba de indicarse el régimen jurídico al que se somete el contrato de obra a que se refiere el presente informe y puesto que, según lo dicho, es aplicable al mismo el ordenamiento jurídico privado en cuanto a su régimen jurídico de fondo (efectos y extinción), no cabe duda de que, desde la perspectiva estrictamente jurídico-pri-

vada, sería admisible la modificación acordada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas por vía de novación del contrato adjudicado por dicha Entidad pública prestando para ello su consentimiento la adjudicataria del contrato.

En efecto, aunque el artículo 1156 del Código Civil (CC) enumere a la novación como causa extintiva en las obligaciones, es criterio doctrinal y jurisprudencial unánime que la novación actúa también como figura modificativa y no sólo extintiva de las obligaciones y, por extensión, de los contratos; a este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede sintetizarse en las siguientes reglas o criterios:

- 1) “Lo normal es que exista novación modificativa no extintiva, pues esta última se configura como excepcional en los artículos 1203, 1204 y 1207 del CC, y ello porque la novación no se presume nunca y debe constar de forma expresa; por lo que no puede declararse en virtud de presunciones únicamente, por muy razonables que sean –sentencia de 11 de febrero de 1965–. Por consiguiente, hay que estimar novadas de un modo puramente modificativo, no extintivo, las obligaciones en las que se expresa o tácitamente se modifican por acuerdo bilateral las condiciones primitivamente establecidas” (sentencia de 23 de julio de 1991).
- 2) “Para estimar la existencia de una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla, sin necesidad de constancia de carácter documental y es por ello por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido también con harta reiteración y de la que son muestra las sentencias de 16 de febrero de 1983, 4 de junio y 21 de diciembre de 1985 y 10 de julio y 8 de octubre de 1986, que las cuestiones relativas a la apreciación de hechos determinantes de la novación es facultad propia de la Sala sentenciadora en la instancia” (sentencia de 26 de enero de 1988).
- 3) “El concepto romano de novación está ampliado considerablemente en el Derecho español, que incluye dentro de aquél no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa) y el deslinde entre una y otra ha de hacerse teniendo en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación de tal modo que si ésta subsiste, pero varía alguna de sus condiciones principales, permitiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia” (sentencia de 16 de febrero de 1983).
- 4) “Según tiene declarado esta Sala, en casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la novación modificativa y no la extintiva de la obligación” (sentencia de 29 de enero de 1982).

Admitida, a la vista de la jurisprudencia de que se ha hecho mención, la figura de la novación impropia o simplemente modificativa de una obligación preexistente, constituyendo dicha novación impropia la regla o norma general, no cabe apreciar ningún impedimento jurídico para que las partes que han dispuesto la autorregulación de sus respectivos intereses mediante el otorgamiento del oportuno contrato puedan, en aplicación del principio general de autonomía de la voluntad que sanciona el artículo 1255 del CC, introducir en dicho contrato, subsistiendo el mismo vínculo contractual, las modificaciones que tengan por conveniente novando impropriamente de esta forma aquél.

Así las cosas, y puesto que la relación contractual que media entre la Autoridad Portuaria de las Palmas y la Unión Temporal de Empresas adjudicataria de las obras se rige, según lo indicado en el fundamento jurídico precedente por el ordenamiento jurídico-privado en cuanto a sus efectos y extinción, no habría inconveniente alguno, desde esta perspectiva jurídico-privada, en que, mediando el consentimiento de ambas partes, se modificase el contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del dique Reina Sofía” en los términos pretendidos.

- III -

Si, según lo razonado, no existe, desde el punto de vista jurídico-privado, ningún impedimento para que válidamente se efectúe la modificación reseñada en el antecedente 3º del presente informe, debe examinarse todavía si lo anterior es jurídicamente posible desde la perspectiva jurídica-pública que comportan las exigencias que establece la antes citada Ley 48/1998, de 30 de diciembre, respecto de los contratos sometidos a un ámbito de aplicación.

En efecto, como se ha indicado en el fundamento jurídico I del presente informe, la Ley 48/1998 no prejuzga el carácter administrativo o privado de los contratos a que afecta; ahora bien, dicho texto legal, tratándose, como es del caso, de contratos cuyos importes sean iguales o superiores a los fijados en su artículo 8, los somete a determinados procedimientos de adjudicación y selección de los contratistas, implantando, en lo que aquí importa, el mismo principio general que inspira el régimen de contratación que disciplina la entonces Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas y actualmente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), cual es el principio de publicidad y concurrencia; en este sentido, el artículo 10 de la Ley 48/1998 dispone lo siguiente:

“Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia salvo las excepciones en ella previstas y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación”

En el ámbito de la contratación pública, esto es, en el ámbito de los contratos administrativos, los principios de publicidad y concurrencia (cfr. artículo 11.1 del TRLCAP) comportan una limitación o, al menos, una modulación del ius variandi o potestad de modificación del contrato que asiste al órgano de contratación (cfr. artículo 101 del TRLCAP).

Ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid., por todas, sentencia de 28 de febrero de 1989, Ar. 1461, bien que esta resolución judicial no se refiere propiamente a los mencionados principios) declara improcedente el ejercicio del ius variandi cuando con ello se afecte a las estipulaciones esenciales del contrato o, lo que es lo mismo, cuando por consecuencia del ejercicio de esa potestad se altere en lo sustancial el contrato. Así, en su fundamento de derecho segundo se dice lo siguiente:

“... por otra parte, no se ha de olvidar que, si bien el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado y su correlativo artículo 50 del Reglamento General de Contratos del Estado conceden al Órgano de contratación la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, –cual es el de actual referencia–, así como resolver las dudas que ofrezca en cumplimiento, pudiendo incluso modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución, sin embargo ello ha de hacerse –como dichos preceptos establecen– dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos establecidos en la citada normativa jurídica, sin que ello quiera decir que tal modificación unilateral puede afectar a las estipulaciones esenciales del contrato...”

Más particularmente, y ya con referencia a los principios de publicidad y concurrencia, es doctrina reiterada del Consejo de Estado que la introducción de alteraciones sustanciales en los objetos de los contratos infringe los principios de publicidad y concurrencia.

El dictamen del Alto Cuerpo Consultivo nº 2582/95, de 1 de febrero de 1996, con cita del dictamen nº 1508/93, de 10 de febrero de 1994, declara lo siguiente:

“Como viene reiterando este Alto Cuerpo Consultivo, resulta esencial la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar los proyectos de obras, de forma que sólo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues, de lo contrario, prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto del tipo de obras que

habría de ejecutarse y hasta suponer, en rigor, la existencia de un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.

En análogo sentido se pronuncian, entre otros muchos los dictámenes de 26 de septiembre de 1991, número 1021/91 y 23 de enero de 1992, número 1629/21.

Fácilmente se comprende que la introducción de profundas modificaciones en los objetos de los contratos, sin dar lugar a ninguna licitación (al adjudicarlos al contratista que ha comenzado ya a ejecutar el proyecto original) puede lesionar los principios de publicidad y concurrencia consagrados por el legislador (artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y 11.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas):”

En el dictamen nº 79/1993, de 1 de abril de 1993 se dice, en el mismo sentido, lo siguiente:

“Como ha recordado el Consejo en numerosos dictámenes, la legislación sobre contratos del Estado limita la potestad de la Administración para modificar proyectos de obras y, como consecuencia de tal modificación, el contrato mismo. Concretamente, el artículo 149 del Reglamento General de Contratación del Estado dispone que la Administración sólo podrá acordar modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al elaborar el proyecto...

El sometimiento a cauces estrictos del *ius variandi* de la Administración tiene su razón de ser precisamente en las salvaguardas del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración pueda variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público llevan a admitir el citado *ius variandi* de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar, como se dice, la indebida alteración del referido principio de licitación pública. La adjudicación al contratista originario de la ejecución de proyectos modificados comporta de esta manera una excepción a la exigencia de concurrencia pública en la adjudicación de los contratos administrativos y como tal debe ser interpretada...”

Recalcando la idea de que no es posible introducir, por vía del ejercicio del *ius variandi*, modificaciones de tal entidad que se equiparen a un contrato nuevo, deben traerse a colación los dictámenes números 5473/1990, de 28 de junio de 1990 y 1254/93, de 21 de octubre de 1993.

En el primero de dichos dictámenes se dice:

“las causas de celeridad y economía que explican y amparan la derogación parcial del principio de concurrencia en que consiste la prerrogativa de modificación unilateral del contrato pierden su razón de ser cuando aquella alteración adquiere tal magnitud que se equipara a un contrato nuevo”

En el segundo, el Alto Cuerpo Consultivo declara:

“En el presente caso, como se deduce del contenido del proyecto, se trata en realidad de una variación en la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse; se trata en fin de un proyecto nuevo, lo que ha de dar lugar a un expediente nuevo de contratación, y en definitiva a un contrato administrativo distinto (...) La aparición de necesidades nuevas no puede justificar la adjudicación de todo un nuevo contrato administrativo con quiebra de los principios de publicidad y concurrencia...”

La doctrina mantenida por el Consejo de Estado es, finalmente, la misma que sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así, y reiterando el criterio mantenido en su informe número 48/1995, de 21 de diciembre, en su informe número 52/00, de 5 de marzo de 2001 se dice lo siguiente:

“Dejando aparte que las modificaciones que se pretende introducir no parecen tener un encaje adecuado en el artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado y en el artículo 164 de la

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, lo cierto es que, como ya declaró esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 (expedientes 48/95 y 47/98) hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos, puesto que ‘celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato (...) la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que posteriormente se produce...”

Pues bien, si, en relación con los contratos administrativos y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más concretamente, de la doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, los principios de publicidad y concurrencia a que aquéllos contratos están sometidos tienen por consecuencia el efecto de impedir alteraciones sustanciales de aquellos contratos, es decir, alteraciones que por su magnitud o entidad han de equipararse a un contrato nuevo, este mismo criterio ha de entenderse aplicable a los contratos incluidos, como es del caso, en el ámbito de aplicación de la citada Ley 48/1998, desde el momento en que estos últimos han de ajustarse, por expresa prescripción legal (artículo 10 de dicho texto legal) a los principios de publicidad y concurrencia, y ello aunque se trate de contratos sometidos, en cuanto a sus efectos y extinción, al ordenamiento jurídico-privado. En efecto, no tendría sentido alguno que los principios de publicidad y concurrencia impidan que se introduzcan modificaciones sustanciales (a ejecutar por los adjudicatarios de los contratos originarios que son objeto de esas modificaciones) en los contratos administrativos y, en cambio, que permitan la introducción de modificaciones de ese carácter (a ejecutar también por los adjudicatarios de los contratos originarios objeto de esas modificaciones) en contratos sometidos igualmente, pese a regirse por el ordenamiento jurídico-privado en cuanto a sus efectos y extinción, a los repetidos principios de publicidad y concurrencia; entender lo contrario y admitir que en estos últimos contratos son posibles modificaciones de ese carácter (a ejecutar por los adjudicatarios de los contratos originarios) equivaldría a desconocer y dejar sin valor alguno tales principios. En definitiva, y dicho en otros términos, el efecto o consecuencia que se derivaría de la caracterización jurídico-privada del contrato de que aquí se trata –modificabilidad del objeto del mismo, aun de carácter sustancial, por mutuo acuerdo de ambas partes– queda limitada y, en rigor, excluida por razón de las exigencias que comporta la funcionalidad de los repetidos principios de publicidad y concurrencia que, de esta forma se sobreponen a la regla, propia de toda relación contractual, de modificabilidad del objeto del contrato por acuerdo de las partes que lo otorgaron, prevaleciendo sobre la misma.

- IV -

Partiendo de la anterior premisa, resulta obligado examinar si la modificación pretendida del contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del dique Reina Sofía” entraña una alteración sustancial del mismo, ya que, de ser ello así, no sería jurídicamente admisible tal modificación que, en consecuencia, resultaría no ajustada a Derecho.

A juicio de este Centro Directivo, y atendiendo a una ponderación de conjunto de tal modificación, el anterior interrogante merece una contestación afirmativa, entrañando efectivamente esa modificación una alteración sustancial.

En efecto, la modificación del contrato supone:

- 1) La minoración o reducción de las obras de prolongación del “Dique Reina Sofía.” Así, la prolongación de este dique, originariamente prevista en 1192 metros, queda reducida a 488 metros, lo que supone una minoración superior al 50 por 100;

- 2) La ejecución de un dique distinto del previsto en el contrato originario cual es el “Dique de la Esfinge” situado en un emplazamiento diferente –Península del Niño–.

Así las cosas, parece indudable que la modificación pretendida es una alteración esencial, tanto en el aspecto cuantitativo (por consecuencia de la magnitud o entidad de la reducción de la longitud del “Dique Reina Sofía”) como en el aspecto cualitativo (por cuanto que no puede reputarse como una modificación de escasa entidad la construcción, por parte del adjudicatario del contrato, de un dique no contemplado en el contrato, como es el “Dique de la Esfinge” situado, además, en un emplazamiento diferente). En cuanto a esto último, es decir, que se trata de una alteración sustancial desde el punto de vista cualitativo, este aserto no queda desvirtuado, en opinión de este Centro Directivo, por la afirmación de que el nuevo dique (“Dique de la Esfinge”) es una obra de idéntica tipología que la del “Dique Reina Sofía,” afirmación que se sustenta en la consideración de que la ejecución de ese nuevo dique consiste, al igual que la ejecución del “Dique Reina Sofía,” en el empleo de cajones cimentados a la cota -26 y de 24 metros de manga, razón por la que sólo aparecen en el modificado seis nuevos precios contradictorios. En efecto, como acertadamente se dice en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, lo que concreta o singulariza una obra no es la técnica constructiva ni tampoco los materiales que en ella se hayan de utilizar, sino el proyecto que la define o concreta; pues bien, basta tener en cuenta que, si al hecho de que la longitud del “Dique Reina Sofía” se reduce en más de un 50 por 100, se añade que en el proyecto y contrato originario no se preveía la construcción de un segundo dique (“Dique de la Esfinge”), no podrá negarse que se produce una modificación o alteración sustancial en el aspecto –cualitativo– de definición o determinación del objeto del contrato.

Tampoco desvirtúa el criterio, implícito en cuanto se lleva dicho, de que los principios de publicidad y concurrencia quedan conculcados por consecuencia de la modificación del contrato que se pretende la consideración de que dicha modificación no da lugar a la asunción, por parte de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de un nuevo o mayor compromiso de gasto (al reducirse la longitud del “Dique Reina Sofía de 1192 metros a 488 metros, el coste de ejecución de esta obra pasa de 72.148.605 euros –importe de la adjudicación– a 38.685.059,88 euros, destinándose la diferencia entre ambas cantidades –33.463.545,98 euros– a la construcción, por la misma empresa adjudicataria, del segundo dique, es decir, del “Dique de la Esfinge”).

El principio de concurrencia y, como principio instrumental del mismo, el principio de publicidad persiguen no sólo la finalidad de garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración, sino también proteger los intereses económicos de la Administración suscitando la máxima competencia posible: al promoverse la competencia, y como efecto propio de ello, la Administración podrá conseguir normalmente la ejecución de los contratos por precios inferiores. Siendo ésta la funcionalidad de los principios indicados, éstos no han de quedar referidos propiamente al objeto de cada contrato y a su precio, ya que, siendo dicho precio el elemento definidor, en el plano económico, de la obra, es el conocimiento de dicho precio lo que permite a los interesados evaluar sus posibilidades de competir por adjudicación y ejecutar el contrato (siendo lo razonable y previsible que cuanto más reducido sea el precio mayor será el número de empresas que estará en condiciones de acudir al oportuno procedimiento de selección de contratistas). Así las cosas, la exigencia de que los principios de publicidad y concurrencia queden referidos al objeto de cada contrato y, por esta vía, al precio del mismo, se justifica, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los informes de la misma de que se ha hecho referencia, en la consideración de que, una vez sacado a licitación un contrato y adjudicado éste, los licitadores distintos del adjudicatario podrían haber modificado sus proposiciones sin hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produjo. Partiendo de lo anterior –referencia de los repetidos principios al objeto y precio de cada contrato–, no puede desconocerse, como se indica en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, que, dando lugar la modificación que se pretende a la ejecución de dos obras –“Dique Reina Sofía” y “Dique de la Esfinge”– y puesto que el precio de cada una de estas obras (38.685.059,88 euros el “Dique Reina Sofía” y 33.463.545,98 euros el “Dique de la Esfinge”) es inferior al precio que se publicó (el del contrato originario, 72.198.605,85 euros) no puede descartarse que si se hubiese convocado un procedimiento de selección de contratistas para cada una de esas dos obras por separado, otras

empresas distintas de las que en su día licitaron por el contrato originario se habrían presentado en esos procedimientos de selección, e incluso los licitadores distintos del adjudicatario podrían haber modificado sus proposiciones si hubieran conocido la modificación que se propone, todo lo cual conduce a entender que la modificación que se pretende realizar no resulta conforme con las exigencias que postulan los repetidos principios de publicidad y concurrencia.

Llegados a este punto, queda por examinar si la anterior conclusión queda desvirtuada por la invocación del principio de salvaguarda del interés del organismo a que se refiere el artículo 35 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, precepto que, al señalar los principios a los que han de ajustarse en una actividad contractual las Autoridades Portuarias, enumera, junto a los principios de publicidad y concurrencia, el de salvaguarda del interés de la entidad pública.

En relación con esta cuestión, en el informe de la Abogacía del Estado en las Palmas se dice lo siguiente:

“En el caso concreto que ahora nos ocupa, el respeto al principio de salvaguarda del interés del organismo exige encauzar jurídicamente la modificación del proyecto inicialmente adjudicado por la vía de la novación objetiva impropia del vínculo contractual existente, sin convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación. Sólo así se protegen adecuadamente los intereses de la Autoridad Portuaria, que optimizaría el precio del contrato que mereció la consideración de mejor oferta presentada (y que, no lo olvidemos, supuso una baja del 16,51% respecto del presupuesto de licitación –baja que ha de entenderse asimismo trasladada a la ejecución de las obras de la segunda fase del Dique de La Esfinge–) y que evitaría el pago de una eventual indemnización de daños y perjuicios a la UTE adjudicataria por desistimiento parcial del contrato”

A juicio de este Centro Directivo, y aun siendo prima facie atendible la argumentación empleada por la Abogacía del Estado en Las Palmas, el principio de “salvaguarda del interés del organismo” no permite amparar la modificación que se pretende, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, no cabe apreciar una antítesis entre los principios de publicidad y concurrencia, de una parte, y el principio de salvaguarda del interés del organismo, de otra parte, en términos tales que este último principio permita llegar a un resultado contrario a dichos principios de publicidad y concurrencia y proscrito por éstos, cual es la modificación o alteración sustancial del contrato. En efecto, los principios de publicidad y concurrencia se orientan, en realidad, en la misma dirección del principio de salvaguarda de los intereses económicos, ya que, como se ha dicho antes, esos dos primeros principios tienen también por objeto proteger los intereses económicos de la Administración: al dar lugar estos principios a que se suscite la máxima competencia posible, y como efecto propio de ello, la Administración conseguirá normalmente la ejecución de los contratos por precios inferiores. Deben, pues, interpretarse los principios de publicidad y concurrencia y el principio de salvaguarda de los intereses económicos del organismo como principios integrados en una regla única, y no como principios distintos que recíprocamente se excluyan o limiten. No cabe, por tanto, contraponer los principios de publicidad y concurrencia y el principio de salvaguarda de los intereses económicos y resolver dicha contraposición dando primacía a este último.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta que en estos supuestos de modificación esencial del contrato es necesaria, como indica la doctrina del Consejo de Estado a que se ha hecho referencia, la incoación de un nuevo expediente de contratación y la adjudicación de un nuevo contrato, previa resolución (o desistimiento parcial) del contrato originario, no cabe duda de que de ello se siguen perjuicios al interés público (consecuencias económicas derivadas de la resolución del contrato originario o desistimiento parcial). Ahora bien, como tiene declarado reiteradamente el Consejo de Estado (vid, por todos, dictámenes 1254/93, de 21 de octubre de 1993 y 4350/97, de 6 de noviembre de 1997) “por lo que se refiere a los perjuicios y efectos contraproducentes que el interés público pueda ocasionar el hecho de ser necesario adjudicar un nuevo contrato, previa resolución del anterior, debe señalarse que tales perjuicios son connaturales a la propia Ley de

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Contratos del Estado y se justifican en el interés general que la Ley trata de proteger, como es el de la libre y pública licitación en los contratos administrativos:” Pues bien, si en el ámbito de las Administraciones Públicas sometidas en su actividad contractual a las previsiones del TRLCAP esos perjuicios al interés público –resultantes como se ha dicho de la necesidad de adjudicar un mero contrato, previa resolución del anterior– son connaturales al propio TRLCAP, es decir resultan plenamente admisibles y se justifican precisamente en el interés general, como es el de la publicidad y concurrencia en la licitación de los contratos, esos mismos perjuicios han de resultar también admisibles en la contratación de unas entidades públicas, como son las Autoridades Portuarias, desde el momento en que para éstas rigen también, y de forma inexcusable, los principios de publicidad y concurrencia que son los que justifican la causación de esos perjuicios; entender lo contrario, y admitir que en el caso de las Autoridades Portuarias la evitación de esos perjuicios postula que no se proceda en la forma indicada (es decir, no incoando un nuevo expediente de contratación y, por tanto, no adjudicando, previa resolución del anterior contrato, uno nuevo) daría lugar a un tratamiento desigualitario, carente de justificación objetiva y razonable, máxime cuando en el ámbito de las Administraciones y Entidades públicas sometidas en su actividad contractual a las prescripciones del TRLCAP –y que igualmente persiguen la satisfacción de los respectivos intereses públicos que les están encomendados– rige también el principio de salvaguarda del interés (público) que gestionan y tutelan (sea implícitamente a través de los principios de publicidad y concurrencia que, se insiste, se orientan en la misma dirección que el principio de “salvaguarda del interés de la Entidad” a que alude el artículo 35.2 de la LPMM, sea explícitamente a través del principio de buena administración –artículo 4 del TRLCAP–, homólogo del principio de “salvaguarda del interés de la Entidad”).

En tercer lugar, y finalmente, para la hipótesis, que sólo se considera a efectos dialécticos, de que, contrariamente a lo indicado, se entendiese que el principio de “salvaguarda de la Entidad” a que alude el artículo 35.2 de la Ley 27/1992 se sobrepone a los principios de publicidad y concurrencia, primando sobre éstos, no puede descartarse la posibilidad de que, habiendo supuesto la oferta de la UTE adjudicataria del contrato una baja de 16,51 por 100, si se hubiese procedido a la incoación de un nuevo expediente de contratación y a la adjudicación de un nuevo contrato con su correspondiente procedimiento de licitación, se hubieran obtenido bajas de igual cuantía (16,51 por 100) o, tal vez, mayores.

En suma, teniendo, según se ha razonado, la modificación del contrato carácter esencial, y a la vista del criterio mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más particularmente, por la doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los límites que a la posibilidad de modificar los contratos resultan de los principios de publicidad y concurrencia, entiende este Centro Directivo que la modificación, en los términos indicados en el antecedente 3º del presente informe, del contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” no es ajustado a Derecho.

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

CONCLUSIÓN

La modificación que, en los términos indicados en el antecedente 3º del presente informe, se pretende introducir en el contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” no es ajustada a Derecho al infringir los principios de publicidad y concurrencia que sancionan el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y el artículo 10 de la Ley 48/1998 de 30 de diciembre, sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 14 de julio de 1993, y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992.

22.- Informe sobre determinadas cuestiones que suscita el procedimiento para la aprobación de las normas o condiciones generales de contratación de los Entes Públicos Portuarios

Resumen

Consulta sobre determinadas cuestiones que suscita el procedimiento para la aprobación de las normas o condiciones generales de contratación de los Entes Públicos Portuarios. 1) La competencia para la aprobación de las normas o condiciones generales de contratación compete al Ministerio de Fomento y no al Ente público Puertos del Estado ni a las Autoridades Portuarias. 2) Las normas o condiciones generales de contratación tienen la misma naturaleza y funcionalidad que los pliegos de cláusulas administrativas generales a que se refiere el art. 48 del TRLCAP no siendo, por tanto, normas jurídicas (doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de contratación Administrativa); en consecuencia, no es de obligada observancia el trámite establecido en el art. 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (trámite de audiencia a asociaciones u organizaciones representativas de intereses económicos o sociales). 3) El informe de la DGSJE ha de ser posterior al informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento. 4) No es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, al no ser las normas o condiciones generales de contratación reglamento ejecutivo de una ley.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 24/05

Fecha: 6 mayo 2005.

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Observaciones

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ha sido sustituido y derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hoy Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre determinadas cuestiones que suscita el procedimiento para la aprobación de las normas o condiciones generales de contratación de los Entes Públicos Portuarios. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

Se recaba, en primer lugar, el parecer de este Centro Directivo sobre si la aprobación de las “mencionadas normas de contratación a través de Orden Ministerial es preceptiva o, por el contrario, pudieran ser objeto de aprobación por parte de los máximos órganos de gobierno de los Entes Públicos Portuarios”

Para la adecuada resolución de esta primera cuestión ha de partirse del hecho de que la disposición adicional tercera de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, por la que se regulan los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, que incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE, de 14 de junio, y 92/13/CEE, de 25 de febrero, establece lo siguiente:

“Se entenderán como entidades contratantes a los efectos de esta Ley, con carácter enunciativo y no limitativo, las no recogidas en el artículo 2.2 que se enumeran a continuación:

(...)

IX. Las entidades contratantes en el sector de los puertos marítimos o fluviales u otras terminales: Ente público Puertos del Estado y Autoridades Portuarias a que se refiere la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y demás Administraciones Portuarias.

(...):”

Partiendo de la inclusión del Ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre (respecto de los contratos indicados en su artículo 8.2), la disposición adicional undécima de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, introdujo en este último texto legal una nueva disposición adicional, la undécima, del siguiente tenor:

“1.- Los órganos de contratación que celebren contratos comprendidos en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 93/38/CEE, tendrán en cuenta, a efectos de publicidad de anuncios de estos contratos, los límites cuantitativos que se establecen en dicha Ley.

2.- Las entidades públicas incluidas en el ámbito de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, se registrarán, en lo no previsto en las mismas, por sus normas de contratación específicas.

El Ministerio a que estuvieran adscritas las citadas entidades podrá aprobar, cuando el régimen de contratación de las mismas sea el de Derecho privado, normas o condiciones generales de contratación, a fin de asegurar la homogeneización de éstas y el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, y no discriminación. El repertorio de las normas o condiciones generales deberá ser informado preceptivamente por el Servicio Jurídico del Estado.”

Habiéndose autorizado al Gobierno por la disposición final única, apartado 2, de la citada Ley 53/1999, de 28 de diciembre, para elaborar un Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el que se incorporan las modificaciones que en su texto se introducen por la propia Ley 53/1999, así como por otras normas legales que se enumeran en dicha disposición final única, esta previsión se cumplió con la aprobación por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que, como no podía ser de otra forma, recoge la disposición adicional undécima de la citada Ley 53/1999, antes transcrita.

Pues bien, a la vista de la disposición adicional undécima del TRLCAP y, más concretamente, de la previsión contenida en el inciso inicial del párrafo segundo de su apartado segundo (“El Ministerio al que estuvieran adscritas las citadas entidades podrá aprobar...”), ha de entenderse que la aprobación de las condiciones generales de contratación en modo alguno puede corresponder a los máximos órganos de gobierno de las Autoridades Portuarias, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, la propia significación gramatical del término “Ministerio” alude a un Departamento ministerial, lo que se confirma, en el terreno del derecho positivo, por lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General (LOFAGE), según el cual “la Administración General del Estado se organiza en Ministerios, comprendiendo cada uno ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa. La organización en Departamentos ministeriales no obsta a la existencia de órganos superiores o directivos...”. Pues bien, quedando referida la competencia para aprobar las condiciones generales de contratación de los Ministerios de adscripción de las entidades públicas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, no es posible entender que la aprobación de

esas condiciones generales corresponda a las Autoridades Portuarias. Por lo demás, y como acertadamente se dice en el escrito de consulta, la locución potestativa que emplea el inciso inicial del párrafo segundo del apartado 2 de la disposición adicional undécima del TRLCAP (“El Ministerio... podrá aprobar...”) ha de entenderse como una habilitación al Ministerio de adscripción de que se trate, para que éste apruebe las referidas condiciones generales de contratación y no como una vía más de entre varias que hipotéticamente se reconocieren.

En segundo lugar, la propia interpretación lógico-finalista del precepto que se examina. Como expresamente indica la disposición adicional undécima, apartado 2 del TRLCAP, la aprobación de estas normas o condiciones generales de contratación tiene por finalidad garantizar la homogeneidad de la contratación de las diversas entidades públicas de que se trata. Pues bien, siendo esa la finalidad de la aprobación de tales condiciones generales, lo coherente con ello es que se aprueben por un único órgano que ejerza la tutela y control de las entidades públicas que han de observarlas (Ministerio de adscripción) y no que cada entidad pública apruebe sus propias normas, pues, como fácilmente se comprende, en este último caso se impediría o, al menos, se dificultaría en gran medida esa finalidad homogeneizadora o uniformadora.

Si, por las consideraciones expuestas, la aprobación de las condiciones generales de contratación no puede corresponder a cada una de las Autoridades Portuarias, tampoco cabe entender que corresponde al Ente público Puertos del Estado.

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la marina Mercante (LPMM), al enumerar en su artículo 26 las funciones que corresponden al Ente público Puertos del Estado no recoge expresamente la de aprobar normas o condiciones generales de contratación a las que deban ajustarse en su actividad contractual las Autoridades Portuarias; tan solo alude en el apartado b) de dicho precepto a la función de “asegurar la eficiencia del funcionamiento del sistema portuario a través (...) de la coordinación de la actuación de las Autoridades Portuarias...” Pues bien, en la medida que se entendiese que esta previsión constituye una habilitación al Ente público Puertos del Estado para aprobar esas normas o condiciones generales de contratación, dicha previsión ha de entenderse derogada por la disposición adicional undécima del TRLCAP, ya que se cumplen los requisitos exigidos para la derogación tácita de una norma por otra; así, el TRLCAP es norma posterior, tiene igual rango que la LPMM y, finalmente, la previsión de su disposición adicional undécima, apartado 2, es incompatible con la previsión del artículo 26.b) de la LPMM si ésta se entiende que habilita al Ente público Puertos del Estado para aprobar esas condiciones generales de contratación a las que han de someterse las Autoridades Portuarias, toda vez que esa habilitación la confiere el TRLCAP al Ministerio de adscripción.

No habiendo, pues, ninguna habilitación legal a favor del Ente público Puertos del Estado para aprobar las repetidas condiciones generales de contratación, no puede admitirse que corresponda a esa entidad tal cometido.

En suma, y por lo que a este extremo de la consulta se refiere, ha de concluirse que la aprobación de las normas o condiciones generales de contratación corresponde exclusivamente al Ministerio de Fomento y no a las Autoridades Portuarias ni al Ente público Puertos del Estado.

- II -

Plantea, en segundo lugar, el escrito de consulta la cuestión relativa a si en el procedimiento de aprobación de las normas o condiciones generales de contratación debe otorgarse trámite de audiencia a asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

La anterior cuestión se suscita en razón de que el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG), precepto que lleva por rúbrica “Del procedimiento de elaboración de los Reglamentos”, establece en su apartado 1.c) que “elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición...”

En el escrito de consulta se entiende que el anterior interrogante merece una contestación negativa, y ello por aplicación de la excepción prevista en el apartado 1.e) del propio artículo 24 de la LG, según el cual “el trámite de audiencia a los ciudadanos, en sus diversas formas, regulado en la letra c), no se aplicará a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades de la presente Ley, así como a las disposiciones orgánicas de la Administración General del Estado o de sus organizaciones dependientes o adscritas a ella”. A juicio de este Centro Directivo, este criterio resulta insatisfactorio por insuficiente, ya que, según el borrador de las condiciones generales de contratación remitido, si bien se contienen en el mismo prescripciones de carácter orgánico –como son las consignadas en las reglas 3 (“Órganos de contratación”) y 4 (“Mesas de contratación”)–, lo que permitiría apreciar el supuesto del artículo 24.1.e) de la LG, la mayoría de las prescripciones no tienen carácter orgánico.

Dicho lo anterior, y dado que el trámite de audiencia previsto en el artículo 24.1.c) de la LG constituye un trámite del procedimiento de elaboración de los reglamentos, es decir, de normas jurídicas de carácter reglamentario, es necesario determinar, para la adecuada resolución de la cuestión planteada, si las normas o condiciones generales de contratación constituyen o no norma jurídica, pues, de no serlo, cabrá entender que no es obligado el referido trámite.

Enfocada así la cuestión, se estima oportuno, ante todo, hacer una precisión. La determinación de la naturaleza de las referidas normas o condiciones ha de resultar no tanto de su denominación (la disposición adicional undécima del TRLCAP emplea la fórmula disyuntiva “normas o condiciones generales”), cuanto de su contenido y funcionalidad.

En cuanto a su contenido se distinguen tres grandes bloques o grupos de prescripciones. Un primer grupo en el que se recogen prescripciones de índole procedimental, concretamente, documentación del procedimiento de contratación y prescripciones de carácter orgánico, relativas a la determinación de los órganos de contratación y de la composición y funcionamiento de las mesas de contratación. Un segundo grupo en el que se recogen las reglas relativas al contenido de los pliegos de contratación pudiendo distinguirse tres clases de reglas: 1) Reglas cuyas prescripciones son de incorporación necesaria a los pliegos (v.g. reglas 7, 8, 9 y 11, relativas al objeto del contrato, indicación de la forma de adjudicación, documentación a presentar por los licitadores y plazo de ejecución del contrato, respectivamente); 2) Reglas cuyas prescripciones son de incorporación potestativa a los pliegos (v.g. reglas 10, 13.3 y 14, relativas a la exigencia de garantías, abonos al contratista y anticipos a cuenta, y criterios objetivos para determinar si una proposición es temeraria o desproporcionada, respectivamente); y 3) Reglas cuyas prescripciones son supletorias, es decir, que rigen en defecto de previsión en los pliegos (v.g. reglas 15.2 15.3 y 16 relativas a la forma de acreditación del cumplimiento del contrato, al plazo de garantía y a los requisitos de la subcontratación y cesión del contrato, respectivamente). Un tercer grupo en el que se contienen las reglas sobre publicidad de las licitaciones en el que establecen reglas imperativas, reglas facultativas o potestativas (v.g. publicación adicional) y, reglas supletorias en defecto de previsión en el pliego (v.g. asunción de los gastos de publicidad por el órgano de contratación).

En cuanto a su funcionalidad, es indudable que ésta no es otra, conforme se indica en la disposición adicional undécima del TRLCAP, que la de homogeneizar y uniformar la contratación de las Autoridades Portuarias y del Ente público Puertos del Estado.

Siendo el contenido y la funcionalidad de las normas o condiciones generales de contratación de que aquí se trata los indicados, puede afirmarse que su naturaleza no puede ser distinta de la de los pliegos de cláusulas generales a que se refiere el artículo 48 del TRLCAP, puesto que éstos tienen también por finalidad la de uniformar en lo posible la actividad contractual de la Administración, razón por la cual su contenido es análogo al de las normas o condiciones generales de contratación de que aquí se trata.

Partiendo de la anterior premisa –equivalencia de los pliegos de cláusulas administrativas generales y de las aludidas normas o condiciones generales de contratación y, por esta razón, comunidad de naturaleza jurídica–, debe señalarse que la doctrina más autorizada niega a los pliegos de cláusulas administrativas generales la consideración o calificación de normas jurídicas. Así se entiende que, si bien es habitual la calificación de los indicados pliegos como *lex contractus*, carecen, sin embargo, de toda sustancia normativa en sentido propio, por cuanto que se trata de elementos o piezas integrantes del contenido del contrato, cuya fuerza de obligar resulta precisamente de su inclusión en el mismo por las partes (la Administración fijándolo y los licitadores y contratistas aceptándolo). Es precisamente la naturaleza contractual y no reglamentaria de dichos pliegos lo que explica que la falta de impugnación de los mismos convalide sus posibles vicios (salvo que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho), así como la posibilidad de que los pliegos particulares puedan modificar los pliegos de cláusulas administrativas generales.

En este sentido se ha pronunciado la doctrina del Consejo de Estado en dictamen de 14 de julio de 1970 (emitido a propósito del pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obra del Estado, aprobado luego por Decreto de 31 de diciembre de 1971). Por su parte, y manteniendo el mismo criterio el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 71/1999, de 11 de abril de 2000 declara lo siguiente:

“El artículo 50 de la LCAP –hoy, 49 del TRLCAP– establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato, regulando en el artículo 49 –48 del TRLCAP– la competencia y procedimiento para aprobar los pliegos de cláusulas administrativas generales, señalando el artículo 51 de la Ley –50 del TRLCAP– y el último párrafo del artículo 35 del RGCE, aprobado por D. 3410/1975, de 25 de noviembre, que se mantiene en vigor en tanto no se oponga a lo dispuesto en la ley, la posibilidad de que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se establezcan estipulaciones contrarias a las previstas en los pliegos de cláusulas administrativas generales. Tal previsión normativa implica que éstos carecen del carácter de norma jurídica, constituyendo parte del clausulado del contrato, habida cuenta de que si no fuera así, por el principio de jerarquía de las normas, no podrían contener aquéllos tales estipulaciones contrarias...”

Por lo demás, el criterio de que los pliegos de cláusulas administrativas generales no son normas jurídicas, es decir, normas reglamentarias, queda confirmado, despejando la duda de equiparlos a los reglamentos, por el inciso inicial del artículo 48.1 del TRLCAP, conforme al cual los pliegos de cláusulas administrativas generales han de ajustarse en su contenido “a los preceptos de esta Ley de sus disposiciones de desarrollo”, lo que denota la idea de que dichos pliegos no se integran en el ordenamiento jurídico (como es propio de las normas), sino que se someten al mismo.

Pues bien, no siendo los pliegos de cláusulas administrativas generales normas jurídicas, ha de entenderse, dada la equiparación o equivalencia a dichos pliegos de las denominadas normas o condiciones generales de contratación, que tampoco éstas tienen la naturaleza de normas jurídicas (normas reglamentarias), por lo que, quedando referido el trámite establecido en el artículo 24.1.c) de la LG al procedimiento de elaboración de los reglamentos, dicho precepto no es de obligada observancia en el procedimiento de elaboración de las repetidas normas o condiciones generales de contratación.

- III -

El escrito de consulta, tras indicar que en el procedimiento de elaboración de las normas o condiciones generales de contratación deberá solicitarse informe de las Autoridades Portuarias y, con carácter preceptivo, del Servicio Jurídico del Estado, señala que “en cuanto al informe a solicitar de ese Centro (se refiere a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado), y sin perjuicio del asesoramiento permanente que pueda recabarse al amparo del Convenio de Asistencia Jurídica suscrito, se plantea la cuestión de si el informe formal sobre el texto completo debe solicitarse con carácter previo o posterior al informe a emitir por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento”.

La cuestión planteada presupone que el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento es preceptivo, debiendo, por tanto, solicitarse obligatoriamente el mismo a dicho órgano. En relación con este extremo, debe indicarse que el carácter preceptivo del informe de la Secretaría General Técnica se establece en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, es decir, de las normas jurídicas. Así, partiendo de la función de producción normativa que, entre otras, el artículo 17.1 de la LOFAGE encomienda a los Secretarios Generales Técnicos, el artículo 24.2 de la LG establece que “en todo caso, los proyectos de reglamentos habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica, sin perjuicio del dictamen del Consejo de Estado en los casos legalmente previstos”. Así las cosas, y dado que, según lo razonado en el apartado precedente, las normas o condiciones generales de contratación a que se refiere la disposición adicional undécima del TRLCAP no son reglamentos, cabe concluir que el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento no es preceptivo, lo que, obviamente, no impide que se solicite con carácter facultativo dicho informe al citado órgano.

Partiendo de la anterior premisa, y teniendo en cuenta, de una parte, que el único informe preceptivo que establece la disposición adicional undécima del TRLCAP es el del Servicio Jurídico del Estado y que, por otra parte, y según lo dicho, el informe de la Secretaría General Técnica es facultativo y no preceptivo, lo coherente con ello es entender que el informe de este último órgano ha de ser emitido con carácter previo y no posterior, ya que, desde la perspectiva de la ordenación de los trámites del procedimiento administrativo, no tendría sentido que un informe simplemente potestativo o facultativo fuese el último en emitirse.

- IV -

Plantea, por último, el escrito de consulta de la cuestión relativa a si debe solicitarse, con carácter preceptivo, el dictamen del Consejo de Estado. Se indica en el propio escrito de consulta que “según el criterio de este Ente público el mencionado dictamen no tiene carácter preceptivo, sin perjuicio de que pudiera ser solicitado con carácter potestativo, al ser el objeto de las normas de contratación a aprobar la regulación de los aspectos y supuestos de contratación no previstos en la Ley 48/1998, no teniendo, por tanto, el carácter de reglamento ejecutivo de aquélla, sino de reglamento extra legem.

Comparte este Centro Directivo el criterio de la Entidad consultante, debiendo entenderse, por tanto, que no es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, sin perjuicio de que pueda solicitarse con carácter potestativo, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se indican.

En primer lugar, y puesto que, según lo indicado en el apartado II del presente informe, las normas o condiciones generales de contratación son equivalentes a los pliegos de cláusulas administrativas generales, cabría entender que, puesto que estos últimos han de ser informados preceptivamente por el Consejo de Estado (cfr. artículo 48.1 del TRLCAP), dichas normas o condiciones generales de contratación deberían también ser objeto de informe preceptivo por parte del Alto Órgano Consultivo. Pues bien, desde la perspectiva de las previ-

siones del TRLCAP, el anterior criterio no resulta a juicio de este Centro Directivo, atendible, y ello desde el momento en que la disposición adicional undécima del TRLCAP, norma que específicamente se refiere a las condiciones generales de contratación y que establece la exigencia de informe preceptivo, atribuye éste no al Consejo de Estado, sino al Servicio Jurídico del Estado; así pues, el carácter específico de la norma y la expresa previsión en la misma de un informe preceptivo a cargo del Servicio Jurídico del Estado revelan la voluntad del legislador de no exigir dictamen preceptivo del Consejo de Estado.

En segundo lugar, y atendiendo a la normativa reguladora del Consejo de Estado, el artículo 22.tres de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado exige el informe preceptivo de la Comisión Permanente de dicho Órgano respecto de los “reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones”. Partiendo de esta premisa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado el alcance de dicho precepto legal o, lo que es igual, el concepto de Reglamento ejecutivo de la ley, declarando la sentencia del Alto Tribunal de 25 de octubre de 1991 (Ar. 8178) lo siguiente:

“.. De entre las numerosas clasificaciones de reglamentos existentes sólo una es relevante a efectos de la exigencia del dictamen previo del Consejo de Estado, la de los Reglamentos ejecutivos y, aun, la más exacta y precisa de Reglamento ejecutivos de las leyes, entendiendo por tales los que –de forma directa e inmediata– ejecutan, desarrollan, completan, cumplan o pormenorizan una ley o una disposición normativa con fuerza de ley o uno de sus principios o un conjunto de éstos o de aquéllas. Atendiendo a los propios términos del artículo 22.3 de la LOCE no resulta que todos los reglamentos ejecutivos deban ser sometidos a dictamen del Consejo de Estado, sino aquéllos que ejecuten las leyes de forma directa e inmediata...”

Precisado, en los términos indicados, el concepto de Reglamento ejecutivo de la ley –único que exige el dictamen del Consejo de Estado–, falta en el caso de las normas o condiciones generales de contratación el primer requisito para poder apreciar en ellas la figura del Reglamento ejecutivo de la ley, cual es el de su condición o carácter de norma jurídica. En efecto, si, como se ha indicado en el apartado II del presente informe, dichas normas o condiciones generales de contratación son equiparables a los pliegos de cláusulas administrativas generales y participan de la misma naturaleza que éstos, habrá que entender que, si, como se ha razonado, los pliegos de cláusulas administrativas generales no son verdadera y propiamente normas jurídicas (normas reglamentarias), tampoco lo serán las normas o condiciones generales de contratación a que alude la disposición adicional undécima del TRLCAP. El criterio que aquí se sostiene queda confirmado por una doble consideración. En primer lugar, si el concepto propio de Reglamento ejecutivo de la ley es el de norma de proyección directa ad extra, en el caso de las normas o condiciones generales de contratación se está en presencia de reglas internas en cuanto dirigidas a las entidades contratantes (Autoridades Portuarias y Ente público Puertos del Estado) por el Ministerio de tutela o adscripción (Ministerio de Fomento), sin proyección directa, por tanto, frente a terceros. En segundo lugar, si lo propio del Reglamento ejecutivo de la ley es completar o desarrollar ésta, no puede atribuirse este carácter a unas normas o condiciones generales de contratación que establecen las reglas a que debe ajustarse la elaboración de los correspondientes pliegos de cláusulas, de las cuales no todas son de incorporación necesaria a éstos, según lo dicho, y que, o bien son reproducción de normas contenidas en el TRLCAP, o bien toman éstas como punto de referencia, pero que no constituyen un desarrollo de dicho texto legal ni tampoco de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre.

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 aprobación de las normas o condiciones generales de contratación a que se refiere la disposición adicional undécima del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, corresponde exclusivamente, en el supuesto a que se refiere el presente informe, al Ministerio de Fomento y no a las Autoridades Portuarias ni al Ente público Puertos del Estado.

Segunda.- El trámite de audiencia a que se refiere el artículo 24.1c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno no es de obligada observancia en el procedimiento de elaboración de las citadas normas o condiciones generales de contratación, por no ser éstas, pese a su denominación, normas jurídicas (de carácter reglamentario).

Tercera.- El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, sobre ser facultativo y no preceptivo, ha de ser emitido con carácter previo y no posterior.

Cuarta.- La emisión de dictamen por el Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de las repetidas normas o condiciones generales de contratación tiene carácter facultativo y no preceptivo.

23.- Informe sobre la legalidad de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual o del uso de los proyectos de parques eólicos en el puerto de Arinaga (Las Palmas)

Resumen

Consulta sobre la competencia del Presidente de una Autoridad Portuaria para concertar determinados contratos de cesión de propiedad industrial o uso de proyectos de parques eólicos. Distribución de competencias, en materia de contratación de las Autoridades Portuarias, entre el Consejo de Administración y el Presidente (determinadas por razón de la cuantía de los contratos). Incompetencia del Presidente dada la cuantía de los contratos. Contratación de las Autoridades Portuarias en régimen de Derecho Privado. Actos Separables. Procedencia de declarar la lesividad del acto (implícito) de concertación del contrato.

Observaciones

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ha sido sustituido y derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hoy Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 28/06

Fecha: 27 de marzo de 2006.

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Observaciones

En relación a la competencia para la declaración de lesividad del acuerdo dictado por el Presidente de la Autoridad Portuaria que, en base a los razonamientos que se contienen en el apartado VI del informe, se atribuyó en todo caso al Ministerio de Fomento, hay que reseñar que el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de julio de 2011, en otro caso, atribuyó la misma al Consejo de Administración, entendiéndose que existe una dependencia jerárquica entre ambos. En estos momentos, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 35.2 TRLPEMM que, sin lugar a duda, atribuye en todo caso, la competencia al Ministro de Fomento. La cuestión ha sido analizada en el informe de este Centro Directivo A.G. ENTES PÚBLICOS 67/12, incorporado a esta recopilación con el nº 13.

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la legalidad de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual o del uso de los proyectos de parques eólicos en el puerto de Arinaga (Las Palmas) suscritos por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas con las empresas "X, S.A" y "Z, S.L.," por un lado, e "Y, S.L.," por otro, a fin de concurrir al concurso convocado por la Comunidad Autónoma de Canarias para obtener la autorización de potencia, planteándose dudas acerca de la competencia del Presidente para suscribirlos y del compromiso económico asumido por la Autoridad Portuaria relativo al precio adicional que deberá abonar la misma en el supuesto de que alguno de los cedentes no resulte adjudicatario de la concesión demanial que en su día se otorgue en la zona portuaria.

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

ANTECEDENTES

1º) El 22 de julio de 2004 el administrador único de la empresa “X, S.A. solicitó de la Autoridad Portuaria de Las Palmas una concesión demanial de ocupación de suelo de dominio público portuario para la instalación y explotación de aerogeneradores en el Puerto de Arinaga, condicionado a la obtención de la concesión de potencia por la autoridad competente, en concreto, la Comunidad Autónoma de Canarias (Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías). En el mismo escrito se indicaba que la empresa solicitante goza de acreditada solvencia económica, técnica y profesional para acometer el proyecto en colaboración con el Grupo SPA) y, más concretamente, con su filial Z, S.L. Aunque no hay constancia documental, parece ser que la entidad “Y, S.L.” formuló en fechas próximas una solicitud similar.

Unas semanas después, contestando a un requerimiento de subsanación de defectos realizado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas, los legales representantes de X,S.A. Y Z, S.L., presentaron un escrito acompañando la documentación oportuna y atribuyendo el protagonismo y, en cierto modo, la condición exclusiva de solicitante de esa concesión a la última de esas sociedades.

El 2 de diciembre de 2004 el Director del Puerto elaboró una propuesta de otorgamiento de la concesión supeditada a la aceptación de la entidad “Z, S.L.” propuesta que se elevó por el Sr. Presidente de la Autoridad Portuaria al Consejo Administración para su aprobación.

2º) El 10 de enero de 2005 tuvo lugar la reunión del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria. En dicha reunión, el Sr. Presidente, a la vista de las manifestaciones realizadas por diversos consejeros, decidió retirar del orden del día la propuesta de otorgamiento de esa concesión a favor de “Z, L”, al igual que la propuesta en favor de B, S.L., a la que se refería el siguiente punto del orden del día, que había recibido un tratamiento conjunto por tratarse de una solicitud concesional tramitada simultáneamente con la anterior.

En ese mismo Consejo, uno de los Consejeros propuso, no obstante, negociar con las empresas solicitantes la cesión de los proyectos técnicos presentados, ofreciéndoles los gastos correspondientes para que la Autoridad Portuaria pudiera presentarse al concurso para la concesión de potencia convocado por la Comunidad Autónoma en virtud de Orden de 14 de octubre de 2004. En el supuesto de obtener en ese concurso la autorización de potencia, –se añade–, se convocaría por esa Autoridad Portuaria un concurso público (en competencia de proyectos, según el artículo 110 de la Ley 48/2003) para la concesión demanial para la ocupación de suelo de dominio público portuario con destino a la instalación y explotación de los autogeneradores.

En la negociación a celebrar con esas dos empresas, –se dice–, habría que conseguir que éstas renunciaran a percibir de la Autoridad Portuaria de Las Palmas los gastos de los proyectos, si resultaran adjudicatarias del concurso que en su día convocase la citada Autoridad Portuaria.

La idea propuesta por ese Consejero fue aceptada por unanimidad del Consejo, “encargándose al Presidente la negociación con las empresas con tal finalidad” (así se refleja textualmente en el acta oportuna).

3º) El 12 de enero de 2005 el Presidente de la Autoridad Portuaria, actuando “en nombre y representación del Organismo, en virtud de las facultades que le confiere el artículo 41.2.a) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre” y encontrándose “especialmente facultado en virtud de acuerdo del Consejo de Administración, de fecha 10 de enero de 2005”, suscribió con X,S.A. y Z, S.L, por un lado, e “Y,S.L”, por otro, los oportunos contratos de cesión de los derechos de propiedad intelectual de los proyectos técnicos elaborados por las mismas. En la cláusula cuarta de esos contratos se fijan las condiciones económicas, previéndose el reintegro del precio satisfecho a esas empresas por la Autoridad Portuaria, si resultaren

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

adjudicatarias del concurso para la concesión demanial, así como el incremento del precio fijado en un 3,5% de la facturación bruta del Parque Eólico si no resultaren adjudicatarios de esa concesión del dominio público portuario.

- 4º) La Autoridad Portuaria de Las Palmas presentó, el 13 de enero de 2005, la oportuna solicitud para concurrir al concurso convocado por la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Autónoma de Canarias para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos (en concreto se solicitó la concesión de parque eólico de 8 MW, 12 MW y 20 MW) en el puerto de Arinaga, acompañando los proyectos y documentación correspondiente.
- 5º) Desde el 13 de enero de 2005 hasta el 30 de junio de ese año, se ponen de manifiesto las discrepancias sobre los honorarios a satisfacer entre los cedentes de esos derechos, X,S.A. y Z, S.L., y la cesionaria, la Autoridad Portuaria de Las Palmas.
- 6º) El 11 de mayo de 2005 la Comunidad Autónoma se dirige a la Autoridad Portuaria de Las Palmas para que subsane ciertas deficiencias de las solicitudes formuladas en el concurso para la asignación de potencia. No hay constancia de que ese concurso haya sido resuelto.
- 7º) Por último, el 22 de febrero de 2006 el Presidente de la Autoridad Portuaria y el representante de “Y, S.L.” firman un acta de resolución del contrato de cesión de los derechos de propiedad intelectual suscrito el 12 de enero de 2005.

El Presidente, según ese documento, actúa en representación de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 41.2 a) de la Ley 27/1992 “quedando pendiente de aprobación el presente acuerdo por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas”.

En el acta citada, ambas partes, en virtud de la autonomía de la voluntad que se reconocen y de acuerdo con el artículo 1255 del Código Civil, “resuelven el contrato de fecha 12 de enero de 2005, poniendo fin al mismo sin que nada tengan que reclamarse por ello”.

En el párrafo siguiente añaden que “asimismo, acuerdan renunciar de forma expresa a cualquier reclamación judicial y/o extrajudicial por todos los conceptos, en cualquiera jurisdicciones derivadas del referido contrato”.

Se insiste, por último, en que este acuerdo queda pendiente de la aprobación por parte del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para dar adecuada respuesta a las cuestiones formuladas en la solicitud de informe es necesario, con carácter previo, analizar el régimen jurídico de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual de proyectos eólicos suscritos por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y las empresas a las que se ha hecho mención anteriormente, lo que obliga a adentrarse en el régimen jurídico de contratación de las Autoridades Portuarias.

El artículo 35.1, apartados 1 y 2, y 2 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), en la redacción dada a los mismos por la disposición final 2ª.7 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, establece con claridad ese régimen jurídico, cuando, después de señalar que las citadas Autoridades son organismos públicos con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar, regidas 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

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Administración General del Estado – LOFAGE– (ap. 1), añade, en el apartado 2 que “ las Autoridades Portuarias ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones públicas que el ordenamiento le atribuya,” y concluye diciendo que “en la contratación, las Autoridades Portuarias habrán de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés del organismo y homogeneización del sistema de contratación en el sector público, debiendo someterse a 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 cuando celebren contratos comprendidos en el ámbito de la misma.”

El sometimiento general de las actividades de las Autoridades Portuarias al ordenamiento jurídico privado, especialmente en materia de contratación, da lugar a que quede relegada a un segundo plano la determinación del carácter administrativo o privado del contrato de que se trate, para resaltarse que el contrato en cuestión, con carácter general, se va a regir, en cuanto a sus efectos y extinción, por el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio, como luego se verá, de la inevitable irrupción del Derecho Administrativo en los actos preparatorios de esos contratos. En todo caso, si se quiere buscar un paralelismo de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual a los que se refiere este informe, con los contratos a los que se refiere el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), ese paralelismo llevaría a la consideración de ese contrato como un negocio jurídico sobre una propiedad incorporeal y, por tanto, como un contrato privado de los recogidos en el apartado 3 de ese precepto legal.

La Ley 48/1998, de 30 de diciembre, a la que hace referencia el artículo 35.2 de la LPMM, parte de ese mismo presupuesto, no estableciendo, en modo alguno, que, los contratos incluidos en su ámbito de aplicación deban ser necesariamente administrativos o de carácter privado, dependiendo de la naturaleza pública o privada de la entidad contratante y, en su caso, del régimen jurídico específico de los mismos. En cualquier caso, los contratos discutidos no entrarían en el ámbito de aplicación de esa Ley, ya que no tienen relación con las actividades incluidas en ella –las recogidas en su artículo 3.b.ii): explotación de una zona geográfica determinada para la realización de una actividad de puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, puertos marítimos o interiores u otros terminales de transporte–, sin que pueda tener encaje, por otro lado, en los contratos de servicios a los que hace referencia el artículo 5 c) de esa Ley, con independencia de su cuantía. Por último, el artículo 7.1 de la Ley 48/1998, excluye la aplicación de la misma a los contratos que se celebren para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en el artículo 3. Todo ello lleva a postular, en cualquier caso, la inaplicación a los contratos de referencia de la Ley 48/1998, al margen, se insiste en su conceptualización como administrativos o privados, ya que lo decisivo es el régimen jurídico de los mismos.

- II -

En efecto, aunque la actividad contractual de las Autoridades Portuarias se rija por el ordenamiento jurídico privado, hay que matizar que lo que realmente se rige por el Derecho privado es el régimen jurídico de fondo de los contratos (efectos y extinción). Por el contrario, toda la actividad que precede a la celebración del contrato, los llamados actos separables, está regida por el Derecho Administrativo.

Los actos separables son aquellos actos administrativos, en sentido estricto, previos a la fase de desenvolvimiento del contrato, que tienen por finalidad o por causa la generación de las condiciones adecuadas para la conclusión de un negocio jurídico bilateral de tipo contractual, garantizando, por un lado, el acierto en la elección y selección de la otra parte contratante, en cumplimiento del principio de eficacia en la actuación administrativa proclamado en el artículo 103 de la Constitución, y, por otro, garantizando la libre concurrencia de los

interesados, así como los principios de publicidad, imparcialidad, transparencia, libre concurrencia y no discriminación, esenciales de la contratación por las Administraciones Públicas. Tienen, por tanto, la consideración de actos separables, todos los actos relacionados con la preparación y adjudicación de los contratos, debiendo incluirse también entre ellos, la propia decisión de contratar, lo que presupone la competencia del órgano de contratación.

Pues bien, aunque se conceptúen los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual de esos proyectos eólicos suscritos el 12 de enero de 2005 por el Presidente de la Autoridad Portuaria de las Palmas con las empresas antes mencionadas como contratos privados, en sentido propio, el régimen jurídico de preparación y adjudicación de los mismos está constituido, genéricamente, por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y por las demás normas administrativas especiales aplicables.

En efecto, partiendo de la consideración de estos contratos sobre propiedades incorporales como contratos privados (artículo 5.3 del TRLCAP), la condición de Administración Pública de las Autoridades Portuarias unida a la ausencia de previsiones específicas en lo relativo a la preparación y adjudicación de esos contratos en su legislación específica (artículos 46 a 50 de la Ley 48/2003), de preferente aplicación (artículo 9.1 del TRLCAP), hace inevitable que haya que tenerse presente, siquiera de forma supletoria, las previsiones genéricas sobre el particular contenidas, como se ha dicho, en la legislación sobre contratación administrativa.

Todas esas circunstancias comportan la necesidad de cumplir determinadas exigencias como son las relativas a la competencia del órgano de contratación, la existencia de crédito adecuado y suficiente y la oportuna aprobación del gasto, y como exigencia de orden lógico-jurídico, la determinación del contenido negocial mediante la elaboración del oportuno pliego de cláusulas.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, existe fundamento jurídico suficiente para entender que las actuaciones impuestas por esas prescripciones merecen la calificación de actos separables, no obstante la discusión sobre la aplicación de la teoría de los actos separables a las entidades públicas que, no siendo Organismos autónomos, sujetan su actividad contractual al ordenamiento jurídico privado como es el caso del Ente Público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias.

- III -

En efecto, si el concepto de acto separable tiene por fundamento la idea de que la intervención de cualquier entidad pública, como sujeto contratante, comporta siempre, aun cuando se trate de contratos civiles, la necesidad de observar determinadas formas y seguir un cauce procedimental regulado por el Derecho Administrativo en aras de la defensa del interés público (vid., por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1976 y 19 de octubre de 1981) o, en palabras de un conocido tratadista, la consideración de que “toda la organización de la Administración pertenece al campo del Derecho público, todo lo relativo a la capacidad y competencia para obrar está regulado por el Derecho público y todos los actos emanan, ya sean públicos o privados de los mismos órganos... por ello, toda la parte relativa a la formación de la voluntad, a la organización, al sujeto, a la capacidad, a la competencia, etc., pertenece a una zona común de todos los contratos de la Administración y no a los contratos administrativos,” no existe razón alguna para entender que las actuaciones de que se trata (competencia, existencia de crédito adecuado y suficiente, fiscalización previa, pliego de cláusulas y aprobación del expediente de gasto) no merezcan la calificación de actos separables cuando dichas actuaciones se ordenan precisamente a la correcta formación de la voluntad de toda Administración a través del cauce jurídico-público establecido al efecto.

Si, partiendo del concepto de actos separables que proporciona el artículo 9 del TRLCAP –los relativos a la preparación y adjudicación de contratos privados–, el artículo 11 de dicho texto legal enumera como tales, entre otros, los de competencia del órgano de contratación,

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

existencia de crédito adecuado y suficiente, aprobación del pliego de cláusulas, fiscalización previa y aprobación del gasto, lo razonable es entender que estas actuaciones, que son de inexcusable cumplimiento por todas las Administraciones Públicas y, por tanto, por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, merecen la conceptualización de actos separables de los contratos de dichas entidades públicas de que aquí se trata y que, por expresa determinación legal (artículo 35.2 de la LPMM) son contratos sometidos al Derecho privado.

No cabe argumentar válidamente, a juicio de este Centro Directivo, en contra del anterior criterio que, estableciéndose el concepto de acto separable por los aludidos preceptos legales respecto de los contratos privados de las Administraciones Públicas Territoriales incluidas en el ámbito de aplicación del TRLCAP (artículo 1.2), dicho concepto no puede aplicarse a contratos regidos por el Derecho privado de aquellas entidades públicas que no están incluidas en el ámbito de aplicación del citado texto legal, como ocurre con las Autoridades Portuarias. Este argumento, que quedaría apoyado por el tenor literal del artículo 2.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) no es, como se ha dicho, atendible, en razón de que, reiterando lo dicho, las exigencias relativas a la competencia del órgano, existencia de crédito adecuado y suficiente, pliego de cláusulas, fiscalización previa y aprobación del gasto resultan inherentes a la condición de Administración Pública ante la consideración de la relevancia jurídica que en todo caso, ya se trate de contratos públicos o privados, tiene el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración que ha de surgir a través de los cauces legalmente previstos. No sería coherente, atendido el fundamento de la doctrina de los actos separables, que en el caso de contratos privados de una Administración Pública sometida al TRLCAP merezcan la consideración de actos separables, con las consecuencias que ello comporta, las repetidas actuaciones relativas a la competencia, existencia de crédito adecuado y suficiente, pliego de cláusulas, fiscalización previa y aprobación del expediente de gasto y, en cambio, que estas mismas actuaciones no tengan la condición de actos separables, con los efectos que de ello se siguen, en el caso de contratos también regidos en sus efectos y extinción por el Derecho privado (como son los contratos a los que se refiere este informe) por la circunstancia de que la entidad pública contratante no esté sometida al TRLCAP, siendo así que esas actuaciones son, como se ha dicho, de inexcusable cumplimiento para todas las Administraciones Públicas, estén o no sometidas en su actividad contractual al TRLCAP.

La conclusión a que conducen las anteriores consideraciones queda confirmada, por otra parte, por la circunstancia de que la doctrina de los actos separables no es una doctrina de creación legal, sino de origen jurisprudencial que, con el fundamento antes indicado, acabó siendo recogida por la normativa sobre contratación de la Administración (surgida en la doctrina del Consejo de Estado francés –arrêts “Commune de Gorre” de 11 de diciembre de 1903, “Viller-Sur-Mer” de 24 de abril de 1904 y “Martin” de 24 de agosto de 1905– fue recibida por la jurisprudencia contencioso-administrativa española anterior a la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 -sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1958, 27 de diciembre de 1963, 16 de marzo de 1964 y auto de 17 de octubre de 1961-, limitándose la Ley de 17 de marzo de 1973, de reforma de la aludida Ley de 8 de abril de 1965, a recogerla); en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1981 dice que “esta moderna orientación (se refiere a la doctrina de los actos separables) está contenida en la Ley de 17 de marzo de 1973 que vino a perfilar muchos aspectos de la relación contractual, pero no es, en definitiva, sino explicitación legal de una vieja y reiterada doctrina jurisprudencial”. Pues bien, atendido el origen jurisprudencial de la doctrina de los actos separables en el que la misma queda referida a toda Administración Pública, no cabe ver en el TRLCAP una reducción del ámbito de aplicación de dicha doctrina en términos tales que las actuaciones de continua referencia no merezcan la calificación de actos separables por la circunstancia de que la entidad pública contratante no esté sometida en su actividad contractual a dicho texto legal.

Por lo demás, el criterio que aquí se mantiene queda confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en relación con un supuesto sustancialmente análogo al de las

Autoridades Portuarias, cual era el del régimen de contratación del Ente público Radiotelevisión Española anterior a la LCAP. Dispuesto por el artículo 5.2 del Estatuto de Radiodifusión y Televisión aprobado por la Ley 4/1980, de 10 de enero, que “en sus relaciones jurídicas externas (se refiere al Ente público Radiotelevisión Española), en las relaciones patrimoniales y contratación estará sujeta, sin excepciones, al Derecho privado”, el Alto Tribunal declaró aplicable a la contratación de dicha entidad pública, sometida según el citado precepto legal al derecho privado, la doctrina de los actos separables (sentencia de 24 de octubre de 1988 y autos de 24 de mayo y 7 de diciembre de 1988, 13 y 21 de noviembre de 1984, 5 de junio de 1990 y 20 de enero de 1989).

A mayor abundamiento, y para ratificar ya la plena aplicación de la doctrina de los actos separables a los contratos de las Autoridades Portuarias sometidos al Derecho privado se puede traer a colación el artículo 53 de la LOFAGE, primero del Capítulo de dicho texto legal dedicado a las entidades públicas empresariales, que serían unos entes intermedios entre los Organismos autónomos y las entidades de derecho público, categoría en la que se encuadrarían las Autoridades Portuarias. Pues bien, el apartado 2 de ese artículo señala que las citadas entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, “excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”, lo que pone de manifiesto que, rigiéndose por el Derecho Administrativo esas entidades en lo relativo, entre otras cosas, a la formación de la voluntad de sus órganos, deben tener en cuenta la normativa administrativa, configurándose, entre otros campos, en el de la contratación, un núcleo de actos separables, de inexcusable observancia. Si esto es así, con igual razón puede predicarse la existencia de ese núcleo de actos separables, de inexcusable cumplimiento para todas las Administraciones territoriales, en el caso de los entes públicos institucionales para los entes públicos, aunque sujeten su actividad contractual al Derecho privado.

- IV -

Llegados a este punto, es necesario señalar que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 9.3 del TRLCAP, todos los actos separables, considerando por tales los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato, son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa que, en su Ley Reguladora de 13 de julio de 1998 –LJCA– (artículo 2.b) se refiere también expresamente a los mismos. En otras palabras, la validez o invalidez de los actos preparatorios de todo contrato y de su adjudicación se somete al Derecho Administrativo cuando es contratante una Administración pública, siendo dichos actos separables del contrato mismo e impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa

Aunque el resultado final de una actuación de la Administración sea un contrato privado, la formación de su voluntad está sometida a unas reglas de naturaleza jurídico-administrativa, por lo que el control del proceso de formación de dicha voluntad que puede incidir, como aquí ocurre, en la competencia del órgano de contratación, que tiene la consideración de acto separable (artículo 9.3 en relación con el artículo 11.2.a) del TRLCAP), corresponde al orden contencioso, sin perjuicio de que tal voluntad desemboque en el otorgamiento de un contrato sometido al Derecho privado, lo cual, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1986, se configura como una técnica útil, en ciertos supuestos, si los vicios del acto anidan en la fase de formación de la voluntad del órgano que vaya a emitirlo.

Pues bien, en el presente caso, en la celebración por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de los contratos de cesión de derechos de propiedad intelectual con las empresas citadas en el encabezamiento de este informe se ha producido, a juicio de este Centro Directivo, una vulneración de las normas sobre competencia del órgano de contratación.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

En este sentido, si bien la Regla 4 de las Normas Generales de Contratación de Puertos del Estado atribuyen la cualidad de órgano de contratación, en sus correspondientes ámbitos competencial y territorial, a los Presidentes de las Autoridades Portuarias, no se puede perder de vista que, el artículo 40.3.o) de la LPMM otorga al Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias la competencia para “aprobar aquellos acuerdos, pactos, convenios y contratos que el propio Consejo determine que han de ser de su competencia, en razón de su importancia o materia.”

Sobre la base de esa previsión legal, el Consejo de Administración de las Autoridad Portuaria de Las Palmas, en sesión de fecha 11 de octubre de 1994 –punto 6.3– aprobó unas Normas de Contratación que modificaban las Normas anteriores de 2 de febrero de 1993, adaptando las mismas a las Normas aprobadas por Puertos del Estado, para acordar la elevación hasta 25.000.000 de las antiguas pesetas la competencia del Presidente para adjudicar contratos, quedando reservados al Consejo los de cuantía superior al citado importe.

Pues bien, habiéndose encargado por el Consejo de Administración al Presidente, en su reunión del día 10 de enero de 2005, únicamente “ la negociación” con las empresas antes citadas con la finalidad de conseguir, en las condiciones señaladas por el propio Consejo, la cesión de los proyectos técnicos presentados, como así se refleja, textualmente, en el acta del citado Consejo, y siendo el precio a satisfacer por el único contrato que sigue vigente, el celebrado con las empresas X, S.A. y Z, S.L, notoriamente superior al límite competencial de Presidente (el importe total de los tres proyectos a los que se refiere el contrato es de 592.503 euros (suma del importe de los tres proyectos, cuyos honorarios son de 143.464 euros el de 8 MW; 182.035 euros el de 12 MW; y 267.004 euros el de 20 MW), resulta obvia, al margen de las discrepancias posteriores acerca del importe de esos honorarios, la infracción de una norma competencial cual es la prevista en las Normas de Contratación de la Autoridad Portuaria que determina la invalidez del contrato celebrado por el Presidente de la Autoridad Portuaria, en nombre y representación del Organismo, pero sin tener facultades para ello. El único competente para celebrar ese contrato es el Consejo de Administración que debería haber adoptado el acuerdo oportuno al respecto sin perjuicio de que la firma del mismo, previo acuerdo también del Consejo, se realizara por el Presidente.

Acto seguido, es necesario analizar el grado exacto de invalidez del vicio detectado en la celebración de ese contrato por el Presidente de la Autoridad Portuaria, a lo que se va a dedicar el siguiente fundamento jurídico.

- V -

El artículo 61 del TRLCAP, primero del Capítulo de este texto legal dedicado a la invalidez de los contratos y de aplicación también, en lo relativo a los actos separables, a los entes públicos sometidos en su actividad al ordenamiento jurídico privado, considera inválidos los contratos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios, por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho Administrativo o de Derecho Civil a que se refieren los artículos siguientes.

El artículo 62 se refiere, acto seguido, a las causas de nulidad de Derecho Administrativo, entre las que se encuentran, por lo que aquí importa, las indicadas en el artículo 62 de la LRJ-PAC. Por su parte, el artículo 63 se refiere a las causas de anulabilidad de Derecho Administrativo, considerando como tales las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las reglas contenidas en el propio TRLCAP, de conformidad con el artículo 63 de la LRJ-PAC.

El artículo 62.1.b) de la LRJ-PAC considera nulos de pleno derecho los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, en línea con una doctrina jurisprudencial consolidada que, antes de la aprobación de esa Ley redujo los casos de incompetencia manifiesta a la incompetencia material o funcional e incompetencia territo-

rial, dado que el artículo 53.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, al admitir la convalidación por el órgano competente cuando fuera superior jerárquico del que dictó el acto viciado de incompetencia, se entendía que estaba excluyendo de la nulidad de pleno derecho el supuesto de incompetencia jerárquica. En la misma línea, tras la precisión hecha en el artículo 62.1.b) de la LRJ-PAC, se manifiesta el actual artículo 67.3 de este texto legal.

Con base en ello, y al margen de la inexistencia de un vínculo de jerarquía entre el Consejo de Administración y el Presidente de la Autoridad Portuaria, como luego se dirá, que haría de todo punto inviable una posible convalidación de la actuación del segundo por el primero, y de la hipotética existencia, no obstante, de supuestos de incompetencia manifiesta por infracción de las reglas jerárquicas de distribución de competencias, lo cierto es que la incompetencia del Presidente para la celebración del contrato de referencia no puede calificarse como manifiesta, primer requisito establecido por el artículo 62.1.b) de la LRJ-PAC para considerar nulo de pleno derecho el acto administrativo.

La doctrina del Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 14 de febrero de 1997) ha considerado que la exigencia de que la nulidad fuera manifiesta para que existiera nulidad de pleno derecho supone que la incompetencia debe ser “notoria, evidente y grave”, no bastando una interpretación dudosa. No debe exigirse – se dice - un esfuerzo dialéctico para su comprobación por saltar a primera vista (sentencia de 30 de marzo de 1971). Se ha impuesto la tesis según la cual, el término “manifiesta” no serviría para diferenciar entre los tres tipos de incompetencia, lo que ya hace la letra del artículo 62.1.b), sino para diferenciar los casos en los que el vicio de incompetencia “salta a la vista” de aquellos otros en que sólo un estudio reposado de las normas de aplicación revela la concurrencia del vicio.

Pues bien, la necesidad de tener presente e interpretar las prescripciones de la LRJ-PAC, del TRLCAP, de la LPMM, de las Normas generales de contratación de Puertos del Estado, así como el alcance del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 11 de octubre de 1994 determinan que no pueda considerarse esa incompetencia como manifiesta, a los efectos de su incardinación en el artículo 62 a) del TRLCAP, debiendo entenderse, por el contrario, que se ha producido una simple infracción del ordenamiento jurídico del artículo 63 del LRJ-PAC, es decir, una causa de anulabilidad de Derecho Administrativo, a la que se refiere el artículo 63 del TRLCAP.

Por lo que se refiere a la forma de hacer valer esa anulabilidad, hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 64.2 del TRLCAP que se remite a lo dispuesto en la LRJ-PAC y en la LJCA, con la particularidad de que, en el presente caso, es la propia Administración, en concreto, la Autoridad Portuaria de Las Palmas, la principal interesada en hacer valer esa infracción del ordenamiento jurídico, para lo cual dispone en este caso de la vía de la declaración de lesividad del artículo 103 de la LRJ-PAC, por lo que se debe analizar si concurren en el acto administrativo los requisitos precisos para que resulte procedente esa declaración, a lo que se va a dedicar el siguiente fundamento jurídico.

- VI -

Para dar respuesta a esta cuestión es necesario hacer las siguientes consideraciones:

- 1) El artículo 43 de la 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 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.

- 2) 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, consistente 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.

- 3) 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 (o de otra naturaleza), 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” Reiteran este criterio las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995 (Ar. 8343) y de 23 de abril de 2002 (Ar. 4610) que confirman expresamente la desaparición del requisito de la doble lesión.

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

Pues bien, ya se ha razonado suficientemente acerca de la infracción del artículo 40.3.o) de la LPMM que se concreta en el acuerdo de atribución de competencias del Consejo de Administración de 11 de octubre de 1994, cometida por el Presidente de la Autoridad Portuaria con la celebración de ese contrato, si bien puede surgir algún problema derivado de la inexistencia formal de un acto autónomo del mismo en el que se evidencie esa infracción.

Aunque, en efecto, no existe un acto formal y expreso del Presidente de la Autoridad Portuaria “asumiendo” la competencia para celebrar el contrato, se puede entender implícita la existencia del mismo en el propio contrato celebrado, en el que textualmente se refleja que “se encuentra especialmente facultado en virtud de acuerdo del Consejo de Administración, de fecha 10 de enero de 2005”, lo que no es cierto, como se ha expuesto, por lo que la declaración de lesividad, como se va a ver, tendría por objeto ese acto implícito de asunción de una competencia que no le corresponde, como presupuesto formal para la celebración de un contrato, que se encuentra por ello viciado en origen.

Por lo demás, resulta evidente también el perjuicio económico sufrido por la Autoridad Portuaria en cuanto al compromiso asumido por el Presidente en el contrato relativo al precio adicional que se deberá abonar en el supuesto de que alguno de los cedentes no resultase adjudicatario de la concesión demanial que en su día se otorgue, que excedería también de las facultades de negociación que el Consejo de Administración otorgó en su día al Presidente.

- VI -

Alcanzada la conclusión anterior, debe hacerse referencia a la regulación que contiene la LRJ-PAC (modificada por la Ley 4/1999) respecto a los requisitos y el procedimiento de la 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

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

producirá la caducidad del mismo” (artículo 103.3 de la LRJ-PAC, en la redacción dada por el artículo 81 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social).

A la vista del reiterado precepto legal y, 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, el aludido procedimiento debería estar terminado, mediante la oportuna declaración de lesividad por el órgano competente, en el referido plazo contado desde la fecha en que se dicte el correspondiente acuerdo de iniciación del procedimiento, 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.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, al trámite de audiencia al interesado, deberá cumplimentarse conforme establece el artículo 103 de la LRJ-PAC. Debe tenerse en cuenta en este punto que el artículo 25 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado dispone en su párrafo primero que “cuando para resolver los expedientes que se tramiten con intervención de los interesados sea preceptivo o se considere necesario el informe del Servicio Jurídico del Estado, dicho informe se solicitará, salvo norma expresa que disponga otra cosa, una vez evacuada la audiencia de aquéllos y formulada propuesta de resolución”, por lo que, en consecuencia, el informe a este Centro Directivo debería recabarse una vez evacuado el preceptivo trámite de audiencia a las sociedades interesadas y formulada la oportuna propuesta de resolución.

Por lo que respecta a la competencia para acordar la declaración de lesividad, debe tenerse en cuenta lo establecido en la disposición adicional decimosexta.1.c) de la LOFAGE que atribuye la competencia al órgano del Departamento ministerial al que esté adscrito el Organismo público en el caso de actos dictados por el máximo órgano rector de éste, y al máximo órgano rector del Organismo en el caso de actos dictados por órganos dependientes del mismo.

En el presente caso, y tal y como ha tenido oportunidad de señalar el Consejo de Estado en su dictamen 350/2005, de 7 de abril, y lo reitera en el dictamen 825/2005, de 2 de junio, en asuntos en los que estaba interesada la Autoridad Portuaria de Las Palmas, conforme al artículo 39 de la LPMM, los máximos órganos rectores de las Autoridades Portuarias son el Consejo de Administración y el Presidente sin distingos jerárquicos, diferenciándolos de los órganos de gestión, en relación jerárquica con aquéllos, y de los órganos de asistencia. Los artículos 40 y 41 de la misma disposición legal enumeran las competencias de uno y otro, que son distintas. Un análisis de dichas competencias permite afirmar que su distribución existente entre el Presidente y el Consejo de Administración se realiza mediante la técnica de reparto. Ello evidencia que no existe relación de jerarquía o dependencia entre el Consejo de Administración y su Presidente. Así resulta también del hecho de que el Presidente no sea nombrado por el Consejo de Administración, sino por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (Ley 27/1992, de 24 de noviembre, artículo 41); y de que no pueda ser destituido

por él; este criterio, se deduce del propio tenor del apartado a) del número 5 del artículo 40 de la misma disposición legal, al señalar que corresponde al Consejo de Administración “regir y administrar el puerto, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Presidente.” En otros términos, al no existir relación de jerarquía entre ambos órganos, los dos tienen la condición de máximos órganos de gobierno en sus respectivas esferas de competencias por lo que, de acuerdo con esa disposición, la competencia para declarar lesivo ese acto del Presidente corresponde al órgano al que está adscrito la Autoridad Portuaria, en este caso, la Secretaría General de Transportes, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio.

Una vez declarada la lesividad, deberán 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 cuanto a los efectos que ha de producir la declaración de nulidad de ese acto preparatorio del contrato, cuando sea firme, es preciso tener en cuenta lo prevenido en el artículo 65.1 del TRLCAP, según el cual la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato, cuando sea firme, llevará en todo caso, consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiese recibido en virtud del mismo (según refleja su solicitud de informe, a día de hoy, en el contrato suscrito con X, S.A y Z, S.L., todavía no se ha abonado el 50% de las tarifas de honorarios pactados, a satisfacer dentro de los treinta días siguientes a la firma del contrato, ante las discrepancias de las partes sobre su cuantía) y si esto no fuera posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Por último, en relación con el contrato suscrito el mismo día 12 de enero de 2005 con la entidad B, S.L., aunque se desconoce su precio, aspecto esencial para determinar la competencia para suscribirlo del Presidente, y dado que el 22 de febrero pasado el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y el representante de dicha empresa acordaron la resolución del mismo, sin que tengan nada que reclamarse, con renuncia además, de forma expresa, a cualquier reclamación judicial o extrajudicial por todos los conceptos, en cualesquiera jurisdicciones, y dejando a un lado el grado de ejecución del referido contrato, también desconocido, esta Abogacía General del Estado considera, a la vista de estas circunstancias, que el citado acuerdo, si bien supeditado a la aprobación del Consejo de Administración, puede ser una salida satisfactoria para solucionar la problemática suscitada, teniendo en cuenta, además, la primacía del derecho privado en esta cuestión relacionada con la extinción del contrato, por lo que no debería ser objeto de actuación administrativa alguna.

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 vigente contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual o del uso de los proyectos de parques eólicos, en el puerto de Arinaga, suscrito el 12 de enero de 2005 por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas con las empresas X, S.A y Z, S.L., con el fin de concurrir al concurso convocado por la Comunidad Autónoma de Canarias (Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías) para la autorización de la potencia oportuna, es anulable al haberse suscrito el citado contrato por el Presidente de dicha entidad pública sin tener competencia para ello, infringiendo las Normas de contratación de la propia Autoridad Portuaria aprobadas en sesión de un mismo Consejo de Administración de 11 de octubre de 1994 y demás normas aplicables.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Segunda.- La consideración de la competencia del órgano de contratación como un acto separable de los contratos, regidos por el ordenamiento jurídico privado, hace que a todas las cuestiones relacionadas con esos actos, les sean aplicables las normas de Derecho Administrativo, tal y como se ha razonado en este informe, y que, en consecuencia, al ser la propia Autoridad Portuaria la principal interesada en dejar sin efecto el citado contrato, la vía procedente para anular el mismo sea la de la declaración de lesividad (artículos 9.3, 63 y 64.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 43 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 103 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Tercera.- Aunque no existe un acto formal y expreso del Presidente de la Autoridad Portuaria asumiendo la competencia para celebrar el contrato, se puede entender implícita la existencia del mismo en el propio contrato celebrado, donde se refleja textualmente “que se encuentra especialmente facultado en virtud de acuerdo del Consejo de Administración de fecha 10 de enero de 2005”, por lo que la declaración de lesividad tendría por objeto ese acto implícito de asunción de competencia plasmado en el contrato y que vicia en origen el mismo.

Por lo demás, resulta evidente también el perjuicio económico sufrido por la Autoridad Portuaria en cuanto al compromiso contractual asumido por el Presidente de dicha entidad pública relativo al precio adicional que se debería abonar en el supuesto de que alguna de las cedentes no resultase adjudicataria de la concesión demanial que en su día se otorgue.

Cuarta.- En cuanto a los requisitos y procedimiento para la declaración de lesividad, debe tenerse en cuenta lo prevenido en el artículo 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, correspondiendo la competencia para acordar la declaración de lesividad al Secretario General de Transportes, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional décimosexta.1.c) de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que atribuye esa competencia, respecto a los actos dictados por el máximo órgano rector de los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado (en este caso el Presidente y el Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias comparten esa condición, sin distinguiendo jerárquicos), a los órganos a los que estén adscritos.

Quinta.- La declaración de nulidad del acto preparatorio del contrato celebrado por el Presidente de la Autoridad Portuaria con X, S.A. y Z, S.L., por falta de competencia para celebrarlo del Presidente, llevará consigo la del propio contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse, en su caso, las partes, las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuera posible, su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido (artículo 65.1 del TRLCAP).

Sexta.- Aunque el contrato de cesión de derechos de uso de un proyecto de parque eólico celebrado también por el Presidente de la Autoridad Portuaria de las Palmas el 12 de enero de 2005 con la empresa Y, S.L. pudiera adolecer de los mismos vicios que el anterior, el hecho cierto de que el citado contrato haya sido resuelto el 22 de febrero pasado en virtud de acuerdo entre el Presidente de la Autoridad Portuaria y el legal representante de Y, S.L., sin que las partes tengan nada que reclamarse, con renuncia expresa a cualquier reclamación judicial o extrajudicial, hace que el citado acuerdo, aun supeditado a la aprobación del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, suponga una solución satisfactoria a la problemática suscitada, sin que, en relación con el mismo, sea procedente, por tanto, en estos momentos, actuación administrativa alguna.

24.- Informe sobre conformidad a derecho de la aprobación de un modificado del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía”

Resumen

Consulta sobre la conformidad a Derecho de la aprobación de un modificado del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” consistente en la prolongación del dique citado en 487,96 metros y en la construcción de un contradique al sur del puerto de Las Palmas. Referencia a un anterior informe de este Centro Directivo de 29 de octubre de 2004 (ref. A.G. FOMENTO 15/04) y al dictamen del Consejo de Estado de 2 de junio de 2005, confirmatorio de dicho informe: Improcedencia de la aprobación de dicho modificado por las razones expuestas en los citados informe y dictamen, al tratarse de un supuesto sustancialmente análogo.

Observaciones

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ha sido sustituido y derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hoy Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 23/06

Fecha: 10 abril 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 viabilidad jurídica de aprobar un modificado del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” tramitado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

- 1º) El 12 de noviembre de 2002 el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas acordó adjudicar el contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” a la Unión Temporal de Empresas (UTE) formada por “FCC Construcción S.A.”, “Dragados, Obras y Proyectos, S.A.”, “Construcciones Especiales y Dragados, S.A” y “Matías Marrero Construcciones y Obras, S.A” El referido contrato se formalizó el 26 de diciembre de 2002, siendo el precio del mismo de 72.148.605,85 euros, con una baja sobre el presupuesto de licitación del 16,51%.
- 2º) Iniciada la ejecución de la obra y accediendo a los requerimientos formulados por diversas Administraciones Públicas, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, en sesión celebrada el 10 de octubre de 2003, acordó autorizar al Presidente para que negociara con la UTE la modificación del contrato. La modificación consistía en la reducción de las obras de prolongación del dique en unos 704 metros (al pasar de los 1192 metros previstos a 487,96 metros), con una correlativa disminución del presupuesto del 46,38 por 100, pasando de 72.148.605,85 euros a 38.685.059,88 euros. El resto, hasta completar el importe de la adjudicación, se abonaría a la UTE adjudicataria por construir la obra denominada “Dique de La Esfinge”, situado en la Península del Nido, prevista en el plan de inversiones vigente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, autorizado por el Ente Público Puertos del Estado.
- 3º) El Presidente de la Autoridad Portuaria recabó informe de la Abogacía del Estado de Las Palmas que, el 27 de febrero de 2004, dio su parecer a la posibilidad de negociar con la

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

UTE adjudicataria la modificación propuesta, motivando ello el acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 14 de mayo de 2004 aprobando el proyecto modificado.

Remitido dicho proyecto modificado a Puertos del Estado, este Organismo solicitó informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento. La citada Abogacía evacuó ese informe el 28 de septiembre siguiente en sentido contrario al de la Abogacía del Estado de Las Palmas, considerando no ajustada a Derecho esa modificación que tenía, en su opinión, un carácter sustancial, al haberse encargado al adjudicatario la ejecución de dos contratos distintos del que inicialmente se licitó con vulneración de los principios de publicidad y concurrencia ya que debía haberse convocado un nuevo concurso.

Ante la disparidad de criterios, esta Abogacía General del Estado, en informe de 29 de octubre de 2004 (A.G. Fomento 15/04), en la línea del informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, concluyó, con profusión de argumentos, que la modificación propuesta no era conforme a Derecho, por infringir los principios de publicidad y concurrencia establecidos en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) y en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre sectores excluidos.

4º) Ante ello, la Secretaría General de Transportes del Ministerio de Fomento acordó iniciar expediente de revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 14 de mayo de 2004. Tramitado el expediente por la citada Secretaría, se recabó el oportuno dictamen al Consejo de Estado que, el 2 de junio de 2005 (Expediente 825/2005), evacuó el mismo, considerando que procedía declarar la nulidad de pleno derecho de ese acuerdo por las mismas razones esgrimidas tanto por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento como por la Abogacía General del Estado a las que se hizo mención anteriormente.

5º) A la vista de todo ello, el Secretario General de Transportes del Ministerio de Fomento, por resolución de 8 de junio de 2005, acordó declarar la nulidad de pleno derecho del citado acuerdo. Tras esa resolución, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, en sesión de fecha 21 de julio de 2005, que se adjunta con la solicitud de informe, acordó “el desistimiento unilateral y parcial del contrato de obras de ‘Prolongación del Dique Reina Sofía’ adjudicado el 12 de noviembre de 2002, indemnizando a la UTE que resultó adjudicataria de los gastos y perjuicios derivados del recorte del proyecto, así como del beneficio industrial correspondiente a la parte de la obra que no se ejecutará. En lo demás, se cumplirá en sus propios términos el contrato de obras formalizado el 26 de diciembre de 2002, ejecutando las obras correspondientes a la ‘Prolongación del Dique Reina Sofía’ en 487,96 metros lineales”.

6º) Así las cosas, la Autoridad Portuaria de Las Palmas se ha dirigido al Ente público Puertos del Estado, consultando la posibilidad de redactar un nuevo proyecto modificado del Proyecto de “Prolongación del Dique Reina Sofía”, que consistiría básicamente en:

- La prolongación del Dique Reina Sofía en una longitud de 487,96 metros, siguiendo la misma alineación norte-sur que la de la tercera alineación actual del dique.
- Construcción de un contradique al sur del puerto que impida la reflexión del oleaje sobre el muelle de contenedores de León y Castilla cuyo abrigo era la justificación del proyecto inicial.

Al escrito de solicitud se acompaña la descripción de las obras que se contemplan en el proyecto modificado, que tendrá un presupuesto estimado de 60.000.000 euros, lo que supone un 16,84 por 100 menos del importe de adjudicación del contrato del proyecto originario del contrato “Prolongación del Dique Reina Sofía” (72.148.605,85 euros).

7º) Como consecuencia de ello, y a la vista del contenido del informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado de 29 de octubre de 2004 y del dictamen del Consejo de Estado de 2 de junio de 2005, se solicita el parecer de este

Centro Directivo sobre la conformidad o disconformidad a derecho de la autorización y aprobación del referido Proyecto modificado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Dada la evidente similitud entre la cuestión planteada en este informe y la que dio lugar al informe de esta Abogacía General del Estado de 29 de octubre de 2004 (ref. A.G. Fomento 15/04), resulta preciso hacer un breve recordatorio de las conclusiones más importantes de ese informe vertidas a lo largo del mismo y que sirven, como es obvio, para dar una respuesta adecuada en Derecho a la cuestión que ahora se suscita.

En dicho informe (fundamento jurídico I), se comenzaba dejando claramente sentado que el contrato de obras para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía” estaba sometido a las reglas que sobre procedimientos de adjudicación establece la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, y al ordenamiento jurídico privado en cuanto a su régimen de fondo (efectos y extinción).

Rigiéndose por el ordenamiento jurídico privado en cuanto a sus efectos y extinción, en el fundamento jurídico II, se dejaba también claro que no había inconveniente, desde esta perspectiva jurídico privada, y mediando el consentimiento de ambas partes, para la modificación del contrato de obras en los términos pretendidos (reducción de las obras, de 1193,55 a 487,96 metros, y aplicación del sobrante del precio a la construcción de la obra denominada “Dique de la Esfinge”).

Sin embargo, en el fundamento jurídico III, con la cita oportuna de la doctrina del Tribunal Supremo, del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el particular se señalaba que el efecto o consecuencia que se derivaría de la caracterización jurídico-privada del contrato y que permitiría su modificación por mutuo acuerdo de las partes, quedaba limitada y, en rigor, excluida por razón de las exigencias que comporta la funcionalidad de los principios de publicidad y concurrencia que, de esta forma, se superponían a esa regla general de modificabilidad de todo contrato privado por acuerdo de las partes. Más particularmente, y ya con referencia a esos principios de publicidad y concurrencia, es doctrina reiterada del Consejo de Estado –se decía en el informe– que la introducción de alteraciones sustanciales en los objetos de los contratos infringe los principios de publicidad y concurrencia.

El propio Consejo de Estado, en su dictamen al expediente de revisión de oficio del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 14 de mayo de 2004, emitido, como se dijo, el 2 de junio de 2005 (Exp. 825/2005), tuvo oportunidad de señalar de nuevo que “los principios de publicidad y concurrencia constituyen los pilares básicos de la regulación contenida en la Ley 48/1998, de 30 de diciembre. Y no sólo han de ser respetados al momento de adjudicación del contrato, sino que deben informar toda su vida. La vigencia de dichos principios comporta la imposibilidad de alterar sustancialmente las prestaciones de un contrato mediante modificaciones” (punto 6).

En el fundamento jurídico IV se indicaba que la modificación pretendida suponía una alteración sustancial del contrato, tanto en el aspecto cuantitativo como cualitativo, pues, al hecho de la reducción en más de un 50 por 100 de la longitud del dique, se añadía la construcción de un nuevo dique, proyecto no previsto en el contrato originario, alterándose el aspecto cualitativo, como se ha dicho, de definición o determinación del objeto del contrato. A lo expuesto, no se opone –se decía en el informe– la consideración de que dicha modificación no da lugar a la asunción, por parte de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de un nuevo o mayor compromiso de gasto,

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

En el mismo informe se insistía en el hecho de que, una vez sacado a licitación un contrato y adjudicado éste, los licitadores distintos del adjudicatario podrían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produjo (en iguales términos el dictamen del Consejo de Estado de 2 de junio de 2005). Tampoco podía descartarse que, si se hubiese convocado un procedimiento de selección de contratistas para cada una de las obras por separado, otras empresas distintas de las que en su día licitaron por el contrato originario se hubieran presentado en esos procedimientos de selección.

Por último, el informe tantas veces citado, no apreciaba una antítesis entre los principios de publicidad y concurrencia de una parte, y el principio de salvaguardia del interés del organismo, por otra parte. Los posibles perjuicios al interés público derivados de la incoación de un nuevo expediente de contratación y la adjudicación de un nuevo contrato, previa resolución (o desistimiento parcial) del contrato originario, son connaturales a la propia Ley de Contratos del Estado y se justifican en el interés general que la Ley trata de proteger, como es el de la libre y pública licitación en los contratos administrativos (dictámenes 1254/93 y 4350/97 del Consejo de Estado, citados en el informe).

El informe concluía, como se indica en el antecedente 3º, considerando que la modificación que se pretendía introducir no era ajustada a Derecho por infringir los principios de publicidad y concurrencia, parecer con el que se mostraba plenamente conforme el Consejo de Estado en su dictamen posterior sobre la revisión de oficio del acuerdo de modificación del Proyecto.

- II -

Una vez resaltados en el fundamento jurídico anterior los aspectos más significativos del informe de esta Abogacía General de 29 de octubre de 2004, es preciso analizar el alcance exacto de la modificación del proyecto de “Prolongación del Dique Reina Sofía,” dando, de entrada, por reproducidos, íntegramente, los fundamentos jurídicos I a III del informe antes citado.

Pues bien, como se refleja en la solicitud de informe, el nuevo proyecto modificado, sometido a la consideración previa de Puertos del Estado antes de la autorización y aprobación del mismo, consiste básicamente en:

- 1) La prolongación del Dique Reina Sofía en una longitud de 487,96 metros, siguiendo la misma alineación norte-sur que la de la tercera alineación actual del dique.
- 2) La construcción de un contradique al sur del puerto que impida la reflexión del oleaje sobre el muelle de contenedores de León y Castillo cuyo abrigo era la justificación del proyecto inicial.

Así las cosas, parece, de nuevo, indudable que la modificación pretendida, en especial la relativa al contradique de nueva construcción (la reducción de las obras de prolongación ha sido objeto ya de un desistimiento unilateral y parcial del contrato, tras la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo del Consejo de Administración de 14 de mayo de 2004, acordándose el cumplimiento en sus propios términos del contrato originario y la ejecución de las obras del dique en 487,96 metros), constituye una alteración sustancial, en el aspecto cualitativo, del contrato, ya que no puede reputarse como una modificación de escasa entidad la construcción, por parte del adjudicatario, de un nuevo dique, no contemplado en el proyecto originario, sin que a ello sea óbice el hecho de que la construcción de un contradique, que permita el abrigo necesario de los buques, sea una consecuencia directa de la reducción de la longitud del dique.

En otras palabras, este Centro Directivo considera que las modificaciones introducidas en el proyecto original, en especial, la obra de construcción del contradique constituyen una

variación esencial del objeto del contrato. Se trata de un proyecto distinto del original que, como ya tuvo oportunidad de decir el Consejo de Estado en su dictamen de 2 de junio de 2005, respecto al Dique de la Esfinge, no sólo es susceptible de ser adjudicado de manera independiente, sino que debe serlo a tenor de las reglas de publicidad y concurrencia aplicables, siendo, una vez más, irrelevante que la cuantía del precio del contrato modificado se reduzca o que la nueva obra a ejecutar sea del mismo tipo que la inicialmente prevista ya que, como indicó la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, en el informe a que se hace mención en el antecedente 3º, lo que define singularmente al contrato de obras es el proyecto y no los tipos de obras a ejecutar o los materiales o técnicas a emplear.

La modificación propuesta por la Autoridad Portuaria de Las Palmas, en especial, la construcción del contradique al sur del puerto excede de los límites propios de la facultad de modificación contractual, debiendo convocarse un concurso distinto e independiente para adjudicar los nuevos trabajos a efectuar. De esa forma se daría cumplimiento a los principios de publicidad y concurrencia (cfr. artículo 35.2 de la LPMM, artículo 10 de la Ley 48/1998, y por extensión, en el ámbito de los contratos administrativos, artículo 11.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000 –TRLCAP–).

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 modificación que, en los términos indicados en el antecedente 6º del presente informe, se pretende introducir en el contrato de obras del proyecto “Prolongación del Dique Reina Sofía,” en especial, la construcción de un contradique al sur del puerto que impida la reflexión del oleaje sobre el muelle de contenedores de León y Castilla, cuyo abrigo era la justificación del proyecto inicial, constituye una alteración sustancial de definición o determinación del objeto del contrato que obliga a convocar un nuevo concurso distinto e independiente del anterior, con el fin de dar cumplimiento a los principios de publicidad y concurrencia que sancionan el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y el artículo 10 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

25.-Informe sobre posible declaración de lesividad de un acto (implícito) de asunción de competencia en materia de contratación por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas

Resumen

Consulta sobre la posible declaración de lesividad de un acto (implícito) de asunción de competencia en materia de contratación por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, y que dio lugar a la celebración de un contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual de tres proyectos de parques eólicos a favor de dicha entidad pública. Apreciación de fundamento jurídico suficiente para la declaración de lesividad; referencia a informe de este Centro Directivo de 27 de marzo de 2006 (ref. A.G. Entes Públicos 28/06). Efectos derivados de la declaración de lesividad: anulación del contrato y restitución de las prestaciones convenidas e indemnización de daños y perjuicios por la parte que resulta culpable de la anulación; improcedencia, en el caso examinado, de que la Autoridad Portuaria abone el gasto o coste de elaboración de los proyectos a las empresas que los cedieron a aquélla, al haberse anulado por la Comunidad Autónoma de Canarias el concurso convocado por ella al que pudieron haber concurrido las empresas cedentes de los proyectos de no haber convenido la cesión de los mismos a la Autoridad Portuaria de Las Palmas

Observaciones

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ha sido sustituido y derogado por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hoy Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

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 y recogido en el nº 13.

Ref.: A.G. FOMENTO 19/06

Fecha: 22 diciembre 2006.

Ponente: Raquel Ramos Vallés

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado el expediente de declaración de lesividad del acto de asunción de competencias por parte del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, para la celebración del contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual de tres proyectos de parques eólicos en el puerto de Arinaga (Las Palmas), suscrito el 12 de enero de 2005 con las empresas "X, S.A" y "Z, S.L." En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

1º) El 22 de julio de 2004 la empresa "X, S.A. solicitó de la Autoridad Portuaria de Las Palmas una concesión demanial de ocupación de suelo de dominio público portuario para la instalación y explotación de aerogeneradores en el Puerto de Arinaga, condicionada a la obtención de la correspondiente concesión de potencia por la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Autónoma de Canarias. De ese mismo escrito y de la contestación a un requerimiento de subsanación posterior, se desprende que la empresa MEDIOTEC INVERSIONES S.A. formuló su solicitud contando con la

colaboración de la empresa “Z,, S.L. que, en cierto modo, adquirió la condición de solicitante en exclusiva.

- 2º) El 2 de diciembre de 2004 el Director del Puerto elaboró una propuesta de otorgamiento de la concesión supeditada a la aceptación de determinadas condiciones por la entidad “Z,, S.L., propuesta que se elevó por el Sr. Presidente de la Autoridad Portuaria al Consejo Administración para su aprobación.
- 3º) El 10 de enero de 2005 tuvo lugar la reunión del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria. En dicha reunión, el Sr. Presidente, a la vista de las manifestaciones realizadas por diversos consejeros, decidió retirar del orden del día la propuesta de otorgamiento de esa concesión a favor de “Z, S.L”

No obstante, en ese mismo Consejo uno de los Consejeros propuso negociar con las empresas solicitantes la cesión de los proyectos técnicos presentados, ofreciéndoles los gastos correspondientes para que la Autoridad Portuaria pudiera presentarse al concurso para la concesión de potencia convocado por la Comunidad Autónoma en virtud de Orden de 14 de octubre de 2004. En el supuesto de obtener en ese concurso la autorización de potencia, se convocaría por esa Autoridad Portuaria un concurso público para la concesión demanial para la ocupación de suelo de dominio público portuario con destino a la instalación y explotación de los autogeneradores. El mismo Consejero sugirió que, en la negociación a celebrar con las citadas empresas, habría que conseguir que éstas renunciaran a percibir de la Autoridad Portuaria de Las Palmas los gastos de los proyectos, si resultaran adjudicatarias del concurso que en su día convocase la citada Autoridad Portuaria.

La idea propuesta por ese Consejero fue aceptada por unanimidad del Consejo, “encargándose al Presidente la negociación con las empresas con tal finalidad”, según se recoge en el acta de la reunión.

- 4º) El 12 de enero de 2005 el Presidente de la Autoridad Portuaria, actuando “en nombre y representación del Organismo, en virtud de las facultades que le confiere el artículo 41.2.a) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre” y encontrándose “especialmente facultado en virtud de acuerdo del Consejo de Administración, de fecha 10 de enero de 2005”, suscribió con “X,S.A. y “Z, S.L. un contrato de cesión de los derechos de propiedad intelectual de los proyectos técnicos elaborados por las mismas. En la cláusula cuarta de dicho contrato se fijan las condiciones económicas, previéndose el reintegro del precio satisfecho a esas empresas por la Autoridad Portuaria, si resultaren adjudicatarias del concurso para la concesión demanial, así como el incremento del precio fijado en un 3,5% de la facturación bruta del Parque Eólico si no resultaren adjudicatarios de esa concesión del dominio público portuario.
- 5º) La Autoridad Portuaria de Las Palmas presentó, el 13 de enero de 2005, la oportuna solicitud para concurrir al concurso convocado por la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Autónoma de Canarias para la asignación de potencia en la modalidad de instalación de nuevos parques eólicos (en concreto, se solicitó la concesión de tres parques eólicos de 8 MW, 12 MW y 20 MW) en el puerto de Arinaga, acompañando los proyectos y documentación correspondiente.
- 6º) Desde el 13 de enero de 2005 hasta el 30 de junio de ese año, se ponen de manifiesto las discrepancias sobre los honorarios a satisfacer entre los cedentes de esos derechos, “X S.A. y “Z, S.L., y la cesionaria, la Autoridad Portuaria de Las Palmas.
- 7º) El 11 de mayo de 2005 la Comunidad Autónoma se dirige a la Autoridad Portuaria de Las Palmas para que subsane ciertas deficiencias de las solicitudes formuladas en el concurso para la asignación de potencia. No hay constancia de que ese concurso haya sido resuelto.
- 8º) Formulada consulta a la Abogacía General del Estado sobre la legalidad del contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual suscrito por el Presidente de la Autoridad Portuaria el

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

12 de enero de 2005, con fecha de 27 de marzo de 2006 este Centro Directivo emitió informe (Ref. A. G. Entes Públicos 28/06), en cuyas conclusiones se indicaba lo siguiente:

“Primera.- El vigente contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual o del uso de los proyectos de parques eólicos, en el puerto de Arinaga, suscrito el 12 de enero de 2005 por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas con las empresas “X,S.A” y “Z, S.L., con el fin de concurrir al concurso convocado por la Comunidad Autónoma de Canarias (Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías) para la autorización de la potencia oportuna, es anulable al haberse suscrito el citado contrato por el Presidente de dicha entidad pública sin tener competencia para ello, infringiendo las Normas de contratación de la propia Autoridad Portuaria aprobadas en sesión de un mismo Consejo de Administración de 11 de octubre de 1994 y demás normas aplicables.

Segunda.- La consideración de la competencia del órgano de contratación como un acto separable de los contratos, regidos por el ordenamiento jurídico privado, hace que a todas las cuestiones relacionadas con esos actos, les sean aplicables las normas de Derecho Administrativo, tal y como se ha razonado en este informe, y que, en consecuencia, al ser la propia Autoridad Portuaria la principal interesada en dejar sin efecto el citado contrato, la vía procedente para anular el mismo sea la de la declaración de lesividad (artículos 9.3, 63 y 64.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 43 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 103 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Tercera.- Aunque no existe un acto formal y expreso del Presidente de la Autoridad Portuaria asumiendo la competencia para celebrar el contrato, se puede entender implícita la existencia del mismo en el propio contrato celebrado, donde se refleja textualmente “que se encuentra especialmente facultado en virtud de acuerdo del Consejo de Administración de fecha 10 de enero de 2005”, por lo que la declaración de lesividad tendría por objeto ese acto implícito de asunción de competencia plasmado en el contrato y que vicia en origen el mismo.

Por lo demás, resulta evidente también el perjuicio económico sufrido por la Autoridad Portuaria en cuanto al compromiso contractual asumido por el Presidente de dicha entidad pública relativo al precio adicional que se debería abonar en el supuesto de que alguna de las cedentes no resultase adjudicataria de la concesión demanial que en su día se otorgue.

Cuarta.- En cuanto a los requisitos y procedimiento para la declaración de lesividad, debe tenerse en cuenta lo prevenido en el artículo 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, correspondiendo la competencia para acordar la declaración de lesividad al Secretario General de Transportes, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional décimosexta.1.c) de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado que atribuye esa competencia, respecto a los actos dictados por el máximo órgano rector de los Organismos públicos adscritos a la Administración General del Estado (en este caso el Presidente y el Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias comparten esa condición, sin distingos jerárquicos), a los órganos a los que estén adscritos.

Quinta.- La declaración de nulidad del acto preparatorio del contrato celebrado por el Presidente de la Autoridad Portuaria con X, S.A. y Z S.L., por falta de competencia para celebrarlo del Presidente, llevará consigo la del propio contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse, en su caso, las partes, las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuera posible, su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria los daños y perjuicios que haya sufrido (artículo 65.1 del TRLCAP).

(...):”

9º) El 2 de junio de 2006 la Autoridad Portuaria de las Palmas solicitó, por conducto de Puertos del Estado, la incoación del procedimiento de declaración de lesividad del contrato celebrado el 12 de enero de 2005.

10º) Por Acuerdo del Secretario General del Transportes de 26 de julio de 2006 se inició el procedimiento de declaración de lesividad del contrato de continua referencia, confiéndose trámite de audiencia a las empresas interesadas, Z, S.L. y X, S.A., las cuales comparecieron en el expediente el 23 de agosto de 2006, solicitando una ampliación del plazo para formular alegaciones, que fue concedida, y la entrega de una copia literal del acta de la reunión del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de las Palmas celebrada el 10 de enero de 2005, que fue facilitada parcialmente, en aquellas páginas que se referían al contrato de 12 de enero de 2005.

El 13 de noviembre de 2006 los representantes de las empresas interesadas formularon escrito de alegaciones en el que consideran que las copias parciales del acta de la reunión del Consejo en su día facilitadas resultan insuficientes, por faltar en ellas particulares como “el orden del día de la misma” o “la propuesta referida en el párrafo quinto de su página 8, que se dice fue retirada por el Presidente”, solicitando que se completase la documentación facilitada para hacer efectivo su derecho de defensa, y mostrando su disconformidad con el vicio de incompetencia invocado y con el procedimiento articulado para declarar la invalidez del contrato de 12 de enero de 2005.

La solicitud de ampliación de la documentación no fue atendida por el órgano instructor, por considerar que las copias parciales del acta facilitadas reflejan todo lo manifestado por los Consejeros respecto al contrato de 12 de enero de 2005, afectando el resto de los documentos solicitados a cuestiones distintas en las que los alegantes no tienen la condición de interesados.

11º) Con fecha de 27 de noviembre de 2006 la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento formuló propuesta de resolución favorable a la declaración de lesividad del acto de asunción de competencias por parte del Presidente de la Autoridad Portuaria de las Palmas, para la celebración del contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual suscrito el 12 de enero de 2005 con las empresas X,S.A. y Z, S.L., remitiendo el expediente a este Centro Directivo para la emisión del correspondiente informe, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

12º) La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado solicitó verbalmente a Puertos del Estado información sobre el estado de tramitación del concurso para la asignación de potencias convocado por la Comunidad Autónoma de Canarias por Orden de 14 de octubre de 2004, y sobre el mantenimiento o retirada de la oferta en su día presentada al mismo por la citada Autoridad Portuaria.

Puertos del Estado informó verbalmente a este Centro Directivo de que el referido concurso de asignación de potencias había sido anulado por la Comunidad Autónoma convocante, remitiendo a este Centro Directivo, el día 20 de diciembre de 2006, una copia de la Orden de 28 de junio de 2006, por la que se declara la nulidad de la Orden de 14 de octubre de 2004, de convocatoria del referido concurso de asignación de potencia, en el procedimiento de revisión de oficio tramitado por la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Autónoma de Canarias (Boletín Oficial de la Comunidad Canaria de 30 de junio de 2006).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Se somete a informe de este Centro Directivo la propuesta de resolución de declaración de lesividad del acto de asunción de competencias, por parte del Presidente de la Autoridad de Las Palmas, para la celebración del contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual suscrito el 12 de enero de 2005 con las empresas X,S.A. y “Z, S.L.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

La ilegalidad del referido acto de asunción de competencias por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas —a la que se supedita la procedencia de la declaración de lesividad de dicho acto—, ya fue extensamente abordada por este Centro Directivo en su anterior informe de 27 de marzo de 2006, cuyas consideraciones, en aras de la brevedad, se dan aquí por reproducidas.

Efectivamente, en dicho informe este Centro Directivo consideró anulable el contrato de 12 de enero de 2005, por haber sido suscrito por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas sin tener competencia para ello, a tenor de lo dispuesto en las Normas de Contratación de la Autoridad Portuaria aprobadas el 11 de octubre de 1994, pues siendo el importe total de los tres proyectos a que se refiere el contrato de 12 de enero de 2005 de 592.503 euros, el precio del contrato celebrado resulta notoriamente superior al límite competencial del Presidente, fijado en 25.000.000 de las antiguas pesetas. Siendo la competencia del órgano de contratación un acto separable al que resultan aplicables las normas de Derecho Administrativo, y siendo la Autoridad Portuaria la principal interesada en dejar sin efecto dicho contrato, la vía procedente es la declaración de lesividad, cuyos presupuestos y requisitos se examinaron igualmente en el anterior informe de 27 de marzo de 2006, y figuran convenientemente recogidos en la propuesta de declaración de lesividad sobre la que se solicita informe.

Establecida la ilegalidad del acto de asunción de competencias por parte del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas del que trae causa el contrato de 12 de enero de 2005, y la procedencia de la declaración de lesividad y ulterior impugnación del acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener su anulación, se han de efectuar una serie de consideraciones adicionales.

Del expediente administrativo remitido se desprende (acta de la reunión del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 10 de enero de 2005 y contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual 12 de enero de 2005) que la Autoridad Portuaria adquirió los derechos de propiedad intelectual de los tres proyectos de parques eólicos en cuestión con objeto de concurrir, la propia Autoridad Portuaria, al concurso de asignación de potencias convocado por la Comunidad Autónoma de Canarias.

La anulación, a instancia de la Autoridad Portuaria, del contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual de los proyectos de parques eólicos de referencia sería incompatible con el mantenimiento de cualquier uso, por parte de la Autoridad Portuaria, de los derechos de propiedad intelectual objeto de cesión. Dicho de otro modo, no sería jurídicamente admisible, y entrañaría una clara contradicción, que la Autoridad Portuaria pretendiese anular el contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual de los tres proyectos de parques eólicos, instando a tal efecto una declaración de lesividad, y que, al mismo tiempo, pretendiese mantener los efectos derivados del contrato de cesión, haciendo uso de los derechos de propiedad intelectual cedidos en virtud del contrato de 12 de enero de 2005, como acontecería en el hipotético caso de que la Autoridad Portuaria mantuviese la oferta en su día presentada al concurso de asignación de potencia convocado por la Comunidad Autónoma cuando, como se desprende del expediente administrativo remitido, dicha oferta se sustenta en los proyectos de parques eólicos cuya propiedad intelectual fue objeto de cesión en virtud del contrato de 12 de enero de 2005.

La circunstancia de que la propuesta de declaración de lesividad recoja únicamente el dato de que “no hay constancia de que dicho concurso (en alusión al concurso para la asignación de potencia convocado por la Comunidad Autónoma de Canarias), haya sido resuelto”, ha llevado a este Centro Directivo a solicitar verbalmente información sobre el estado de tramitación del concurso y sobre la retirada o mantenimiento de la oferta presentada al mismo por la Autoridad Portuaria con base, precisamente, en los proyectos cuya propiedad intelectual fue cedida a la Autoridad Portuaria en virtud del contrato de 12 de enero de 2005.

Pues bien, tal y como se recoge en los antecedentes, la Puertos del Estado ha informado a este Centro Directivo que el concurso de asignación de potencia en su día convocado

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

por Orden de 14 de octubre de 2004 ha sido anulado por Orden de 28 de junio de 2006, en el procedimiento de revisión de oficio tramitado al efecto por la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Esta circunstancia determina, en primer lugar, que resulte innecesario un acto de retirada formal de la oferta por parte de la Autoridad Portuaria, habida cuenta que la anulación del concurso conlleva la pérdida de virtualidad de todas las ofertas, tanto la presentada por la Autoridad Portuaria como las presentadas por el resto de licitadores concurrentes.

La anulación del concurso de asignación de potencias por la propia Comunidad Autónoma determina, en segundo lugar, que no se aprecie impedimento u obstáculo legal alguno en la anulación del acto de asunción de competencias por el Presidente de la Autoridad Portuaria del que trae causa el contrato de 12 de enero de 2005, pues la anulación de dicho concurso, para el que fueron adquiridos por la Autoridad Portuaria los derechos de propiedad intelectual de continua referencia, excluye el mantenimiento de un uso de tales derechos por la Autoridad Portuaria incompatible con la anulación del contrato del que trae causa la propia cesión.

Por todo lo expuesto, se considera necesario incorporar al expediente la copia de la Orden de anulación del concurso de 28 de junio de 2006, pues dicha anulación acredita la ausencia de uso por la Autoridad Portuaria de los derechos de propiedad intelectual objeto de cesión, exigencia a la que se supedita la declaración de lesividad del acto de asunción de competencias del que trae causa el contrato de 12 de enero de 2005.

- II -

Respecto a los efectos derivados de la declaración de lesividad, en el informe de 27 de marzo de 2006 se indicó que la anulación del acto preparatorio del contrato de 12 de enero de 2005 llevaría consigo la del propio contrato, que entraría en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo y, si esto no fuera posible, su valor, estando obligada la parte que resulte culpable a indemnizar a la otra los daños y perjuicios que ésta hubiera sufrido, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

La restitución de las prestaciones derivadas del contrato que se pretende declarar lesivo conllevaría, en principio, la anulación de la transmisión de los derechos de propiedad intelectual, que volverían a pertenecer a las entidades cedentes, y la devolución del precio o contraprestación económica en su caso satisfecho por la Autoridad Portuaria, como parte cesionaria. Si la restitución in natura no fuera posible, sería sustituida por una indemnización de daños y perjuicios, quedando además obligada la parte culpable a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la otra.

Pues bien, la anulación del concurso de asignación de potencia a la que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior también tiene incidencia en los eventuales efectos derivados de la anulación del contrato de 12 de enero de 2005, lo que abunda en la necesidad de documentar dicha circunstancia en el expediente administrativo.

Efectivamente, y como ya se ha indicado, la anulación del concurso (para concurrir al cual la Autoridad Portuaria adquirió los derechos de propiedad intelectual derivados del contrato de 12 de enero de 2005) implica la falta de explotación por la Autoridad Portuaria de los mismos, y con ello, la posibilidad de que las partes pudieran restituirse in natura de las prestaciones recibidas.

La anulación del concurso de asignación de potencia tiene también incidencia en la cuantificación de los eventuales daños y perjuicios derivados de la anulación del contrato de 12 de enero de 2005, por cuanto que afecta al nexo de causalidad existente entre la producción de tales daños y la actuación de la Autoridad Portuaria. Efectivamente, si bien, en principio,

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

parece lógico entender que las entidades cedentes (X,S.A. y Z, S.L.) podrían legítimamente reclamar, como daños derivados de la anulación del contrato de 12 de enero de 2005, los gastos efectivos en los que hubieran incurrido para la elaboración de los proyectos de parques eólicos objeto de posterior cesión, (proyectos con los que las empresas cedentes pensaban, en principio, concurrir, al concurso de asignación de potencia convocado por la Comunidad Autónoma de Canarias, a cuyo fin solicitaron la correspondiente concesión demanial a la Autoridad Portuaria), la anulación de dicho concurso por parte de la Comunidad Autónoma convocante determina que el perjuicio efectivo, consistente en el gasto de elaboración de los proyectos para concurrir a dicho concurso, no resulte directamente imputable a la Autoridad Portuaria, que no ha tenido intervención alguna en la anulación del concurso convocado por la Comunidad Autónoma.

Resulta relevante, a estos efectos, que la propia Orden de anulación del concurso de la Comunidad Autónoma de Canarias, de 28 de junio de 2006, aborde el reconocimiento de oficio de los gastos en que hayan incurrido los licitadores y del derecho a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la anulación en su apartado octavo, 7, remitiendo a los interesados al correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial que se inicie, a instancia de los interesados, con sujeción a lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Finalmente, la anulación del concurso de asignación de potencia excluye la procedencia de eventuales reclamaciones de daños y perjuicios a la Autoridad Portuaria como consecuencia de la falta de presentación al concurso por las empresas cedentes, por haber cedido a aquélla los derechos de propiedad intelectual de los proyectos. Y ello por cuanto que, si tales perjuicios ya con carácter general no resultan indemnizables (en cuanto representan una plasmación de lo que la jurisprudencia conceptúa como meras expectativas o sueños de ganancia), en el concreto supuesto que se examina ni siquiera serían ya imputables a la Autoridad Portuaria, pues la anulación del concurso por la Comunidad Autónoma elimina cualquier posibilidad de que las empresas cedentes pudiesen resultar adjudicatarias del mismo.

Así las cosas, los efectos económicos derivados de la anulación del contrato de 12 de enero de 2005 habrían de circunscribirse, en principio, (y siempre sin perjuicio de otros daños que no consten en el expediente remitido y que puedan válidamente acreditar las empresas cedentes), a la restitución de las prestaciones recibidas, esto es, a la devolución de los derechos de propiedad intelectual, la parte cesionaria, y el importe de la contraprestación recibida, la parte cedente.

- III -

En cuanto a la tramitación del procedimiento, en el anterior informe de este Centro Directivo de 27 de marzo de 2006 también se examinaron el procedimiento y la competencia aplicables a la declaración de lesividad del contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual de 12 de enero de 2005, habiéndose ajustado la tramitación del expediente a lo indicado en dicho informe.

En concreto, y por lo que se refiere al trámite de audiencia, consta que el mismo ha sido conferido por el órgano instructor y evacuado por las empresas interesadas, sin que las alegaciones formuladas por las mismas desvirtúen las circunstancias en las que se fundamenta la declaración de lesividad.

En este sentido, no puede sostenerse, como hacen los alegantes, que el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria autorizase a su Presidente a suscribir y adjudicar el contrato de continua referencia en su reunión de 10 de enero de 2005 por el hecho de que en dicha reunión se acordase, por unanimidad, encargar al Presidente la negociación, con las empresas solicitantes de la concesión demanial, de una idea previamente propuesta por

uno de los Consejeros. Y ello por cuanto que los términos del acuerdo del Consejo, recogidos en el acta de la reunión, no ofrecen duda al respecto, siendo así que lo que se encargó al Presidente fue la mera “negociación con las empresas con tal finalidad”, expresión que implica la fijación o delimitación de un marco precontractual cuya aprobación definitiva habría de sujetarse, en todo caso, a las reglas generales de competencia aprobadas por la propia Autoridad Portuaria, a quien, además, asiste la facultad de aceptar o rechazar el contenido concreto de los preacuerdos alcanzados. No se apodera al Presidente, en suma, para concluir cualesquiera acuerdos con las entidades solicitantes tendentes a la cesión de los derechos de propiedad intelectual de los proyectos, sino para negociar con ellas la cesión en las condiciones aprobadas por el Consejo, quedando la suscripción definitiva del contrato sujeta, a falta de manifestación expresa en contrario del Consejo de Administración, a las reglas generales de competencia aplicables a la Autoridad Portuaria. En definitiva, ni se autorizó al Presidente a suscribir el contrato, ni menos todavía a hacerlo en unos términos distintos a los aprobados por el Consejo y, como resulta en el caso concreto, claramente lesivos para los intereses económicos de la Autoridad Portuaria. En fin, parece lógico entender que si la intención del Consejo de Administración hubiese sido la de autorizar al Presidente a contratar, y no a negociar, con las empresas solicitantes, se habría hecho contar así expresamente en el correspondiente acuerdo, existiendo como existen unas normas de competencia que no habilitan al Presidente a suscribir el contrato en cuestión.

Alegan también las entidades interesadas su oposición al procedimiento aplicado para obtener la anulación (la declaración de lesividad), “toda vez que en el contrato las partes se sometieron a todos los efectos y, en especial, respecto a su ‘validez, ejecución, interpretación, cumplimiento, nulidad o resolución’, a la jurisdicción y competencia de los Juzgados y Tribunales de las Palmas de Gran Canaria.” A este respecto debe indicarse que, concurriendo un vicio de anulabilidad en el acto de asunción de competencias por el Presidente del que trae causa el contrato de 12 de enero de 2005, y siendo la competencia del órgano de contratación un acto separable al que resultan aplicables las normas del Derecho Administrativo, la vía procedente para que la Autoridad Portuaria inste su anulación es la prevista en los artículos 43 de la LJCA y 103 de la LRJ-PAC, esto es, la declaración de lesividad y posterior impugnación del acto en vía contencioso-administrativa, siendo la declaración de lesividad un presupuesto necesario para dicha impugnación, de la que en última instancia conocerán los órganos jurisdiccionales competentes.

En cuanto al plazo para resolver, se recuerda nuevamente que el procedimiento deberá estar terminado, mediante la oportuna declaración de lesividad por el órgano competente –la Secretaría General de Transportes, por ser el órgano al que está adscrita la Autoridad Portuaria (disposición adicional decimosexta 1.c) de la LOFAGE y artículo 7 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio)–, antes de que finalice el plazo previsto en el artículo 103.3 de la LRJ-PAC, en la redacción dada por el artículo 81 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, esto es, antes de que concluyan seis meses desde la iniciación del procedimiento, que tuvo lugar el 26 de julio de 2006.

Una vez declarada la lesividad, deberán 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, somete a su consideración las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- El acto de asunción de competencias por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas para la celebración del contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual de tres proyectos de parques eólicos en el puerto de Arinaga (Las Palmas), suscrito el 12 de enero de 2005 con las empresas X,S.A. y Z, S.L., es anulable por ser contrario a las Normas de Contratación de la Autoridad Portuaria aprobadas el 11 de octubre de 1994, tal y como se indicó en el anterior informe de este Centro Directivo de 27 de marzo de 2006, siendo la vía procedente para obtener su anulación la de la declaración de lesividad y ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso- administrativo.

Segunda.- La anulación, a instancia de la Autoridad Portuaria de las Palmas, del referido contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual sería incompatible con el mantenimiento de cualquier uso por la Autoridad Portuaria de los derechos de propiedad intelectual objeto de cesión.

Con el fin de acreditar cumplidamente que tal uso no se ha producido, se considera necesario incorporar al expediente administrativo copia de la Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Nuevas Tecnologías de la Comunidad Autónoma de Canarias de 28 de junio de 2006, por la que se declaró la nulidad de la Orden de convocatoria del concurso de asignación de potencias de 14 de octubre de 2004, que también incide en la determinación de los efectos derivados de la anulación del contrato de 12 de enero de 2005, conforme a lo indicado en el fundamento jurídico II del presente informe.

Tercera.- Por todo lo expuesto, este Centro Directivo informa favorablemente la propuesta de resolución para la declaración de lesividad del referido acto de asunción de competencias por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, para la celebración del contrato de cesión de derechos de propiedad intelectual suscrito el 12 de enero de 2005.

Cuarta.- De acuerdo con lo indicado en el fundamento jurídico III de este informe, el procedimiento deberá estar finalizado, con la oportuna declaración de lesividad por el órgano competente (la Secretaría General de Transportes), antes de que transcurra el plazo de seis meses a contar desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento, esto es, antes del 26 de enero de 2007.

Quinta.- Una vez declarada la lesividad, deberán 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.

26.- Informe sobre el régimen jurídico a que ha de ajustarse la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias tras la aprobación de la nueva Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007) y de la nueva Ley de Sectores Excluidos (Ley 31/2007)

Resumen

Consulta sobre el régimen jurídico a que ha de ajustarse la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias. En el informe se examinan las siguientes cuestiones:

- 1) Carácter jurídico-privado (y no jurídico-público) de los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.
- 2) Contratos sometidos a la Ley 31/2007, de 30 de octubre: requisitos que han de reunir para ello.
- 3) Contratos no sometidos a la Ley 31/2007 por razón de su cuantía.
- 4) Contratos no sometidos a la Ley 31/2007 por celebrarse para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en el art. 12.b) de dicho texto legal.
- 5) Contratos de servicios del Anexo II.B.
- 6) Contratos enumerados en el art. 18.3 de la Ley 31/2007.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 165/08

Fecha: 14 de octubre de 2008.

Ponente: Luciano J. Mas Villarroel

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre el régimen jurídico a que ha de ajustarse la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

La determinación del régimen jurídico al que han de ajustar su actividad contractual los entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias exige tomar en consideración las previsiones de distintos textos legales que, expuestos por orden cronológico, son: 1) Ley 27/1992 de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –LPEMM– (arts. 24.2 y 35.2); 2) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –LCSP– (disposición adicional undécima, apartado 2, y disposición adicional vigésima quinta, apartado 1); y 3) Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, denominada comúnmente Ley de Contratos de Sectores Excluidos (LCSE).

Comenzando por las previsiones de la LPEMM, el art. 24.2 de este texto legal, referido al ente público Puertos del Estado, dispone que “El Ente público Puertos del Estado (...) ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el Ordenamiento le atribuya (...). En materia de contratación, Puertos del Estado habrá de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés del Ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público.” Por su parte, el artículo 35.2 de dicho texto legal, referido a las Autoridades Portuarias, dispone que “Se regirán por la presente Ley (...) y actuarán con sujeción al ordena-

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

miento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación (...). En la contratación, las Autoridades Portuarias habrán de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguardada del interés de Entidad y homogeneización del sistema de contratación en sector público”

Los preceptos que se han transcrito en lo pertinente presentan un doble contenido que debe examinarse separadamente:

- 1) Proclamación del carácter jurídico-privado y no jurídico-público de los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Así resulta de la circunstancia de que tanto el artículo 24.2 como el artículo 35.2 disponen expresamente que las entidades de que aquí se trata “ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado” (caso de Puertos del Estado) y que “actuarán con sujeción al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación” (caso de las Autoridades Portuarias). Esta previsión y la consecuencia en que se traduce –que los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias se rigen en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por las normas del Derecho privado– ha de reputarse subsistente en la actualidad, ya que no ha quedado alterada por LCSP ni por la LCSE.

En efecto, comenzando por la LCSE, este texto legal regula exclusivamente los procedimientos de contratación en los sectores a que el mismo se refiere, pero no contiene previsión alguna sobre el carácter jurídico-público o jurídico-privado de los contratos cuyo procedimiento de adjudicación regula, cuestión que resulta completamente ajena al fin que persigue dicha Ley. Por lo que se refiere a la LCSP, su disposición adicional vigésimo quinta dispone que el régimen de contratación del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias será el establecido en este texto legal para las entidades públicas empresariales; pues bien, el artículo 3.2, párrafo último, de la propia LCSP dispone que no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales (así como las entidades equivalentes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales), lo que tiene por consecuencia que los contratos que concierten Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias no sean contratos administrativos, ya que el primer y fundamental requisito de la figura del contrato administrativo es que sea otorgado por una Administración Pública y este requisito no se cumple en el caso de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias al tener que someterse al régimen jurídico de las entidades públicas empresariales y no tener éstas la condición de Administración Pública. Así lo confirma, por lo demás, el artículo 20.1, párrafo primero, de la LCSP.

- 2) Sometimiento a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés de la respectiva entidad pública y homogeneización del sistema de contratación del sector público.

Esta segunda previsión ha quedado, en realidad, superada, tanto en lo que se refiere a la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias sometida a la LCSE como lo que respecta a la actividad contractual de dichas entidades públicas sometida a la LCSP, ya que tanto uno como otro texto legal reafirman dichos principios, completándolos con otros.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho hasta ahora, debe concluirse que, por aplicación de los artículos 24.2 y 35.2 de la LPEMM, los contratos que concierten Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias no pueden calificarse como contratos administrativos, sino como contratos jurídico-privados, sometidos, por ende, al Derecho privado en lo concerniente a sus efectos, cumplimiento y extinción.

- II -

Examinados el alcance y funcionalidad de los artículos 24.2 y 35.2 de la LPEMM, procede analizar seguidamente el ámbito de aplicación de la LCSE y de la LCSP respecto de la acti-

vidad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, debiendo ya precisarse que la aplicación de uno u otro texto legal atañe al aspecto adjetivo o procedimental, es decir, a lo relativo a la preparación y adjudicación de los contratos (recuérdese que, conforme a lo dicho, el aspecto sustantivo material –cumplimiento, efectos y extinción– se rige por el Derecho privado).

A estos efectos, y por razones sistemáticas, procede examinar, en primer término, el ámbito de aplicación de la LCSE a la actividad contractual de dichas entidades públicas.

Para resolver esta cuestión es necesario partir de la norma general que contiene el artículo 1 de dicho texto legal y que dispone lo siguiente:

“La presente Ley tiene como objeto la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministro y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se recogen en el artículo 3.1 que operen en los sectores de la actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tal como se concreta en los artículos 7 a 12, cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto de cada tipo de contrato, en el artículo 16”.

Atendiendo a lo dispuesto en este precepto, la aplicación de la LCSE a la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias se supedita a la conjunción de los siguientes requisitos:

A - Subjetivo

Ninguna cuestión se suscita respecto de la inclusión de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias en las entidades contratantes a que se refiere el artículo 3 de la LCSE, siendo innecesario examinar si dichas entidades tienen la condición de organismos de derecho público, empresas públicas o de entidades contratantes que ostenten derechos especiales o exclusivos, y ello en razón de que la disposición adicional segunda, apartado 10, de la propia LCSE alude a Puertos del Estado y a las respectivas Autoridades Portuarias como entidades contratantes, a los efectos del artículo 3 del repetido texto legal, en el sector de los puertos marítimos, es decir, como entidades contratantes sometidas a las prescripciones de la LCSE.

B - Objetivo

El requisito o condicionamiento objetivo que necesariamente ha de concurrir en la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias para que la misma quede sujeta a las prescripciones de la LCSE se desdobra, a su vez, en dos: tipo de contrato y cuantía del contrato.

1. Tipo de Contrato

Para que la actividad contractual de las entidades públicas de referencia, quede sometida al régimen dispuesto por la LCSE es necesario que los contratos que pretendan adjudicarse sean contratos de obras, contratos de suministro o contratos de servicios, tal como aparecen definidos en el artículo 2, apartado 1, letras b), c) y d); más particularmente y por lo que respecta a los contratos de servicios, deberán tenerse en cuenta las previsiones del artículo 15 de la LCSE, conforme al cual la adjudicación de contratos que tengan por objeto la prestación de servicios enumerados en el anexo II.A de dicha Ley queda sometida a las prescripciones de dicho texto legal, en tanto que la adjudicación de los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II.B de la Ley de continua referencia únicamente queda sometida a lo dispuesto en los artículos 34 y 67 de la propia LCSE, relativos, respectivamente, a las prescripciones técnicas y a los anuncios de contratos adjudicados. Junto a esta regla de delimitación positiva –contratos que, según lo que acaba de indicarse, están sometidos a la LCSE–, ha de tenerse en cuenta la delimitación negativa que opera el artículo 18 del propio texto legal, de forma que los contratos que enumera este precepto y que concierten Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias quedan excluidos de la LCSE, sin que, por tanto, se les aplique este texto legal; a este extremo se hará referencia más adelante.

2. Cuantía del Contrato

No es suficiente que se trate de alguno de los contratos definidos en el artículo 2, apartados 1 y 2, de la LCSE para que se les aplique este texto legal; es necesario, además, que el importe de dichos contratos sea igual o superior a los siguientes límites: contratos de suministro, 412.000 euros; contratos de servicios 412.000 euros; contratos de obra 5.150.000 euros. Las referidas cuantías resultan de lo dispuesto en el artículo 16 de la LCSE, según la modificación introducida por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 3875, de 27 de diciembre de 2007 (BOE de 31 de diciembre de 2007), debiendo tenerse en cuenta, por expresa indicación del artículo 16 de la LCSE, que para la determinación de los aludidos límites no ha de computarse el Impuesto sobre el Valor Añadido.

C - Funcional

La circunstancia de que se trate de contratos de obras, servicios y suministro de cuantía igual o superior a las indicadas no es suficiente para concluir en la aplicación de la LCSE. Es necesario, finalmente, que dichos contratos de cuantía igual o superior a las indicadas se celebren por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12 b) o que se refieran a las mismas. Así resulta de la interpretación del artículo 1 en relación con el artículo 12 b) y, más claramente, del artículo 18.1, según el cual “la presente ley no se aplica a los contratos o a los concursos de proyectos que las entidades contratantes celebren u organicen para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12...”

La necesaria concurrencia o conjunción de las tres clases de requisitos indicados (subjetivo, objetivo –desdoblado este requisito en el relativo al tipo de contrato y en el referente a la cuantía del mismo– y funcional) permiten concluir en la aplicación de las previsiones de la LCSE a los contratos que concierten Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias cuando se trate de contratos de obras, contratos de suministro y contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II.A de cuantía igual o superior a 412.000 euros (para los contratos de suministro y de servicios) y a 5.150.000 euros (cuando se trate de contratos de obras) y siempre que dichos contratos se celebren para la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12 b) de la propia LCSE.

- III -

La anterior conclusión tiene por obligada consecuencia la de entender que los contratos concertados por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias en los que no concurra conjuntamente el requisito objetivo (desdoblado en los dos señalados –tipo de contrato y cuantía del mismo–) y el requisito funcional indicados quedan sometidos a las prescripciones de la LCSP.

Ahora bien, esta consecuencia es, por genérica, insuficiente, ya que la LCSP no establece un único régimen jurídico de contratación, sino que, permite diferenciar hasta tres niveles: 1) régimen de contratación de las entidades que ostentan la condición de Administraciones Públicas; 2) régimen de contratación de las entidades que, no siendo Administraciones Públicas, tienen la condición de poderes adjudicadores; y 3) régimen de contratación de las entidades que no ostentan la condición de Administraciones Públicas ni tienen la condición de poderes adjudicadores.

Para resolver la cuestión de que ahora se trata es necesario, ante todo, descartar la aplicación del régimen de contratación previsto en la LCSP para las entidades que ostentan la condición de Administraciones Públicas, ya que, como se ha indicado antes, la disposición adicional vigésimo quinta de la propia LCSP dispone en su apartado 1 que el régimen de contratación del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias “será el establecido en esta ley para las entidades públicas empresariales”, siendo así que, como también

se ha dicho, el artículo 3.2, párrafo último, de la propia LCSP niega formal y expresamente la condición de Administraciones Públicas a las entidades públicas empresariales.

Descartada, por la razón indicada, la aplicación del régimen de contratación a que ha de someterse las entidades que ostentan la condición de Administraciones Públicas, la cuestión que se examina debe ser resuelta partiendo de lo establecido en la disposición adicional cuarta de la LCSE y de lo establecido en la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP.

La disposición adicional cuarta de la LCSE preceptúa lo siguiente:

“Los organismos de derecho público a que hace referencia el artículo 3, apartado 2, letra a), las entidades públicas empresariales de la Administración General del Estado así como las entidades de igual carácter de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local y las sociedades mercantiles de carácter público sometidas a esta ley aplicarán, respecto de los contratos de obras, suministro y servicios que se refieran a las actividades indicadas en los artículos 7 a 12 cuyo importe sea inferior al establecido en el artículo 16, así como en aquellos otros excluidos de la presente Ley en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 18, las normas pertinentes de la Ley de Contratos del Sector Público”

Por su parte, la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP establece lo siguiente:

“Los contratos excluidos de la aplicación de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE, que se celebren en estos sectores por los entes, organismos y entidades mencionados (se refiere a los entes, organismos y entidades que no tengan el carácter de Administraciones Públicas), se regirán por las disposiciones pertinentes de la presente Ley, sin que les sean aplicables, en ningún caso, las normas que en ésta se establecen exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada”

De estas dos disposiciones adicionales ha de atenderse preferentemente, para la resolución de la cuestión de que se trata, a la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP, ya que la disposición adicional cuarta de la LCSE resulta imprecisa, pues, refiriéndose a los contratos excluidos de la propia LCSE por razón de la cuantía o por virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 18, se limita a remitirse a las “normas pertinentes de la Ley de Contratos del Sector Público”, siendo así que la locución “normas pertinentes” no tiene el suficiente grado de concreción para determinar el preciso régimen jurídico que deba observarse.

Acudiendo, pues, a la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP, se observa, en una lectura atenta de este precepto, que el mismo se refiere a contratos que, celebrándose en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, quedan, sin embargo, excluidos de la LCSE, dado que el precepto legal alude a “contratos excluidos de la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (...) que se celebren en estos sectores...” Partiendo de esta premisa, la exclusión de dichos contratos del ámbito de aplicación de la LCSE –se considera el supuesto de contratos de obras, contratos de suministro y contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II.A– ha de venir motivada no porque dichos contratos no se realicen en esos sectores, es decir, no porque se celebren para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE, dado que la disposición adicional que se analiza alude expresamente a contratos que se celebren en los sectores a que se refiere la LCSE, esto es, a contratos que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12, sino por razón de la cuantía de tales contratos, es decir, por no ser su importe igual o superior a los indicados en el artículo 16. Así las cosas, y puesto que para estos contratos la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP preceptúa que se regirán por las disposiciones de la LCSP sin que

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

en ningún caso les sean aplicables las normas que en la propia LCSP se establecen para los contratos sujetos a regulación armonizada, puede sentarse una primera conclusión, cual es la de que los contratos (se sigue considerando el supuesto ordinario de contratos de obras, de suministro y los de servicios enumerados en el anexo II.A) que se celebren en los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSE o, lo que es igual, que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de dicho texto legal, pero que queden excluidos del mismo por razón de su cuantía (no alcanzan los límites o umbrales establecidos en el artículo 16 de la LCSE), se someten al régimen de contratación dispuesto por la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada.

La anterior conclusión tiene, además, una justificación plenamente coherente con el sentido de la LCSE. Este texto legal establece, respecto de los contratos que se celebren en los sectores regulados por la misma, es decir, para la realización de las actividades mencionadas en sus artículos 7 a 12, un régimen de contratación más flexible que el que establece la LCSP (para los contratos sujetos a regulación armonizada). Así, en la Exposición de Motivos de la LCSE se dice:

“Tal y como se manifestaba en la anterior Ley 48/1998, de 30 de diciembre, el Derecho comunitario europeo ha previsto para los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, un régimen normativo distinto al aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas. Este régimen singular en lo que concierne a determinados aspectos de la ordenación de su actividad contractual, entre ellos la selección del contratista, es menos estricto y rígido que el establecido en la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (...). La Comisión Europea estimó en su momento, ponderando, como se preocupó de señalar, razones políticas, económicas, industriales y jurídicas, que era oportuno introducir criterios originales o específicos en el campo contractual de los entonces denominados sectores excluidos, ya que éstos, en el contexto de los países comunitarios, están gestionados por entidades u organismos públicos o privados de manera indistinta”

Pues bien, si los contratos que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE y cuya cuantía sea igual o superior a los límites establecidos en el artículo 16 de la misma quedan sometidos al régimen dispuesto por la propia LCSE, es decir, a un régimen más flexible o menos rígido que el que establece la Directiva 2004/18/CE o, lo que es igual, la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, lo coherente y lógico es entender que los contratos que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE, pero que no alcancen los límites o umbrales que establece el artículo 16 de dicha Ley (contratos que, por tanto, son de menor entidad o trascendencia) quedan sometidos no al régimen rígido que establece la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada, sino al régimen menos rígido o más flexible que establece la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada (que es lo que precisamente establece la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP). En efecto, sería un contrasentido que los contratos de cuantía inferior a las establecidas en el artículo 16 de la LCSE y que se celebren en los sectores regulados en la misma, es decir, que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 se sometiesen a un régimen rígido o riguroso (el establecido en la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada) cuando los contratos que se celebren en dichos sectores y de cuantía superior a las establecidas en el artículo 16 de la LCSE quedan sometidos a un régimen más flexible que el que establece la LCSP.

Debe, pues, concluirse que los contratos (se sigue considerando en el supuesto de contratos de obras, contratos de suministro y contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II.A) que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE, pero que quedan excluidos de la misma, al no alcanzar las cuantías que establece su artículo 16, quedan sometidos a las previsiones que establece la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada.

De la anterior conclusión y de la argumentación que le sirve de fundamento se infiere otra, relativa a los contratos que celebren las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la LCSE, pero para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de dicho texto legal, esto es, al margen de los sectores regulados en la repetida Ley, y tal conclusión no puede ser otra que la de tener que someterse dichos contratos al régimen dispuesto por la LCSP según que la entidad contratante sea o no poder adjudicador y, en el primer caso, es decir, en el supuesto de que la entidad contratante sea poder adjudicador, que el contrato esté sujeto a regulación armonizada o no lo esté. Esta conclusión se fundamenta a tenor de lo dicho antes.

En efecto, si el régimen dispuesto por la LCSE es un régimen menos estricto y rígido que el establecido por la LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada (Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004), y ello por razones políticas, estratégicas, económicas, industriales y jurídicas, según dice la Exposición de Motivos de la LCSE, lógico es que ese régimen más flexible se aplique a los contratos que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la propia LCSE, es decir, a los contratos que se celebren en el ámbito funcional de dicho texto legal; pues bien, siguiendo con este mismo razonamiento, carece de sentido y justificación que se apliquen las previsiones de la LCSE, es decir, el régimen más flexible o menos rígido que entraña este texto legal a contratos que, aun celebrados por las entidades a que se refiere el artículo 3 de la LCSE, se adjudican u otorgan para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE –como dice el artículo 18.1 de este texto legal–, es decir, a contratos que se celebren para actividades que quedan al margen de la LCSE. En este supuesto cobra pleno sentido que se apliquen las normas de la LCSP, teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad contratante –que sea o no poder adjudicador– y, de ser poder adjudicador, que el contrato esté sometido a regulación armonizada o no lo esté, y no que se apliquen exclusivamente las normas de la LCSP establecidas para los contratos no sujetos a regulación armonizada. En efecto, a los contratos de que ahora se trata no se les han de aplicar siempre y necesariamente las reglas establecidas por la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada, pues acudiendo, como argumento de derecho positivo, a la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP, las normas de este texto legal establecidas para los contratos no sujetos a regulación armonizada sólo se aplican, según establece dicha disposición adicional, a los contratos que, no obstante estar excluidos de la LCSE, se celebran en los sectores que regula esta Ley, es decir, a contratos que se celebran para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la propia LCSE, y en el caso que ahora se considera se trata de contratos que se celebren para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE, es decir, se trata de contratos que se celebren al margen de la LCSE.

Aplicando las anteriores conclusiones y los argumentos en que las mismas se fundamentan a los entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, y teniendo en cuenta que, dados los fines de dichas entidades y la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las sentencias Mannesman Anlagenbau de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96) e Ing Aigner de 10 de abril de 2008 (asunto C-396/06), las entidades de referencia han de conceptuarse como poderes adjudicadores, deben diferenciarse dos supuestos:

- 1) Contratos (de obras, suministro y servicios de los enumerados en el anexo II.A) adjudicados por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE, pero cuya cuantía sea inferior a los límites o umbrales establecidos en el artículo 16 de dicho texto legal

Respecto de este primer supuesto, y a tenor de lo dicho antes, ha de entenderse que estos contratos quedan sometidos al régimen jurídico dispuesto por el artículo 175 de la LCSP, es decir, al régimen jurídico dispuesto para los contratos de las entidades que son poderes adjudicadores y que no estén sujetos a regulación armonizada. (Podría discutirse si la remisión que la disposición

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP hace a las normas de la misma relativas a los contratos no sujetos a regulación armonizada debe entenderse hecha al artículo 175 de la propia LCSP –normas relativas a contratos no sujetos a regulación armonizada que celebren las entidades que son poderes adjudicadores– o al artículo 176 de dicho texto legal –normas relativas a contratos que celebren las entidades que no sean poderes adjudicadores y respecto de las cuales no se aplica la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada y contratos no sujetos a regulación armonizada–; ahora bien, tal discusión resulta innecesaria, puesto que el régimen jurídico dispuesto para los contratos a que se refiere el artículo 175 y el régimen jurídico dispuesto para los contratos a que se refiere el artículo 176 son casi idénticos).

2) Contratos (de obras, suministro y servicios de los enumerados en el anexo II.A) adjudicados por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para fines que no guardan relación con las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE, esto es, y en palabras del artículo 18.1 de este texto legal, contratos que se celebren para fines distintos de la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b)

Respecto de este segundo supuesto, habrá de distinguirse, dado que Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias ostentan la condición de poderes adjudicadores, según que el contrato que se pretenda concertar esté sujeto o no a regulación armonizada (para lo que habrán de tenerse en cuenta las reglas establecidas en los artículos 13 a 16 de la LCSP y, a efectos de las cuantías o umbrales, la antes citada Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de diciembre de 2007):

- a) En el caso de contratos sujetos a regulación armonizada, habrá de estarse al régimen jurídico dispuesto por el artículo 174 de la LCSP.
- b) En el caso de contratos no sujetos a regulación armonizada, el régimen jurídico aplicable será el establecido en el artículo 175 de la LCSP, lo que remite a las Instrucciones internas de contratación que establezcan Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

- IV -

Se ha indicado en el apartado II que, tratándose de contratos de servicios (celebrados para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE de cuantía igual o superior a la establecida en el artículo 16 de este texto legal), han de tenerse en cuenta las previsiones del artículo 15 de la propia LCSE, lo que tiene por consecuencia que, respecto de los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo II.B de la LCSE, estos contratos están sometidos únicamente a las reglas de los artículos 34 y 67 de dicho texto legal que se refieren, respectivamente, a las prescripciones técnicas y a los anuncios de contratos adjudicados.

Así las cosas, y respecto de estos contratos que tengan por objeto la prestación de servicios enumerados en el anexo II.B y que se celebren por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE, se suscita la cuestión de cuál sea el régimen jurídico al que han de someterse en aquellos otros extremos relativos a su preparación y adjudicación distintos de los previstos en los artículos 34 y 67.

Pues bien, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el apartado anterior y para el caso de que se trate de contratos de servicios que queden incluidos en el ámbito funcional de la LCSE, es decir, que se trate de contratos celebrados para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12.b) de la LCSE, lo coherente es entender que estos contratos están sometidos al régimen menos riguroso o más flexible establecido en la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada, esto es, al régimen dispuesto por el artículo 175 de la LCSP (al ser Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias poderes adjudicadores), lo que remite a las Instrucciones internas de contratación a que se refiere dicho precepto legal.

En el caso de que los contratos de servicios de que ahora se trata se celebren por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para fines distintos de la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE, a dichos contratos les será aplicable, puesto que se trata de contratos excluidos del ámbito funcional de la LCSE, lo indicado en el apartado III.2 de este informe: al ser Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias poderes adjudicadores, de tratarse de contratos sujetos a regulación armonizada se someterán al régimen dispuesto en el artículo 174 de la LCSP; de tratarse de contratos no sujetos a regulación armonizada se someterán al régimen dispuesto en el artículo 175 de la LCSP.

- V -

Para concluir la exposición del régimen jurídico a que han de sujetarse los contratos que concierten Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias debe hacerse referencia al régimen de los contratos que enumera el artículo 18 de la LCSE.

El artículo 18.1 de la LCSE excluye del ámbito de aplicación de este texto legal a los contratos que las entidades contratantes enunciadas en el artículo 3 celebren para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12. Respecto de estos contratos, ya se ha dicho en el apartado III que, en el caso de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, los mismos quedan sometidos a las reglas que establece la LCSP para los contratos que celebren las entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores, lo que obligará a determinar en cada caso si el contrato que se pretende concertar está sujeto a regulación armonizada o no lo está.

Ahora bien, junto a los contratos a que se refiere el apartado 1 del artículo 18 de la LCSE, este precepto enumera en su apartado 3.d) una serie de contratos, de muy diversa tipología y naturaleza, que igualmente quedan excluidos de la aplicación del propio texto legal (entre otros, pueden citarse las adquisiciones o arrendamientos de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles; contratos de arbitraje y conciliación; contratos de emisión, compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros; contratos regulados por la legislación laboral; contratos regulados por normas de procedimiento distintas y adjudicados en virtud de un acuerdo internacional celebrado entre un Estado miembro de la Unión Europea y uno o varios terceros países; y contratos efectuados por el procedimiento específico de una organización internacional).

En relación con estos contratos, la disposición adicional cuarta de la LCSE preceptúa que se aplicarán “las normas pertinentes de la Ley de Contratos del Sector Público” y la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP preceptúa, como antes se ha indicado, la aplicación de las normas de este texto legal, pero sin que sean aplicables las normas que se establecen en la propia LCSP para los contratos sujetos a regulación armonizada. Ocurre, sin embargo, que la mayoría de los contratos que enumera el artículo 18.3 de la LCSE se corresponde con los contratos que enumera el artículo 4.1 de la LCSP, siendo así que este último precepto los enumera precisamente para excluirlos del ámbito de aplicación de la propia LCSP. Ante esta circunstancia, que viene a poner de manifiesto un cierto desajuste entre la disposición adicional cuarta de la LCSE, en la referencia que la misma hace a los contratos excluidos de su ámbito de aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 18, y la LCSP, la solución más razonable consiste en diferenciar dos clases o grupos de contratos:

- 1) Contratos enumerados en el artículo 18.3 de la LCSE que se corresponden con los contratos enumerados en el artículo 4.1 de la LCSP.

Respecto de estos contratos, y como quiera que el artículo 4.1 de la LCSP los excluye expresamente de su ámbito de aplicación, habrá que entender aplicable la regla que establece el apartado 2 del artículo 4 de la propia LCSP, dado que éste es el único precepto de este último texto legal que específicamente se refiere al régimen jurídico de estos contratos

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

excluidos de su ámbito de aplicación; en consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la LCSP, estos contratos se rigen por sus normas especiales, aplicándose los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Dentro de este primer grupo o clase de contratos, debe hacerse referencia, al ser un supuesto que muy previsiblemente se planteará con mayor frecuencia, a los contratos de adquisición de bienes inmuebles y de arrendamiento de los mismos. Pues bien, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 4.1.p) de la LCSP, estos contratos se regirán por la legislación patrimonial, lo que conduce a la aplicación de las normas de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

2) Contratos enumerados en el artículo 18.3 de la LCSE que no se corresponden con los contratos que enumera el artículo 4.1 de la LCSP.

Dado que se trata de contratos que no se corresponden con los relacionados en el artículo 4.1 de la LCSP, no es posible aplicar las consideraciones expuestas para el anterior grupo o clase de contratos. Así las cosas, puesto que no se trata de contratos excluidos de la LCSP y para el supuesto ordinario de que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12 de la LCSE (en el caso de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, para la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la propia LCSE), habrá de estarse, por las consideraciones expuestas en el apartado III del presente informe, a la regla de la disposición adicional undécima, apartado 2, inciso final, de la LCSP, lo que traduce en la aplicación de las normas establecidas para los contratos no sujetos a regulación armonizada, más concretamente, en aplicación del régimen dispuesto por el artículo 175 de dicho texto legal (al ser Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias entidades que ostentan la condición de poderes adjudicadores), lo que remite a las Instrucciones internas de contratación que establezcan dichas entidades.

- VI -

Las consideraciones y conclusiones expuestas en los apartados precedentes pueden sintetizarse con arreglo al siguiente esquema:

A.- Los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias tienen la consideración de contratos privados y no la de contratos administrativos, lo que tiene por consecuencia que sus efectos, cumplimiento y extinción se rijan por las normas del Derecho privado.

B.- Contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias sometidos a la LCSE.

Para que los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias queden sometidos a la LCSE, rigiéndose, en consecuencia, por este texto legal su preparación y adjudicación, deberán cumplirse los siguientes requisitos:

- 1) Que se trate de contratos de obras, contratos de suministro y contratos que tengan por objeto los servicios enumerados en el anexo II.A de la LCSE.
- 2) Que el importe de dichos contratos sea igual o superior a 5.150.000 euros en el caso de contratos de obras y a 412.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios.
- 3) Que dichos contratos se celebren para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12.b) de la LCSE.

Tratándose de contratos que tengan por objeto la prestación de servicios enumerados en el anexo II.B de la LCSE y que se celebren para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12.b) de dicha Ley, estos contratos sólo quedan sometidos a las prescripciones de los artículos 34 y 67 de la LCSE referidas, respectivamente, a prescripciones técnicas y a

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

anuncios de contratos adjudicados. En lo restante, su preparación y adjudicación se regirán por las previsiones de la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada que otorguen las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, esto es, por lo dispuesto en el artículo 175 de la LCSP.

En el caso de contratos que tengan por objeto la prestación de servicios enumerados en el anexo II.B de la LCSE y que se celebren para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en el artículo 12.b), a dichos contratos les será aplicable el régimen que se indica en el siguiente apartado D de este esquema.

C.- Contratos (de obras, de suministro y de servicios del anexo II.A) que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE, pero que no alcancen las cuantías o límites establecidos en el artículo 16 de la propia LCSE.

Estos contratos quedan sometidos, en lo que se refiere a su preparación y adjudicación, a las normas establecidas por la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada que otorguen las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, esto es, a lo dispuesto en el artículo 175 de la LCSP.

D.- Contratos (de obras, servicios y suministro) que se adjudiquen por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para fines distintos de la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE (contratos a que se refiere el artículo 18.1 de dicha Ley).

Estos contratos quedan excluidos de la LCSE; dada la condición de poderes adjudicadores que ostentan Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, habrá que distinguir dos supuestos:

- 1) Que se trate de contratos sujetos a regulación armonizada. Estos contratos se someterán al régimen dispuesto por el artículo 174 de la LCSP.
- 2) Que se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada. Estos contratos se someterán al régimen establecido por el artículo 175 de la LCSP.

E.- Contratos enumerados en el artículo 18.3 de la LCSE que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

En relación con estos contratos, cabe distinguir dos supuestos:

- 1) Contratos que se corresponden con los enumerados en el artículo 4.1 de la LCSP. Estos contratos se rigen por sus normas especiales, aplicándose los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.
- 2) Contratos que no se corresponden con los enumerados en el artículo 4.1 de la LCSP. Estos contratos, para el supuesto ordinario de que se celebren para la realización de las actividades a que se refiere el artículo 12.b) de la LCSE, se rigen por las normas de la LCSP establecidas para los contratos que, otorgados por entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores, no estén sometidos a regulación armonizada, es decir, por lo dispuesto en el artículo 175 de la LCSP.

27.- Informe sobre las Instrucciones reguladoras de los Procedimientos de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias acomodados a Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007) y a la Ley de Sectores Excluidos (Ley 31/2007).

Resumen

Informe sobre las Instrucciones reguladoras de los Procedimientos de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, acomodados a Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007) y a la Ley de Sectores Excluidos (Ley 31/2007)

Ref.: A.G Entes Públicos 72/08

Fecha.: 6 de mayo 2008

Ponente.: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

Examinadas las Instrucciones Reguladoras de los Procedimientos de Contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, esta Subdirección General de los Servicios Consultivos da su conformidad a las mismas, haciendo las siguientes observaciones:

- 1) El preámbulo del proyecto de Orden por la que se aprueban esas Instrucciones intenta dejar claro el alcance exacto de las mismas, como paso previo a la delimitación en su Regla 1 del ámbito de aplicación de esas Instrucciones.

En efecto, como indica en el preámbulo, a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, entidades contratantes sometidas a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), les resulta aplicable la disposición adicional undécima.2, último inciso, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) donde se prevé que los contratos excluidos de la aplicación de la Ley 31/2007, que se celebren en estos sectores por los entes, organismos y entidades mencionados en dicha disposición adicional, entre los que se encuentran los entes portuarios, se regirán por las disposiciones pertinentes de la Ley 30/2007, sin que le sean aplicables, en ningún caso, las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. A lo dicho debe añadirse que, dados los fines de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencia Mannesmann Anlagenbau, de 15 de enero de 1998, asunto C-4496, y sentencia Ing. Aigner, de 10 de abril de 2008, asunto C-396/06), dichas entidades han de configurarse como poderes adjudicadores.

Por su parte, la disposición adicional cuarta de la LCSE, relativa al régimen aplicable a los contratos excluidos del ámbito de esta Ley y que se celebren por organismos de derecho público, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles, señala que aplicarán, respecto de los contratos de obras, suministro y servicios que se refieran las actividades indicadas en los artículos 7 a 12, cuyo importe sea inferior al establecido en el artículo 16, así como en aquellos otros excluidos de dicha Ley en virtud de lo dispuesto en los artículos 14 y 18, las normas pertinentes de la Ley de Contratos del Sector Público.

Pues bien, aunque, como parece deducirse del preámbulo y de la propia Regla 1 (“Ámbito de aplicación”), las Instrucciones remitidas se están refiriendo a los contratos excluidos de la aplicación de la LCSE, por tratarse de contratos celebrados para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en el artículo 12.b), así como a los contratos también excluidos de dicho texto legal por no superar las cuantías establecidas en su artículo 16, debe entenderse que si se trata de un contrato excluido de la LCSE, celebrado por los entes citados fuera de los sectores a que se refiere este texto legal (es decir, un contrato celebrado para fin distinto de la realización de actividades mencionadas en el artículo 12 b), la aplicación de las

normas pertinentes de la LCSP estará en función del carácter armonizado o no del contrato de acuerdo con lo previsto en los artículos 13 y siguientes de este último texto legal, lo que, a su vez, dará lugar a la aplicación de los regímenes previstos en los artículos 174 y 175 de la propia LCSP, teniendo siempre presente la condición de poderes adjudicadores que ostentan los entes portuarios.

En definitiva, en la contratación de esos entes portuarios se pueden distinguir:

- a) Aquellos contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la LCSE (actividades incluidas en el artículo 12), cuyo importe iguale o supere el umbral fijado en el artículo 16 de la citada Ley y que no estén afectados por las exclusiones de los artículos 14 y 18. Dichos contratos se regirán por las disposiciones de la LCSE. Así se desprende del artículo 3.1 de la propia LCSE y de la disposición adicional undécima.2, primer párrafo, de la LCSP.
- b) Aquellos contratos que se celebren por los entes portuarios en los sectores a los que se refiere la LCSE –es decir, para realización de actividades mencionadas en el artículo 12 b)–, pero excluidos del ámbito de aplicación de la misma por razón de su importe (artículo 16). A dichos contratos se les aplica el régimen de contratación previsto en la disposición adicional undécima.2, último inciso, de la LCSP, es decir, las disposiciones de la LCSP relativas a contratos no sujetos a regulación armonizada, al no poderles ser de aplicación, en ningún caso, los preceptos relativos a los contratos armonizados.
- c) Restantes contratos (de obras, suministros y servicios) celebrados al margen de las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la LCSE o, lo que es lo mismo, aquellos contratos que se celebren para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12 b) del citado texto legal. Dichos contratos se habrán de regir por las “normas pertinentes de la LCSP”, como establece la disposición adicional cuarta de la LCSE. Dado que la disposición citada se refiere únicamente a los contratos que, en los sectores de la LCSE, se excluyan, por su importe del ámbito de aplicación de la misma, a los que se aplica la disposición adicional undécima.2, último inciso, de la LCSP, los contratos de que ahora se trata, es decir, los contratos que celebren los entes portuarios para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en el artículo 12 b) de la LCSE se regirán por las normas de la LCSP que le resulten de aplicación, lo que obliga a distinguir si la entidad contratante es o no un poder adjudicador (aquí ya se ha dicho que lo es) y, en caso afirmativo, si se trata de contratos armonizados (artículo 174) o no armonizados (artículo 175).

Sólo estos últimos quedarían dentro del ámbito de aplicación de las Instrucciones del artículo 175.b) de la LCSP y, por ende, de las Instrucciones remitidas que, según reza su preámbulo, se están refiriendo a los procedimientos de contratación aplicables a la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada.

Sobre esta base, este Centro Directivo entiende que los contratos armonizados que, en su condición de poderes adjudicadores, celebren los entes portuarios fuera del sector a que se refiere el artículo 12 b) de la LCSE (es decir, contratos concertados para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en el artículo 12 b) de la LCSE) se regirán por la LCSP, con las especialidades previstas en el artículo 174, quedando al margen de estas Instrucciones.

A la vista de lo expuesto, y para una mayor claridad, convendría dar nueva redacción a la Regla 1.1 de las Instrucciones, para que en la misma quedase plasmada con precisión el ámbito de aplicación de las Instrucciones coincidente con lo señalado en los puntos b) y c), último inciso.

A estos efectos, se sugiere, en relación con la Regla 1.1 (“Ámbito de aplicación”), la siguiente redacción:

- “1.- Los contratos sujetos a estas Instrucciones serán aquellos de obras, suministros y servicios, definidos como tales por el artículo 2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

los servicios postales, que se celebren por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, excluidos, por su importe, del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007 y regidos, con carácter general, por las disposiciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, relativas a contratos no sujetos a regulación armonizada.

Igualmente se sujetan a estas Instrucciones aquellos contratos que se celebren por los entes portuarios para fines distintos de la realización de actividades mencionadas en el artículo 12 b) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, que se regirán, con carácter general, por las normas de la Ley 30/2007, siempre que se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada “:

- 2) Por otro lado, si bien en la adjudicación de los contratos no sujetos a regulación armonizada del artículo 175 de la Ley 30/2007, a diferencia de los contratos sujetos a regulación armonizada, no resultan de aplicación las normas contenidas en el Capítulo I, Título I, del Libro Tercero de la Ley de Contratos del Sector Público, entre las que se encuentran las relativas a los criterios de valoración de las ofertas (artículo 134), estando sometida la adjudicación, en todo caso, como reza el apartado a) de ese artículo 175, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, se aconseja sustituir la referencia que se hace en la Regla 14.3 y, especialmente, en la Regla 40.2, a la subasta y al concurso como formas de adjudicación del contrato por la de “oferta económicamente más ventajosa”, terminología que se acomoda más a las Directivas comunitarias, que únicamente hablan de procedimientos y no de formas de adjudicación del contrato y que se utiliza expresamente para referirse a la adjudicación de los contratos de los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores (artículo 176.2), por lo que, con mayor razón, si cabe, debe tenerse en cuenta cuando el ente contratante, como aquí, tiene la consideración de poder adjudicador.

En este sentido, no hay ningún inconveniente en utilizar un único criterio de adjudicación para la determinación de la oferta económica más ventajosa que, necesariamente, de acuerdo con lo establecido en esa normativa, incorporada al artículo 134 de la Ley, será el del precio más bajo, equivalente a la antigua subasta. Si se utilizasen más criterios, ya se estaría en el campo del antiguo concurso.

- 3) Respecto de la Regla 42.2 relativa a la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad en los contratos de obras por importe inferior a 400.000 euros y en los contratos de suministro y de servicios de importe inferior a 200.000 euros, hay que tener presente la previsión en materia de publicidad contenida en el artículo 175 c) de la LCSP, referida a contratos no sujetos a regulación armonizada adjudicados por quienes ostenten la condición de poderes adjudicadores, condición que, como se ha expuesto, ostentan Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, señalando que, “se entenderán cumplidas las exigencias derivadas del principio de publicidad con la inserción de la información relativa a la licitación de los contratos cuyo importe supere los 50.000 euros en el perfil del contratante de la entidad, sin perjuicio de que las instrucciones internas de contratación puedan arbitrar otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión”.

Pues bien, a la vista de la Regla del artículo 175 c) de la LCSP este Centro Directivo entiende que, para hacer efectivo el principio de publicidad, al que, en todo caso, está sometida la adjudicación del contrato (artículo 175 a), si el contrato de obras, suministro o servicio a celebrar supera los 50.000 euros, debería darse al mismo la publicidad oportuna a través del perfil del contratante de la entidad (como ya se indica con precisión en la Regla 36.2 a)), sin perjuicio, como reza el precepto, de que en la propia instrucción puedan establecerse otras modalidades, alternativas o adicionales, de difusión en función a la cuantía del contrato, objeto, ámbito geográfico del mismo, características y circunstancias del sector.

- 4) Por último, el apartado tercero del preámbulo del proyecto de Orden referente al “Régimen transitorio”, tras la última reforma introducida en el mismo comienza diciendo que, a los

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

expedientes de contratación ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Orden no les será de aplicación la misma y se regirán por las normas anteriores en lo que no contravengan la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, añadiendo que, “a estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubieran aprobado los pliegos correspondientes y, a falta de estos, con la aprobación del gasto” .

Pues bien, a pesar de tratarse de unas Instrucciones de contratación, en las mismas debe tener acogida la previsión contenida, con carácter general para todos los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, en la disposición transitoria primera de este texto legal, en la que no se hace distinción alguno en cuanto a la condición o no de poder adjudicador de la entidad contratante y a su régimen específico de contratación de los previstos en los artículos 174 y siguientes de la misma Ley.

Por ello, en primer término, debe quedar claro que los expedientes de contratación ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2007 se regirán por las normas anteriores, sin más, y que, a estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

Ni que decir tiene que para los expedientes a los que resulte de aplicación la nueva Ley 30/2007, es decir, a aquéllos en los que se hubiese publicado la convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato con posterioridad a la entrada en vigor de la misma les podrían seguir siendo aplicables las anteriores Instrucciones aprobadas por Orden FOM/4247/2006, de 28 de diciembre, que se derogan por estas nuevas, en lo que no contravengan la Ley 30/2007, hasta la aprobación y entrada en vigor de la Orden que aprueba las nuevas Instrucciones, objeto de este informe.

28.- Informe sobre el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en relación con la suma adeudada por una empresa adjudicataria de una obra de una Autoridad Portuaria por parte de una empresa subcontratista.

Resumen

Consulta sobre el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en relación con la suma adeudada por una empresa adjudicataria de una obra de una Autoridad Portuaria por parte de una empresa subcontratista.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el artículo 1597 del CC establece una acción de reclamación a favor del subcontratista que le permite dirigirse de forma directa y solidaria contra el dueño de la obra y contra el contratista e incluso subcontratista, respondiendo unos y otros indistinta o solidariamente, si bien la responsabilidad del comitente se limita al importe del crédito adeudado por éste al contratista al tiempo de la reclamación del subcontratista.

La acción directa del artículo 1597 CC es aplicable a los contratos celebrados por las Autoridades Portuarias, que tienen la consideración de dueños de la obra y a ellos habrá de dirigirse en exclusiva el subcontratista. Los requisitos exigibles para atender esas reclamaciones se contienen en el FJ IV del informe.

Observaciones

El actual artículo 227.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, señala que “los subcontratistas no tendrán en ningún caso acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. El apartado 5, añade que, “lo dispuesto en este artículo será de aplicación a las Entidades públicas empresariales y a los organismos asimilados dependientes de las restantes Administraciones Públicas (entre ellos estarían Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias), si bien la referencia a las prohibiciones de contratar que se efectúa en el apartado 5 de este artículo debe entenderse limitada a las que se enumeran en el artículo 60.1.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 57/10

Fecha: 28 de septiembre de 2010

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 el contenido de diversos burofaxes dirigidos al Ministerio de Fomento por la entidad mercantil Estructuras Dabalpo, S.L.U. respecto al ejercicio de la acción directa del artículo 1597 del Código Civil en relación con la suma que dicha mercantil asevera que le es adeudada por la empresa Ploder Uicesa, S.A. Consur Infraestructuras de Andalucía, Unión Temporal, Unión Temporal de Empresas Ley 18/1982, Puerto de Villagarcía UTE, adjudicataria de la obra “Edificio para Puesto de Inspección Fronteriza” gestionado por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa.

En la solicitud de dictamen, después de referirse al marco jurídico de las obras que realizan las Autoridades Portuarias, a la gestión de los espacios portuarios, a la naturaleza y configuración de las citadas Autoridades y a su dependencia del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado, se solicita que se emita dictamen por este Centro Directivo en el que se analice quién ha de considerarse “dueño de la obra” a los efectos de la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil así como la tramitación que se estima procedente.

A la vista del tenor de la consulta formulada, esta Abogacía General del Estado– Dirección del Servicio Jurídico del Estado emite el siguiente informe:

- | -

Aunque, como se ha expuesto, si bien la solicitud de dictamen se centra en la determinación de quién ha de considerarse “dueño de la obra” a los efectos de la acción prevista en el artículo 1597 del Código Civil (CC), así como sobre la tramitación que debe darse a la petición realizada por el subcontratista, se considera oportuno, con carácter previo, hacer una serie de consideraciones generales acerca de la acción directa del citado artículo 1597 del C.C, contenidas en el fundamento jurídico primero del informe de este Centro Directivo de fecha 28 de diciembre de 2007 (A. G. ENTES PÚBLICOS 66/07), que dice así:

“El artículo 1.597 del CC establece lo siguiente:

“Los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción directa contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”

El precepto transcrito establece una acción directa contra el dueño de la obra en favor del subcontratista, si bien limitada, cuantitativamente, al importe que aquél adeude al contratista al tiempo de la reclamación. Como declara el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de julio de 1997 (Ar. 5474):

“La acción directa no es otra cosa que la acción que tiene el acreedor para reclamar del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito. Es un eficaz medio de protección del crédito y, tal y como dice la Sentencia de 29 de abril de 1991, una verdadera medida de ejecución y medio de pago al acreedor”

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado –sentencias de 29 de octubre de 1987 (Ar. 7484), 15 de marzo de 1990 (Ar. 1698), 29 de abril de 1991 (Ar. 3068), 22 de diciembre de 1992 (Ar. 10641), 12 de mayo de 1994 (Ar. 3572) y 2 de julio de 1997 (Ar. 5474), entre otras muchas–, que el artículo 1.597 del CC establece una excepción al principio de relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1.257 del CC, con arreglo al cual “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos.” Y ello por cuanto que, existiendo una relación jurídica entre el dueño de la obra y el contratista y otra distinta entre éste y “los que ponen su trabajo y materiales”, según dicción de dicho artículo 1.597, se les concede a éstos acción directa contra el primero. De no sancionar expresamente el artículo 1.597 esta acción “directa contra el dueño de la obra, el subcontratista sólo tendría acción para reclamar frente al contratista, que es con quien únicamente se encuentra vinculado a través del correspondiente contrato.

El fundamento de esta excepción que la acción directa del artículo 1.597 del CC representa frente a la regla general de la eficacia inter partes de los contratos (artículo 1.257 del CC) se ha vinculado por la doctrina a múltiples justificaciones, como el principio de equidad, la prohibición del enriquecimiento injusto, la protección del crédito refaccionario, o el principio del Derecho romano con arreglo al cual “el deudor de mi deudor es también deudor mío” (debitor debitoris meus). Así, algunos autores justifican la acción directa que consagra el artículo 1.597 del CC en la prohibición de enriquecimiento injusto y en el imperio de la equidad, que no consienten que el contratista o el dueño se enriquezcan a expensas de los que con su cooperación personal o de aportación de materiales contribuyen a la ejecución de la obra. Otros autores han entendido que la excepcionalidad del artículo 1.597 del CC se funda en la especial consideración que los acreedores refaccionarios han merecido siempre en la ley (v. g., derecho de retención que el artículo 1.600 del CC atribuye al que ejecuta una obra en un bien mueble, preferencia del crédito refaccionario en los artículos 1.922, 1.92 y 1.927 del CC, o protección que las normas sociales otorgan a los créditos laborales), porque si bien los que

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

ponen su trabajo y sus materiales en la obra son acreedores del contratista, por su relación con la cosa adquieren el concepto de acreedores refaccionarios. El Tribunal Supremo, en las Sentencias de 11 de octubre de 1994 (Ar. 7479) y 17 de julio de 1997 (Ar. 216/1998), ha considerado admisibles todas las justificaciones anteriormente apuntadas, al señalar que la razón de ser de la norma consagrada en el artículo 1.597 del CC y su fundamento hay que buscarla en “razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que ‘el deudor de mi deudor es también deudor mío’, etc”.

De la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1928 pueden extraerse los presupuestos a los que se supedita el ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del CC:

- 1.- Que medie un contrato de obra por ajuste alzado.
- 2.- Que en esa obra ponga su trabajo o materiales un tercero. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, se considera “tercero” al que “interviene en el contrato de obra poniendo trabajo o material, o también como subcontratista” (sentencias de 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 11 de octubre de 1994 o 2 de julio de 1997).
- 3.- Que exista un crédito del subcontratista frente al contratista, y una negativa del contratista, expresa o tácita, a satisfacerlo.
- 4.- Que exista también un crédito del contratista frente al comitente o dueño de la obra, limitándose la acción directa que pueda formular el subcontratista contra el dueño de la obra al importe de dicho crédito.

Respecto al alcance subjetivo de la acción directa del artículo 1.597 del CC, es también reiterada y constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que la responsabilidad del dueño de la obra y del contratista frente al subcontratista es solidaria, por lo que el subcontratista acreedor puede dirigirse indistintamente contra el dueño de la obra, contra el contratista, o contra los subcontratistas anteriores, e incluso contra todos ellos simultáneamente (sentencia de 22 de diciembre de 1999, Ar. 9358).

Efectivamente, el Tribunal Supremo (sentencias de 15 de marzo de 1990, 11 de octubre de 1994, 2 de julio de 1997, 28 de mayo de 1999 y 22 de diciembre 6. de 1999) ha declarado que:

“La doctrina de esta Sala, más reciente, resulta interpretadora de la realidad social, sobre todo del mundo de la construcción, y se muestra atenta para evitar manipulaciones y abusos a cargo de los propietarios que se valen de contratistas afines, coincidentes con sus intereses, a fin de eludir las responsabilidades que les pudieran corresponder por la obra encargada y, a su vez, y consecuentemente con ello, para evitar situaciones de enriquecimiento injusto”.

Por ello, el Alto Tribunal (sentencias de 28 de mayo de 1999, 6 de junio de 2000 y 2 de julio de 1997) considera que:

“Una correcta interpretación del precepto, adecuándolo a la realidad social de los tiempos presentes, obliga a extender la norma al contratista y también a los subcontratistas anteriores al tercero que pone su trabajo y materiales, los que cuentan con acción directa frente a todos para reclamar lo que se le debe en relación a su contribución demostrada en la ejecución de la obra de que se trate, y el que se reputa obligado sólo se libera de responsabilidad si acredita suficientemente que tiene saldada la deuda derivada del contrato concertado, por aplicación de la doctrina de la carga de la prueba”.

Y es que, como expresa la sentencia del Alto Tribunal de 11 de octubre de 1994 (Ar. 7479):

“En definitiva, el subcontratista puede dirigirse simultáneamente contra el contratista (reclamación ordinaria del crédito) y contra el comitente (Sentencia de 13 de abril de 1926), respondiendo uno y otro indistintamente o ‘in solidum’, si bien la responsabilidad del segundo se limita al importe máximo señalado en la norma (Sentencia de 7 de febrero de 1968), siendo

sabido que la responsabilidad solidaria mata toda idea de litisconsorcio necesario, pues el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los obligados...”

De acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, la acción directa del subcontratista alcanza, solidariamente, al comitente, al contratista y, en su caso, a los anteriores subcontratistas (sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000). Pero debe tenerse en cuenta (sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2002, Ar. 2097) que desaparece la posibilidad de ejercitar la acción directa cuando, en la cadena de subcontrataciones, uno de los contratantes o subcontratantes nada debe al siguiente, pues en tal caso no concurre el presupuesto exigido en el artículo 1.597, in fine, del CC:

“La solución sigue con el presupuesto básico que enuncia el propio artículo de que el dueño de la obra o comitente sea deudor del contratista; y la solución termina con la consecuencia de lo anterior: si el comitente no es deudor del contratista no cabe la acción directa y, habiéndose extendido esta acción a sucesivos subcontratistas (Sentencia de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000) tampoco se da acción directa en el caso de que uno de los contratistas no sea deudor de su subcontratista. En otras palabras, si hay una cadena de contrato de obra y subcontratos de la misma, desaparece la acción directa cuando uno de los contratantes, o subcontratantes no debe nada al siguiente, rompiéndose así la cadena.

(...) Como se ha dicho, de la fundamentación de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil y de la interpretación de esta norma, se desprende que el hecho de que en una concatenación de comitente, contratista y subcontratistas de obras, uno de ellos, el primero o el intermedio, nada adeude a su subcontratista, impide la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil. Esta fue doctrina que mantuvo por primera vez la sentencia de 29 de junio de 1936 y que ahora se reitera formando doctrina jurisprudencial, que complementa el ordenamiento jurídico, como dice el artículo 1.6 del Código Civil”

A modo de recapitulación de cuanto se ha expuesto respecto al alcance subjetivo de la acción directa del artículo 1.597 del CC, de acuerdo con, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, basada en una interpretación progresiva y adecuada adaptada a la realidad social, cabe indicar que:

- Dicha acción alcanza al comitente, al contratista y a los subcontratistas anteriores: “La acción directa la concede el artículo 1.597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (...) hacen que alcance también a los contratistas anteriores; es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior” (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997).
- La afirmación anterior debe completarse con la doctrina legal establecida en las sentencias de 29 de junio de 1936 y 31 de enero de 2002, con arreglo a la cual en los supuestos en los que exista una concatenación de comitente, contratista y subcontratistas, desaparece la acción directa en el caso de que uno de los contratantes o subcontratantes no deba nada al siguiente.
- La responsabilidad que la acción directa del artículo 1.597 establece es directa y solidaria: “Cuando se ejercita la acción directa, en general y en esta concreta del artículo 1.597 del Código Civil, no se excluye la reclamación al deudor directo y, en tal caso, la responsabilidad de ambos es solidaria. Así lo han admitido, para la acción directa del artículo 1.597, las Sentencias de 29 de abril de 1991 y 11 de octubre de 1994” (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997)”

Definidos, en los términos anteriores, el contenido y alcance que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye a la acción directa del artículo 1597 del CC, procede igualmente también examinar la aplicación de este precepto a los contratos de obras celebrados por las Autoridades Portuarias, en particular por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Ello obliga, en primer término, a determinar el régimen jurídico al que han de ajustar su actividad contractual los entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, para lo que es esencial tener presente el contenido de la Circular 7/2008, de 16 de octubre, de esta Abogacía General del Estado, sobre Régimen de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias.

El apartado I de dicha Circular se refiere a la naturaleza de los contratos a celebrar por esos entes, señalando textualmente:

“La determinación del régimen jurídico al que han de ajustar su actividad contractual los entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias exige tomar en consideración las previsiones de distintos textos legales que, expuestos por orden cronológico, son: 1) Ley 27/1992 de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante —LPEMM— (arts. 24.2 y 35.2); 2) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público —LCSP— (disposición adicional undécima, apartado 2, y disposición adicional vigésima quinta, apartado 1); y 3) Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, denominada comúnmente Ley de Contratos de Sectores Excluidos (LCSE).

Comenzando por las previsiones de la LPEMM, el art. 24.2 de este texto legal, referido al ente público Puertos del Estado, dispone que ‘El Ente público Puertos del Estado (...) ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el Ordenamiento le atribuya (...). En materia de contratación, Puertos del Estado habrá de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés del Ente y homogeneización del sistema de contratación en el sector público’. Por su parte, el artículo 35.2 de dicho texto legal, referido a las Autoridades Portuarias, dispone que ‘Se regirán por la presente Ley (...) y actuarán con sujeción al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación (...). En la contratación, las Autoridades Portuarias habrán de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguardada del interés de Entidad y homogeneización del sistema de contratación en sector público.’

Los preceptos que se han transcrito en lo pertinente presentan un doble contenido que debe examinarse separadamente:

1) Proclamación del carácter jurídico-privado y no jurídico-público de los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Así resulta de la circunstancia de que tanto el artículo 24.2 como el artículo 35.2 disponen expresamente que las entidades de que aquí se trata “ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado” (caso de Puertos del Estado) y que “actuarán con sujeción al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación” (caso de las Autoridades Portuarias). Esta previsión y la consecuencia en que se traduce —que los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias se rigen en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por las normas del Derecho privado— ha de reputarse subsistente en la actualidad, ya que no ha quedado alterada por LCSP ni por la LCSE.

En efecto, comenzando por la LCSE, este texto legal regula exclusivamente los procedimientos de contratación en los sectores a que el mismo se refiere, pero no contiene previsión alguna sobre el carácter jurídico-público o jurídico-privado de los contratos cuyo procedimiento de adjudicación regula, cuestión que resulta completamente ajena al fin que persigue dicha Ley. Por lo que se refiere a la LCSP, su disposición adicional vigésima quinta dispone que el régimen de contratación del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias será el establecido en este texto legal para las entidades públicas empresariales; pues bien, el artículo 3.2, párrafo último, de la propia LCSP dispone que no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales (así como las entidades equivalentes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales), lo que tiene por consecuencia que los contratos que concierten Puertos del Estado y las Autoridades

Portuarias no sean contratos administrativos, ya que el primer y fundamental requisito de la figura del contrato administrativo es que sea otorgado por una Administración Pública y este requisito no se cumple en el caso de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias al tener que someterse al régimen jurídico de las entidades públicas empresariales y no tener éstas la condición de Administración Pública. Así lo confirma, por lo demás, el artículo 20.1, párrafo primero, de la LCSP.

2) Sometimiento a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés de la respectiva entidad pública y homogeneización del sistema de contratación del sector público.

Esta segunda previsión ha quedado, en realidad, superada, tanto en lo que se refiere a la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias sometida a la LCSE como lo que respecta a la actividad contractual de dichas entidades públicas sometidos a la LCSP, ya que tanto uno como otro texto legal reafirman dichos principios, completándolos con otros.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho hasta ahora, debe concluirse que, por aplicación de los artículos 24.2 y 35.2 de la LPEMM, los contratos que concierten Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias no pueden calificarse como contratos administrativos, sino como contratos jurídico-privados, sometidos, por ende, al Derecho privado en lo concerniente a sus efectos, cumplimiento y extinción “.

La consideración de los contratos que adjudiquen Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias como contratos de naturaleza jurídico-privada, con la fundamental consecuencia de que sus efectos, cumplimiento y extinción, como se ha dicho, se rijan por el Derecho privado, es independiente del hecho de que los citados contratos queden sometidos a la LCSE o a la LCSP, en los términos y con las precisiones oportunas que se contienen en la misma Circular n° 7/2008.

Ahora bien, aunque no exista obligación legal de aplicar a los referidos contratos todos los preceptos de la LCSP, no existiría impedimento alguno para que los citados entes aplicasen, siempre que convenga a sus intereses y sea compatible con la naturaleza jurídico-privada de los referidos contratos, en otros extremos (vgr., garantías, régimen de pagos, revisión de precios, penalidades por demora, cesión de contrato y subcontratación), las previsiones de la LCSP mediante la remisión a ellas o, en su caso, adaptación a las mismas o, al menos, inspirarse en ellos, con lo que se ganaría en uniformidad y seguridad.

En consecuencia, nada obstaría a que, en este caso, los pliegos reguladores de los contratos de obras celebrados entre la Autoridad Portuaria y los contratistas pudieran declarar aplicables en materia de subcontratación “las previsiones de la LCSP, cuyo artículo 210.4 establece lo siguiente:

“Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho artículo, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal”.

En el presente caso, ni el documento de formalización del contrato Me fecha 18 de diciembre de 2008, ni el pliego de condiciones del mismo de 11 de julio de 2008, aunque se refieren a la subcontratación (cláusula decimonovena del contrato y condición 17a del pliego de condiciones), contienen una previsión expresa como la indicada. Por su parte, la Orden del Ministerio de Fomento 4247/2006, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Normas y Condiciones Generales de la contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portua-

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

rias, aplicables al contrato de que aquí se trata por mor de lo dispuesto en el expositivo 1 y en la cláusula décimo quinta del mismo, contiene una referencia expresa a la subcontratación en la Regla 21a, refiriéndose a los requisitos de la misma, en línea con lo dispuesto en el artículo 115 del TRLCAP, vigente en la fecha de aprobación de la Orden, si bien no incorpora el contenido del apartado 3 de dicho precepto, reproducido por el artículo 210.4 de la LCSP. Por el contrario, la Regla 21 de las Normas y Condiciones Generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias aprobadas por Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008, de 22 de julio, se remite, para todos los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, en materia de subcontratación y al artículo 210 de la LCSP.

En el caso suscitado, si hubiese existido una referencia expresa en el documento contractual, pliego de condiciones o normas de contratación aplicables a la previsión contenida en el artículo 210.4 de la LCSP relativa a las obligaciones del subcontratista ante el contratista principal, hubiera podido surgir la duda de si la acción directa del artículo 1597 del CC era aplicable al contrato privado celebrado por la Autoridad Portuaria. En otras palabras, se suscitaría la duda, en suma, de si la redacción del artículo 210.4 de la LCSP que declara al subcontratista obligado “sólo ante el contratista principal”, excluye la aplicación de la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra consagrada en el artículo 1.597 del CC.

Esta problemática fue analizada también en el informe de este Centro Directivo de 28 diciembre de 2007 (A.G. ENTES PÚBLICOS 66/07), antes citado, concluyéndose, de acuerdo con la doctrina jurisprudencia⁷ que se menciona en dicho informe, que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas no excluye la aplicación de la acción directa del artículo 1.597 del CC, dado que ésta se inserta en el seno de una relación jurídico-privada como es la derivada de la subcontratación entre particulares, a lo que no es óbice que dicha subcontratación traiga causa en un contrato administrativo.

En el supuesto sometido a informe de este Centro Directivo, tratándose, en todo caso, de un contrato privado y al no existir una remisión expresa en los documentos y normativa reguladora del contrato de obras realizado a un precepto como el artículo 210 de la LCSP, en concreto a su apartado 4, es todavía más evidente, si cabe, la necesidad de tener presente lo dispuesto en el artículo 1597 de 1 CC, teniendo en cuenta que la cláusula décimo quinta del documento contractual, en lo no previsto en el contrato, pliego de condiciones, normas y condiciones generales de la contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias de 2006, indica que se regirá “por las normas de Derecho Común que les sean de aplicación”.

Por otro lado, siendo la subcontratación una relación de naturaleza jurídico-privada, y siendo el contrato de la Autoridad Portuaria, del que dicha subcontratación trae causa, un contrato también jurídico-privado, la competencia para conocer de las discrepancias que surjan en la subcontratación en las obras contratadas por la Autoridad Portuaria corresponderá en todo caso a la jurisdicción civil, como se encarga de recordarlo, con carácter general y con expresa remisión al artículo 21.2 de la LCSP y a la condición 5.2 del pliego, según la cual, “de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.2 de la LCSP, el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción del contrato que regula este Pliego”.

Todo ello aunque el Pliego hubieran recogido el régimen de subcontratación previsto en el artículo 210 de la LCSP, lo que no es el caso, como hemos dicho, máxime cuando la jurisprudencia ha declarado que los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas no excluyen la acción directa que el artículo 1597 del CC atribuye a todo subcontratista.

En resumen, de acuerdo con las consideraciones efectuadas, la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil ha de considerarse aplicable a los contratos celebrados por las Autoridades Portuarias.

- III -

Resuelta la cuestión relativa a la aplicación, en el presente caso, del artículo 1597 del CC, es preciso ya dar respuesta concreta a las dos cuestiones suscitadas en la solicitud de dictamen, relativas a la determinación del “dueño de la obra” y de la “tramitación que se estima procedente”.

Comenzando por la determinación del dueño de la obra, esta Abogacía General del Estado no alberga duda alguna de que esa cualidad concurre en la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa, entidad adjudicadora de la obra y que, según establece, en primer término, el artículo 35.1 de la LPEMM, es un organismo público con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar, añadiendo el apartado 2 de ese mismo artículo que “las Autoridades Portuarias ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación (...). En la contratación, las Autoridades Portuarias habrán de someterse, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, salvaguarda del interés del organismo Y homogeneización del sistema de contratación en el sector público (...)”.

De una forma más precisa, y a los efectos de este informe, la disposición adicional vigésimo quinta de la LCSP, vigente cuando se inició el expediente de contratación del contrato, dispone que el régimen de contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias es el establecido en esa Ley para la entidades públicas empresariales. En consecuencia, los organismos portuarios, a efectos de la LCSP, se configuran como poderes adjudicadores del sector público sin ostentar el carácter de Administración Pública. Del mismo modo, la disposición adicional segunda de la LCSE, incluye en su ámbito de aplicación, como entidades contratantes del sector de los puertos marítimos, a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias.

Esas previsiones, como no podía ser de otro modo, se han cumplido en la adjudicación que ha hecho la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa del contrato de obra para la “Construcción del Edificio para el Puesto de Inspección Fronteriza , adjudicado por el Consejo de Administración de la misma a la entidad “Ploder Uicesa, S.A. y Consur Infraestructura de Andalucía, Unión Temporal de Empresas Ley 18/1982, de 26 de mayo “; en su reunión del día 13 de noviembre de 2008, formalizándose el mismo el 18 de diciembre siguiente.

Aunque esos preceptos y disposiciones bastarían para atribuir a las Autoridades Portuarias, a los efectos establecidos en el artículo 1597 del CC, la condición de “dueña de la obra”, a esa consideración contribuyen también, de forma decisiva, los preceptos de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, citados en su solicitud de informe. En efecto, el artículo 93.1 de esa Ley 48/2003, enumera los bienes que integran el dominio público portuario estatal, señalando entre ellos las obras que realicen las Autoridades Portuarias sobre dicho dominio. La naturaleza jurídico demanial de dichas obras también se atribuye a las mismas, como sigue diciendo la solicitud de dictamen, por el artículo 14.1 de la LPEMM, configuración en la que abunda el artículo 5.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Por su parte, el artículo 92.2 de la Ley 48/2003 dispone que la gestión de los espacios e infraestructuras portuarias básicas (entre las que, en efecto, puede considerarse el edificio del PIF), corresponde a las Autoridades Portuarias, gestión que ha de ser desarrollada por éstas bajo el principio general de autonomía funcional y de gestión (artículos 35.3 y 23 de la LPEMM) y sin que a todo lo expuesto obste, en absoluto, la dependencia de las Autoridades Portuarias del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado, como reza la disposición adicional decimoquinta de la Ley 48/2003.

La conceptualización de la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa como “dueño de la obra” a los efectos del artículo 1597 del CC queda confirmada por otra consideración. Como se ha indicado más arriba, las dos razones que justifican la acción directa consisten en la aplicación del principio según el cual “el deudor de mi deudor es también deudor mío” y en la

especial protección que lbs acreedores refaccionarios han tenido siempre en la ley. Pues bien, estas dos consideraciones, especialmente la primera, determinan que la locución “dueño de la obra” deba entenderse referida no tanto al plano de las relaciones jurídico-reales (derecho de propiedad), cuanto al plano de las relaciones jurídico-contractuales: es “dueño de la obra” la persona, física o jurídica, que, por virtud de contrato de arrendamiento de obra, se obliga a pagar, en nombre y por cuenta propia el precio de la obra, y tal condición o cualidad concurre en la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa como entidad contratante de la obra y obligada al pago del precio con cargo a su presupuesto.

Por consiguiente, y contestando a la primera cuestión suscitada, la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa, a los efectos prevenidos en el artículo 1597 del CC, tiene la consideración de “dueño de la obra”

- IV -

Determinado el alcance (directo y solidario) de la acción que el artículo 1597 del CC concede al subcontratista frente al dueño de la obra y la aplicación de dicha acción al supuesto que se examina (subcontratos derivados de contratos de obra celebrados por un ente público como la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa), queda por examinar los concretos requisitos a los que se supedita su ejercicio frente al comitente o dueño de la obra (la Autoridad Portuaria citada, no el Ministerio de Fomento, al que indebidamente se ha dirigido el subcontratista), así como el procedimiento exigible para atender los requerimiento de pago que, a tal efecto y frente a los presuntos impagos del contratista, formula el subcontratista a la Autoridad Portuaria, como comitente o dueño de la obra.

Para ello, nada mejor que tener presentes, de nuevo, las consideraciones realizadas por este Centro Directivo en el apartado IV de su informe de 28 diciembre de 2007 (A.G. ENTES PÚBLICOS 66/07) y que, sobre este particular señala textualmente:

“En este punto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede sistematizar del siguiente modo:

1.- Elementos constitutivos de la reclamación del subcontratista.

Como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1992 (Ar. 10641):

‘Resulta fuera de duda que los elementos constitutivos de la reclamación ejercitada a tenor del artículo 1.597 han de ser la probanza de la puesta de trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista y la falta de abono por éste de dicha aportación.’

Por tanto, dos son las circunstancias que el subcontratista que forrnble acción directa contra el comitente o dueño de la obra ha de acreditar: la completa ejecución de las prestaciones subcontratadas y el impago de las mismas por parte del contratista.

En cuanto a la primera de las mencionadas circunstancias, incumbe al subcontratista, por aplicación de las reglas generales en materia probatoria, acreditar ‘su contribución demostrada en la ejecución de la obra de que se trate’, bien mediante la aportación de materiales, bien con su trabajo (sentencia de 28 de mayo de 1999). A tal fin, el subcontratista podrá valerse de cualquier medio de prueba admitido por el ordenamiento jurídico: facturas, recibos u otros documentos, declaraciones testificales, confesión...

Cuando se trate de contratos administrativos, o de contratos privados celebrados por entidades del sector público estatal cuyos pliegos remitan, en materia de subcontratación, al régimen previsto en el TRLCAP, la Administración o entidad del sector público contratante habrá de tener, en principio, conocimiento de la subcontratación y de las partes del contrato encargadas al subcontratista, pues así lo impone el artículo 115.2. a) del TRLCAP. Por ello, la prueba del subcontratista que ejercite la acción directa del artículo 1.597 contra el dueño de la

obra se habrá de circunscribir, también en principio, no tanto al hecho de la subcontratación, cuanto a la efectiva ejecución de las partes del contrato subcontratadas.

Pero debe tenerse en cuenta en este punto que el Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de la acción directa del artículo 1.597 del CC incluso en aquellos supuestos en los que la Administración contratante invoque el desconocimiento de la subcontrata, por aplicación de la doctrina de prohibición del enriquecimiento injusto. Así, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2006 (Ar. 259) se afirma que:

‘Este motivo se desestima porque la sentencia de instancia declara probada la existencia de conocimiento y autorización por parte de la Administración del Estado, que puede ser de naturaleza tácita, aceptando los trabajos realizados por el subcontratista. No puede olvidarse que quien se aprovecha de los resultados que le son favorables -la obra- no puede rechazar las obligaciones que de ellas se derivan. Tampoco pueden obviarse las amplísimas facultades de control e inspección que tiene la Administración del Estado en obras públicas, (...). Lo cual alcanza no sólo a la celebración del subcontrato sino también a la ejecución de éste y a las dificultades y problemas que efectivamente se plantearon.’

En definitiva, el Tribunal Supremo considera que el eventual incumplimiento de las formalidades impuestas por la legislación de contratación administrativa en materia de subcontratación no puede invocarse como excepción a la acción directa del artículo 1.597 del CC, apreciando incluso falta de buena fe procesal cuando la entidad contratante invoca tales irregularidades formales en la subcontratación, pero se aprovecha de sus efectos. Así, en la sentencia de 16 de julio de 2003 (Ar. 5843), el Tribunal Supremo sostiene que:

‘La Sala observa una falta de buena fe procesal en la conducta del Ayuntamiento recurrente que (...) se niega a asumir las obligaciones que le impone el artículo 1.597 CC frente al subcontratista, alegando incumplimiento de las formalidades administrativas de la subcontrata, pero no teniendo ningún inconveniente en que siguiese trabajando’

En cuanto a la prueba de la falta de pago por el contratista al subcontratista, cabría entender, en principio, que dicha prueba corresponde al subcontratista. Ahora bien, no cabe desconocer que la falta de pago, en cuanto hecho negativo, es de muy difícil prueba. Es por ello por lo que, presuponiendo la reclamación del contratista al dueño de la obra una situación de falta de pago, lo apropiado es que el dueño de la obra requiera al contratista a fin de que éste manifieste si efectuó el pago al contratista. Así las cosas, de no atenderse por el contratista el requerimiento o de, no dar respuesta satisfactoria, puede tenerse por probada la falta de pago.

2.- Existencia de un crédito del contratista frente al dueño de la obra.

Como ya se ha indicado, el ejercicio de la acción directa por el subcontratista contra el dueño de la obra está limitado cuantitativamente, conforme al artículo 1.597 del CC, a “la cantidad que éste (dueño de la obra) adeude a aquél (contratista) cuando se hace la reclamación”. La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra se supedita, por lo tanto, a la existencia de un crédito del contratista contra el dueño de la obra, habiendo declarado el Tribunal Supremo que la carga de la prueba se invierte en este caso y que la prueba de la existencia de tal crédito y de su concreto importe no corresponde al subcontratista acreedor; es al dueño de la obra al que, en defensa de su derecho, le corresponde probar la inexistencia de crédito (por haber pagado ya al contratista). Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000, 18 de julio de 2002, y 24 de enero de 2006, declaran lo siguiente:

‘Uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejercita la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues ni conoce ni puede

conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal supuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto.

Esta inversión de la carga de la prueba respecto a la acreditación de la existencia de un crédito del contratista frente al dueño de la obra constituye jurisprudencia constante y reiterada del Tribunal Supremo. Así, en la sentencia de 29 de mayo de 2006 (Ar. 3346), el Alto Tribunal afirma lo siguiente:

‘Es incontestable, conforme a tal doctrina legal, reiterada en exceso, que no puede literalizarse el artículo 1.214 del CC en estos casos de aplicación del artículo 1.597 del CC para trasladar al reclamante, ajeno a la relación jurídica en que el precepto le autoriza a intervenir, como directo interesado, más que subrogado, la carga de probar la existencia y alcance del crédito de que se trata, dada la dificultad que para él representa su ajeneidad respecto al mismo; y al serle más asequible al acreedor, dentro de esa relación jurídica ajena (pero propia de él) para el reclamante, el probar el alcance y existencia del crédito, es por ello que es a él al que corresponde, en equidad, tal prueba.’

3.- Requisitos formales de la reclamación del subcontratista.

En cuanto a la forma de la reclamación, la jurisprudencia adopta un criterio antiformalista habiendo expresado el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de enero de 1974 que la reclamación puede ser tanto judicial como extrajudicial. Y es que:

‘El artículo 1.597 del CC resulta oportuno interpretarlo en sentido amplio, en el sentido de admitir la reclamación, siempre que ello tenga una constancia indiscutida en cualquier momento y forma que ésta se produzca, sin precisar como requisito único la petición de tal derecho en vía judicial, por todo lo cual, no sólo ha de tener eficacia ésta, sino también la petición formulada en privado’ (sentencia de 17 de julio de 1997):

4.- Alcance cuantitativo de la reclamación.

La acción directa del subcontratista puede extenderse, dentro de los límites del crédito que el contratista tenga contra el dueño de la obra, al prébio ajustado con el contratista y también, en su caso, al que exceda del mismo, en concepto de mejoras o aumentos de obra consentidos, expresa o tácitamente, por el comitente o dueño de la obra.

Así, en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999 y de 19 de abril de 2004 se afirma que ‘los subcontratistas no sólo son acreedores del precio ajustado, sino también del efectivamente debido por las obras realizadas, bien en el ámbito de la subcontrata o fuera de ella tratándose de mejoras autorizadas.’

La reclamación del subcontratista puede extenderse también a aumentos de la obra inicialmente contratada, ‘tanto si se entiende que dicho aumento fue convenido inicialmente entre los dos (dueño y contratista), (...) como si se considera que el referido aumento lo concertó el dueño con el contratista y éste a su vez, con el subcontratista’ (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1990) ‘:

A modo de recapitulación, los requerimientos de abono que el subcontratista de las obras contratadas por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa dirija a dicho ente público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.597 del CC, deberán ser atendidos por dicha, como comitente o dueña de la obra siempre que:

1º.- El subcontratista acredite:

- a) La ejecución de la parte de la obra subcontratada a la que refiera su reclamación, bien mediante aportación de materiales, bien mediante su trabajo. Las irregularidades o incumplimientos formales de la normativa sobre contratación administrativa que, en su

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

caso, y por expresa previsión de los pliegos, fueran aplicables a la subcontratación de las obras licitadas por la Autoridad Portuaria no son oponibles a la reclamación directa del subcontratista.

b) El impago del contratista. En relación con este extremo deberá tenerse en cuenta la consideración anteriormente hecha sobre prueba de la falta de pago por el contratista al subcontratista.

2°.- Exista un crédito del contratista contra la Autoridad Portuaria, extremo que no corresponde acreditar al subcontratista reclamante. Es a la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa a la que, en defensa de su derecho y frente a la reclamación del subcontratista, le corresponde probar la inexistencia del crédito del contratista por haber pagado ya a este último.

3°.- El subcontratista formule una reclamación de la que exista constancia indiscutida, cualquiera que sea la forma o medio por la que ésta se produzca.

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

CONCLUSIONES

Primera.- De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el artículo 1.597 del Código Civil establece una acción de reclamación en favor del subcontratista que, exceptuando el principio de la relatividad de los contratos

6 que establece el artículo 1.257 del Código Civil, le permite dirigirse de forma directa y solidaria contra el dueño de la obra y contra el contratista, e incluso contra los anteriores subcontratistas, sucesiva o simultáneamente, respondiendo unos y otros indistinta o solidariamente, si bien la responsabilidad del comitente se limita al importe del crédito adeudado por éste al contratista al tiempo de la reclamación del subcontratista.

Segunda.- De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico II del presente informe, la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil ha de considerarse aplicable a los contratos celebrados por las Autoridades Portuarias.

Tercera.- De acuerdo también con las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico III de este informe, la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa y no el Ministerio de Fomento tiene a los efectos previstos en el artículo

1597 del Código Civil, la consideración de “dueño de la obra” y a ella habrá de dirigirse en exclusiva el subcontratista.

Cuarta.- En cuanto a los requisitos exigibles para atender las reclamaciones que el subcontratista dirija a Autoridad Portuaria de Villagarcía, de Arosa, en ejercicio de la acción directa prevista en el artículo 1.597 del CC, así como a la tramitación procedente de las mismas, deberá tenerse en cuenta lo indicado en el fundamento jurídico IV del presente informe.

29.- Informe sobre el alcance del artículo 60.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, respecto a las empresas o entes participados por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, entre cuyos administradores se encuentren altos cargos de la Administración del Estado.

Resumen

Consulta sobre el alcance del artículo 60.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, respecto de las empresas o entes participados por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, entre cuyos administradores se encuentren Altos Cargos de la Administración General del Estado o personal de los organismos portuarios.

De acuerdo con los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 16/1992 de 24 de julio y de 28 de junio de 1985, los citados cargos o personas no están incurso en la prohibición para contratar con el sector público prevista en el artículo 60.1.f) del Texto Refundido citado, pudiendo, por tanto, concurrir en condiciones de igualdad con los demás interesados en las licitaciones que convoque la Administración del Estado y demás entes integrantes del sector público, incluidas las que convoquen el ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 128/11

Fecha: 23 de diciembre de 2011

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 Presidente de Puertos del Estado sobre el alcance del artículo 60.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, respecto de las empresas o entes participados por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, entre cuyos administradores se encuentren Altos Cargos de la Administración General del Estado o personal de los organismos portuarios.

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo informa lo siguiente:

- I -

El artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), que lleva por rúbrica "Prohibiciones de contratar", establece en su apartado 1º que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

"(...)

- f) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas, en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

(...)"

Esta prohibición para contratar se ha mantenido, en términos muy similares y con referencia a las normas sobre incompatibilidades vigentes en cada momento, desde la Ley de Contratos del Estado, cuyo Texto Articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (artículo 9.6, tras la modificación introducida en el mismo por la Ley 9/1991, de 22 de marzo), siguiendo por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la misma aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (artículo 20.e).

Una primera aproximación al precepto permite afirmar que, para que una persona física o jurídica pueda contratar con el sector público, en el que se integran el ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias (artículo 3.1.c) del TRLCSP), es necesario que la persona física o los administradores de la persona jurídica no estén incurso "en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril (...), de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre (...) o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio (...)"

Comenzando por los altos cargos, naturaleza que tienen, como es sabido, el Presidente de Puertos del Estado, por un lado, y los Presidentes y los Directores de las Autoridades Portuarias, por otro, según el informe de este Centro Directivo de 1 de junio de 2006 (ref. A.G. Entes Públicos 58/06), cuando el artículo 60.1.f) del TRLCSP exige que no esté incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, es razonable pensar que dichos supuestos no pueden ser otros que los de incompatibilidad contenidos en la propia Ley 5/2006, para el desempeño del puesto de administrador en una persona jurídica.

Pues bien, el artículo 5 de la Ley 5/2006 establece que "los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena y, asimismo, tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que directa o indirectamente provenga de una actividad privada, Lo expuesto se entiende sin perjuicio de las excepciones señaladas en los artículos 9 y 10"

El artículo 9.1.c) de la Ley 5/2006 declara compatible el ejercicio de las funciones de un alto cargo con "el desempeño de la presidencia de las sociedades a las que se refiere el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (sociedades anónimas cuyo capital sea en su totalidad, de titularidad directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos), cuando la naturaleza de los fines de la sociedad guarde conexión con las competencias legalmente atribuidas al alto cargo, así como la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de derecho público"

Por su parte, los artículos 22.1 y 31.1, segundo 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, permiten tanto al Presidente de Puertos del Estado como a los Presidentes de las Autoridades Portuarias simultanear su cargo con el de Presidente o Vocal del Consejo de Administración de las sociedades participadas por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, con los requisitos y limitaciones retributivas que se derivan de la aplicación de la legislación de incompatibilidades.

- II -

Ahora bien, el hecho de que el Presidente de Puertos del Estado y los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias puedan formar parte de los órganos de administración de sociedades participadas por dichas entidades públicas, sin incurrir en la incompatibilidad prevista en la Ley 5/2006, no resuelve realmente el problema planteado que no es otro que la posibilidad de que las citadas sociedades, de capital íntegramente público o mixto, puedan actuar como contratistas del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, teniendo en cuenta, además, como se indica en la solicitud de informe, que las repetidas sociedades han sido constituidas fundamentalmente para prestar servicios a dichos organismos portuarios.

En otras palabras, se trata de determinar si la circunstancia de que altos cargos de la Administración del Estado y, más concretamente, de que el Presidente de Puertos del Estado y los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias formen parte, en representación de la propia Administración del Estado y de las citadas entidades públicas, de los órganos de administración de las sociedades participadas por ellas, de capital total o parcialmente público, hace que las citadas sociedades estén incursas en la prohibición para contratar recogida en el artículo 60.1.f) del TRLCSP.

Pues bien, la cuestión suscitada en relación con los cargos electivos de las Corporaciones Locales a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de julio, de Régimen Electoral General, y extensible a los altos cargos a que se refiere la Ley 5/2006 fue objeto de análisis en el Informe 16/1992, de 24 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que, remitiéndose a un Informe previo de 28 de junio de 1985, tuvo oportunidad de señalar que la previsión contenida en el artículo 6.1.b) de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de los Altos Cargos (actualmente, artículo 9.1.c) de la Ley 5/2006), según el cual, los titulares de Altos Cargos podrán representar a la Administración en los órganos colegiados directivos o Consejo de Administración de Organismos o Empresas de capital público, obliga a concluir “que la simple circunstancia de que en el Consejo de Administración de una sociedad con capital público figuren personas que ostenten la condición de titulares de Altos Cargos no es causa de incapacidad para contratar con la Administración del Estado, constituyendo cuestión independiente la necesidad de respetar los límites señalados en el propio artículo 6 de la citada Ley 25/1983, de 26 de diciembre”.

Para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa “...constituiría un contrasentido el permitir a los titulares de Altos Cargos representar a la Administración en los órganos colegiados directivos o Consejo de Administración de Organismos o Empresas con capital público y a estos últimos, por dicha circunstancia, se les considere incapaces para contratar con la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, con la consecuencia alternativa, rechazable en ambos términos, de quedar estos Organismos y Empresas Públicas excluidos de la contratación administrativa o, para que no se produzca tal efecto, constituir los órganos de gobierno de tales Organismos o Empresas Públicas, en su totalidad, con personas ajenas a la Administración, dado que la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, contiene idéntica norma aplicable, no a los titulares de Altos Cargos, sino al resto del personal al servicio de las Administraciones Públicas”.

Por tanto, en opinión del órgano administrativo encargado específicamente de interpretar la normativa sobre contratación pública, no tiene prohibición alguna para contratar una empresa o sociedad con capital público, de cuyo órgano directivo o Consejo de Administración formen parte los titulares de altos cargos en representación de la Administración General del Estado o de otras entidades de Derecho público dependientes de la misma (entre las que se encuentran los organismos portuarios), pudiendo, por tanto, concurrir en régimen de igualdad con los demás interesados en las licitaciones que convoque la Administración del Estado y demás entes integrantes del sector público, incluidas las que convoquen el propio ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

A la misma conclusión ha de llegarse, a la vista de lo dispuesto en el artículo 8, párrafo primero, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando del Consejo de Administración de sociedades participadas por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias formen parte personas de estas entidades públicas que no tengan la consideración de altos cargos.

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

CONCLUSION

Las empresas o sociedades con capital público, de cuyo órgano directivo o Consejo de Administración formen parte, en representación de la Administración General del Estado o de otras entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la misma (entre las que se encuentran los organismos portuarios), titulares de altos cargos o demás personas al servicio de las mismas, no están incurso en la prohibición para contratar con el sector público prevista en el artículo 60.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pudiendo, por tanto, concurrir en régimen de igualdad con los demás interesados en las licitaciones que convoque la Administración del Estado y demás entes integrantes del sector público, incluidas las que convoquen ente público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

30.- Informe sobre la calificación jurídica de los convenios de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Motril y una Agrupación de Interés Económico

Resumen

Imposibilidad de que la Autoridad Portuaria de Motril pueda contratar directamente los servicios a los que se refiere este informe relacionados con la gestión y promoción de los intereses del Puerto de Motril a través de un convenio de colaboración con una Agrupación de Interés Económico, al estar el objeto de dicho convenio comprendido en el del contrato de servicios regulado en la Ley 30/2007.

Aplicación a dicho contrato de las previsiones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, para los contratos no sujetos a regulación armonizada, lo que determina la aplicación de la normas de contratación de la Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008, de 22 de julio. Necesidad de garantizar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confiabilidad, igualdad y no discriminación. Imposibilidad en todo caso de que la Agrupación contrate con la Autoridad Portuaria al ser el Presidente de esta última, Presidente y Consejero Delegado de la mencionada Agrupación. Incompatibilidad en todo caso también de diversos Consejeros de la AP, que son al mismo tiempo Consejeros de la Agrupación.

Ref.: A. G. Entes Públicos 64/11 (R-752/11)

Fecha: 11 de julio 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 consulta formulada por la Abogacía del Estado en Granada, de fecha 13 de junio de 2011, sobre la viabilidad jurídica de la celebración de determinados convenios denominados “Convenios de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Motril y la Agrupación de Interés Económico X, para la promoción y proyección del Puerto de Motril” y que tienen por objeto los servicios que se describen en los mismos.

La consulta viene acompañada del preceptivo proyecto de informe elaborado por el Abogado del Estado y se formula con fundamento 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.

La cuestión suscitada no es otra que la posibilidad de que la Autoridad Portuaria de Motril pueda con arreglo a Derecho contratar directamente, sin sujeción a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, ni apertura de un procedimiento abierto o negociado, los servicios que figuran relacionados en el documento que se adjunta.

La Abogacía del Estado consultante, tras una serie de consideraciones jurídicas, concluye su informe señalando que la Autoridad Portuaria de Motril no puede contratar directamente servicios del Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público con la Agrupación de Interés Económico indicada, debiendo ajustarse plenamente en la contratación de esos servicios, en cuanto a los actos separables, a la Ley 30/2007 y a la Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008 en lo que sea aplicable. Añade igualmente que, en circunstancias normales, ningún tercero podría concurrir en condiciones de igualdad con la Agrupación de Interés Económico 1908, Puerto de Motril, en los procedimientos de selección del contratista, al estar participada aquélla por la propia Autoridad Portuaria. Por consiguiente –termina– o bien la Autoridad Portuaria presta por sí misma esos servicios con medios propios o bien los contrata con terceros con sujeción a las normas citadas.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Este Centro Directivo comparte, con carácter general, las conclusiones de ese proyecto de informe. No obstante, resulta conveniente efectuar unas consideraciones adicionales que complementen, por un lado, y maticen, por otro, el contenido del proyecto de informe realizado por la Abogacía del Estado en Granada.

- I -

Tal y como se indica en el proyecto de informe y acredita la documentación que acompaña el mismo (escritura pública de constitución de 27 de febrero de 2008 y estatutos de la Agrupación), “X, A.I.E.”(en adelante, X) es una Agrupación de Interés Económico, constituida al amparo de la Ley 12/1991, de la que forman parte - cláusula sexta de la escritura - la Autoridad Portuaria de Motril (con un 44% del capital social inicial), la Empresa Municipal Y, S.A. (con un 20%), la Agencia Pública de Puertos de Andalucía (con un 20%), la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Granada (con un 4%), la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Motril (con un 4%), Z, S.A. (con un 4%) y U, S.L. (con un 4%, igualmente).

Su objeto social, según la cláusula tercera de la escritura de constitución, es la “gestión y promoción de los intereses comunes a los sectores de la logística, del turismo y del comercio relacionados con el Puerto de Motril, coordinando la prestación de servicios para auxiliar, facilitar, desarrollar y mejorar los resultados de las actividades de sus socios. Tendrá como finalidad principal la elaboración y desarrollo de acciones de promoción, estudio y potenciación de la competitividad del Puerto de Motril y de las entidades y sectores relacionados con el mismo directa o indirectamente, sin ánimo de lucro para sí misma, a través de las actuaciones que se recogen en el artículo 2 de los Estatutos y que se dan aquí por íntegramente reproducidas”.

El Presidente y Consejero Delegado de X es el Presidente de la Autoridad Portuaria de Motril.

- II -

El 2 de junio de 2011 (aunque, según parece, desde el año 2008 y con una periodicidad semestral se han venido celebrando idénticos convenios), el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Motril aprobó un “Convenio de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Motril y “X, A.I.E., para la promoción y proyección del Puerto de Motril”, que tiene por objeto una serie de servicios que aparecen relacionados en sus cláusulas primera (“Promoción de las actividades comerciales del Puerto de Motril”), segunda (“Proyección de imagen del Puerto de Motril y relación con la ciudadanía y el entorno,” y tercera (“Apoyo en gestiones administrativas y relaciones”).

Una simple lectura de esas cláusulas, así como de la cláusula tercera de la escritura de constitución de Motrilport, reproducida anteriormente, pone de manifiesto la plena coincidencia del objeto del convenio aprobado y el objeto de la Agrupación de Interés Económico. La cláusula quinta del convenio fija la aportación económica que efectuará la Autoridad Portuaria para llevar a efecto y buen fin el convenio en una cuantía máxima de 215.729 euros, aportando Motrilport para el mismo fin sus recursos personales y económicos disponibles procedentes de las cuotas anuales de los socios agrupados y resto de los ingresos que pudiera generar. La vigencia del convenio se fija desde el 1 de junio de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011, pudiendo prorrogarse tácitamente por periodos anuales, si no existe denuncia expresa por ninguna de las partes con anterioridad a su finalización o bien formalizarse un nuevo convenio de colaboración, adaptado, en su caso, a las necesidades y circunstancias existentes.

- III -

A la vista de estos antecedentes, es necesario determinar si la actuación de la Autoridad Portuaria de Motril, que ha formalizado directamente con una Agrupación de Interés Económico un convenio de colaboración con un objeto determinado, coincidente de forma plena con el propio de la Agrupación, es conforme o no a Derecho, a la luz de las normas reguladoras de la contratación del sector público.

Para ello, es preciso tener en cuenta el ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de 31 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Según el artículo 2.1 de la misma, son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3 (entre los que, sin lugar a dudas, están las Autoridades Portuarias – apartado 1.c–).

Ahora bien, el artículo 4.1 del mismo texto legal, enumera los negocios y contratos excluidos del ámbito de aplicación de la citada ley, entre los que están, por lo que pudiera tener relación con el convenio discutido:

“ (...)

- d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”

A primera vista, y aunque nada diga sobre el particular el texto del convenio, podría pensarse que el convenio de colaboración de referencia encajaría en el precepto transcrito (Motrilport tiene claramente la consideración de una persona jurídica sujeta al Derecho privado), lo que determinaría la exclusión del mismo del ámbito de la LCSP y que, por lo que ahora importa, se pudiese celebrar directamente un convenio entre la Autoridad Portuaria y Motrilport sin necesidad de cumplir con las previsiones al respecto en materia de publicidad y concurrencia de la Ley citada.

No obstante, la respuesta a la cuestión que se examina es negativa. En efecto, el artículo 4.1.d) de la LCSP excluye del ámbito de la Ley los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración (categoría en la que habría que incluir no sólo a las Administraciones territoriales, sino también a los organismos autónomos y entidades públicas vinculadas las Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, en los términos del artículo 3.2.e) de la LCSP, y por tanto, a las Autoridades Portuarias, dependientes de la Administración del Estado-Ministerio de Fomento a través de Puertos del Estado –disposición adicional decimoquinta de la Ley 48/2003–) con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, donde podrían encuadrarse las AIE, pero, como termina diciendo dicho precepto, “..siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”.

Basta con una lectura del objeto del convenio celebrado entre la Autoridad Portuaria y X para percatarse fácilmente que tiene el objeto propio del contrato de servicios regulado en el artículo 10 de la LCSP así como en el artículo 2.d) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE). De acuerdo con el primero de esos preceptos “son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II“. De conformidad con el segundo, son contratos de servicios “los contratos distintos de los contratos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios mencionados en el Anexo II“. Del examen de las categorías indicadas en esos

dos Anexos y dada la dificultad para encuadrar los servicios concretos objeto de ese convenio en una de las 16 primeras categorías de del Anexo II de la LCSP o en las 16 primeras categorías del Anexo II.A) de la LCSE, lo que resulta claro es su encuadre en la categoría 27 ("Otros servicios") de ambos anexos (Anexo II y Anexo II.B, respectivamente), no pudiendo entenderse, por el contrario, que tiene por objeto el propio de un convenio de colaboración.

En efecto, como se ha expuesto, el objeto del convenio está comprendido en el del contrato de servicios regulado en la LCSP y en la LCSE. Para que pueda hablarse de convenio de colaboración es necesaria una real concurrencia de competencias y actuaciones de las partes intervinientes (Autoridad Portuaria, por un lado, y AIE, por otro), una aportación mutua de esas dos partes, una auténtica comunidad de fines, intereses y resultados ajenos al esquema contractual.

En el presente caso, del tenor de la cláusula quinta del convenio, relativa a la aportación económica que efectuará la Autoridad Portuaria para llevar a efecto y buen fin el convenio, que se fija en una cuantía máxima total de 215.729 euros, aportando Motrilport para el mismo fin sus recursos personales y económicos disponibles procedentes de las cuotas anuales de los socios agrupados y asociados y resto de ingresos que pudiera generar, se deduce que no se trata de un auténtico convenio de colaboración con aportaciones por ambas partes para conseguir, mediante una gestión conjunta, un resultado común que se ha de compartir, sino que, una parte, en este caso, la Autoridad Portuaria hace entrega a la otra, la AIE, de una cantidad de dinero a cambio de que ésta, con sus recursos personales y económicos disponibles, le preste unos servicios concretos y determinados, cuales son los indicados en las cláusulas primera, segunda y tercera del convenio, lo cual, entra claramente dentro del esquema típico de un contrato –contrato de servicios– regulado en la LCSP y en la LCSE.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004 es la que mejor ha analizado, en un supuesto muy parecido al que aquí se examina (se trataba de un convenio de colaboración entre la Generalidad de Cataluña y una asociación privada), la figura del convenio de colaboración, más concretamente, su naturaleza jurídica, con especial incidencia en la circunstancia de si su celebración supone una infracción de los principios de libre concurrencia y competencia, así como de igualdad de oportunidades, exigidos por la normativa vigente sobre contratos administrativos.

Así, en el fundamento de derecho cuarto de esa sentencia se examina esta cuestión, declarando que:

"(...)

La problemática relativa a los convenios de colaboración celebrados por la Administración es ciertamente complicada a causa, sobre todo, de la ausencia de una definición legal de los mismos, e incluso de un concepto doctrinal netamente perfilado sobre su naturaleza.

Sin intención de hacer un repaso exhaustivo de dicho concepto, es evidente que un sector de la doctrina científica parte de la idea de que la auténtica naturaleza de un convenio de carácter administrativo, como categoría diferente al contrato propiamente dicho, supone la existencia de un elemento transaccional que a su vez implica la preexistencia de una relación jurídica, sea de origen voluntario o impuesta por la Ley, con la misma Administración, de suerte que el convenio afecta de alguna forma a la medida y extensión de las obligaciones derivadas de dicha relación jurídica (los convenios urbanísticos, expropiatorios y fiscales serían un buen ejemplo de ello). También se le ha contemplado desde el punto de vista de la contraposición entre una relación bilateral –con recíprocos derechos y obligaciones– y la de carácter plurilateral y asociativo– lo que supone hasta cierto punto el trasplante de conceptos del Derecho Privado– que conjunta actividades de la Administración y de los administrados para el cumplimiento de una común finalidad de interés público. Y no faltan tendencias como la apuntada en la ya antigua Sentencia de este Tribunal de 8 de marzo de 1990, citada por la recurrida, que asocian la idea del contrato de gestión de un servicio público con la figura del empresario, negándole esta condición al concierto de que se trate si la idea de empresa y empresario no se halla presente en el mismo.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

En la actualidad se suele aplicar sin dificultad el concepto de convenio, como figura de negocio jurídico sustraído a las reglas legales aplicables al contrato administrativo, al tipo de conciertos celebrados por la Administración con la finalidad mencionada en primer lugar, e igualmente la jurisprudencia de esta Sala admite la existencia de los convenios de colaboración, o cooperación, para el mejor desarrollo y cumplimiento de una finalidad de carácter público estipulados entre Entidades de este carácter, e incluso entre Entidades de Derecho Público y sociedades privadas, gestoras de dichos servicios, siempre que ya figuren creadas e integradas en la propia organización de tales Entidades Públicas, de manera que el Ente correspondiente viene a canalizar a través de las organizaciones instrumentales creadas dentro de su misma organización el cumplimiento del interés público que se trata de satisfacer (Sentencia de 4 de julio de 2003, precisamente referida a un pleito procedente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña); mas cuando se trata de los denominados convenios de colaboración que celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado para la satisfacción de un interés público (artículo 3.1.d) de la Ley 13/95 y de su Texto Refundido de 16 de junio de 2000) la doctrina jurisprudencial entiende que han de someterse a los principios de publicidad, competitividad e igualdad de oportunidades que inspiran tales disposiciones y que el artículo 11 consagra de una manera explícita (Sentencias de 17 de octubre de 2000, 12 de enero de 2001 y 20 de diciembre de 2002), siempre que el objeto de los mismos coincida con el de los contratos regulados en dichas Leyes o en normas administrativas de carácter especial, como con respecto a la encomienda de gestión –sea de carácter material o de prestación de servicios– recuerda el artículo 15 de la Ley de 26 de noviembre de 1992 .

Consecuentemente no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio objeto de controversia la que determine el régimen jurídico que ha de regularlo, sino la real naturaleza del mismo la que ha de imponer o permitir prescindir de los principios mencionados. Y así ocurre (Sentencias de 12 de marzo y 13 de octubre de 1999) que la inexistencia de contraprestación pecuniaria, dotando de carácter esencialmente gratuito al convenio celebrado, o la concurrencia de supuestos excepcionales previstos en la normativa entonces vigente (Decreto 1.005/74, hoy derogado) pueden permitir prescindir de las exigencias impuestas por el artículo 11 aun cuando se trate de conciertos de colaboración celebrados con personas particulares, físicas o jurídicas, que tengan por objeto algunas de las materias recogidas en el artículo 5º de la Ley de Contratos del Estado; pero ello no quiere decir que fuera de tales supuestos excepcionales quepa obviar su cumplimiento mediante la utilización de la fórmula ‘convenio de colaboración’ en lugar de la de contrato administrativo.”

El fundamento de derecho quinto continúa diciendo que:

“En la actualidad la necesidad de mantener a ultranza los principios de competitividad, publicidad y libre concurrencia, que constituyen una aplicación al campo de la contratación administrativa de la igualdad proclamada por el artículo 14 de la Constitución, viene reforzada a través de las Directivas de la Comunidad Europea en materia de contratos públicos; de manera especial por las de 21 de diciembre de 1989 (89/65), 18 de junio de 1992 (92/50) y las dos promulgadas el 14 de junio de 1993 (93/36 93/37), siendo procedente recordar que el incumplimiento puntual de las mencionadas en primer y último lugar dio lugar a la condena del Estado Español en sendas resoluciones del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (Sentencias de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003, motivando la modificación operada por la Ley 62/2003 al dar una nueva redacción al apartado 1 del artículo 2 de la Ley de Contratos refundida en 16 de junio de 2000, a la Disposición Adicional Sexta, e introduciendo nuevos apartados en su articulado. Y si bien es verdad que las modificaciones se refieren únicamente a los contratos celebrados por entidades de derecho público y sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general, que no tengan carácter industrial o mercantil, en las que concurra alguno de los requisitos especialmente indicados y otorguen determinados contratos cuyo importe supere las cifras allí expresadas, también lo es que en el caso que nos ocupa el convenio celebrado lo ha sido entre la Comunidad Autónoma y una

asociación de carácter particular, encontrándose en todo caso sujeto a las prescripciones de la Ley antecitada (artículo 1º).

Lo que a nuestro supuesto afecta es que en ambas resoluciones —especialmente en la de 16 de octubre— se insiste en la necesidad de que las Entidades adjudicadoras observen fielmente en la contratación pública los principios que antes hemos mencionado, sin otras excepciones que las que se deriven del establecimiento del régimen uniforme comunitario en las Directivas correspondientes”

Así se llega ya al análisis del caso concreto suscitado, muy similar al que se está ahora estudiando, a lo que la sentencia dedica su fundamento de derecho sexto, que dice así:

“Partiendo de lo anteriormente razonado ha de llegarse a la conclusión de que se impone acoger los argumentos expuestos en los tres submotivos examinados de este primer motivo de casación, puesto que a través de un denominado convenio de colaboración, concertado de modo directo y sin previo expediente que posibilite la concurrencia de otros posibles interesados que reúnan las condiciones de una oferta pública que no se ha formulado, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña ha concertado con una entidad privada, constituida casi de modo simultáneo y para la consecución de unos fines que se solapan con los que va a perseguir la unión resultante de ese convenio, la prestación conjunta de un servicio de interés público que se considera de vital importancia para la provincia de Lérida, que supone importantes prestaciones materiales y pecuniarias y el otorgamiento a esa entidad privada de la facultad de proyectar y promover planes voluntarios y obligatorios de erradicación de enfermedades, realización de controles sistemáticos sanitarios en granjas y establecimientos porcinos, emisión de informes técnicos y certificados sanitarios, o cualesquiera otras actividades que le sean encomendadas por el Departamento correspondiente; y también la utilización del laboratorio oficial de Sanidad Ganadera y disposición conjunta del personal oficial adscrito, con la consiguiente facturación de los servicios, a cambio de una aportación pecuniaria que implica el sufragio de los gastos que ocasionen las actuaciones derivadas del convenio suscrito.

No cabiendo dudar que el objeto del concierto pactado se halla directamente vinculado a la actividad específica de la Administración Pública contratante y satisface de manera directa una finalidad pública de la propia competencia de ésta, ha de concluirse igualmente que se encuentra incluido en el apartado b) del artículo 5º de la Ley de Contratos del Estado y que no puede equipararse a los convenios de colaboración con particulares a que se refiere el apartado d) del artículo 3º de la misma Ley, a los efectos de dispensa de someterse a los principios establecidos en su artículo 11.

Finalmente, no altera esta conclusión la circunstancia alegada de que cualquier otra asociación de carácter porcino pueda adherirse libremente a la Unidad Sanitaria Porcina de Lérida, participando así de sus ventajas, máxime teniendo en cuenta que esa posibilidad no se contempla explícitamente en los Estatutos de dicho grupo.”

Basta actualizar las referencias normativas contenidas en ese fallo y sustituir, por ejemplo, la referencia que se hace en el último fundamento a los artículos 5.2.b) y 3.d) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas por los artículos 4.1.d) y 19.1.b) de la LCSP, para comprender que se trata de una situación muy similar (la asociación privada se constituyó para la consecución de unos fines coincidentes con los que persigue la unión resultante del convenio) a la que ha dado pie a este informe, cual es la prestación de unos servicios por parte de una AIE, a través de los recursos personales y económicos disponibles de la misma, recibiendo a cambio una prestación pecuniaria por parte de la Autoridad Portuaria que implica la sufragación de los gastos que ocasionen las actuaciones derivadas del convenio suscrito.

Se trata, por tanto, de un contrato de servicios, en cuya preparación han de respetarse esencialmente los principios de publicidad y concurrencia, de acuerdo con las previsiones

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

contenidas en la legislación de contratos del sector público y normas que la desarrollan, a las que luego se hará cumplida mención.

- III -

Antes de hacer referencia ya al régimen jurídico al que debería someterse el contrato de servicios de que aquí se trata, es conveniente también dejar claro, como lo ha hecho el Abogado del Estado consultante, que, teniendo la Autoridad Portuaria de Motril, como el resto de las Autoridades Portuarias, la condición de poder adjudicador del artículo 3.3.b) de la LCSP, y así lo vino a ratificar la Exposición de Motivos de la Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, en relación con la disposición adicional vigesimoquinta de la LCSP, en modo alguno podría considerarse el convenio de colaboración celebrado por dicha entidad pública con la AIE como una encomienda de gestión, también excluida de la LCSP, por mor de lo prevenido en el artículo 4.1.n), en conexión con el artículo 24.6 de la misma Ley.

El artículo 4.1.n) de la Ley excluye, como se ha dicho, de su ámbito de aplicación a “los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación”. Por su parte, el artículo 24.6 dispone que:

“A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que puedan ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependen.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.”

Pues bien, como se indica en el proyecto de informe, que toma por base a su vez, el emitido en su día para un caso muy similar por la Abogacía del Estado en Málaga y que este Centro Directivo hace plenamente suyo, la figura de la encomienda de gestión estaba prevista en la legislación anterior, bien que discutiéndose su adecuación a la doctrina del Tribunal de la Unión Europea sobre los servicios “in house providing”, lo que motivó la condena a España por la sentencia del mismo Tribunal de 13 de enero de 2005 (C-84/03, Comisión/ España) y la posterior modificación en este punto de Texto Refundido de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. De conformidad con la referida doctrina, el artículo 24.6 de la LCSP ha plasmado, con precisión, los requisitos para que los entes, organismos y entidades del sector público sean considerados medios propios y servicios técnicos, requisitos que X no cumple en modo alguno, ya que es una AIE sujeta a la Ley 12/1991, de 29 de abril, y no una sociedad instrumental ni medio propio de la Autoridad Portuaria. Aunque pueda entenderse que realiza

la parte esencial de su actividad con la Autoridad Portuaria, ésta no ostenta sobre la misma un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios, no existen tampoco instrucciones unilaterales del encomendante ni una retribución fijada con referencia a tarifas aprobadas por la Autoridad Portuaria. Tampoco su condición de medio propio y servicio técnico está reconocido en sus estatutos. Se trata de una AIE, cuyo objeto es la gestión y promoción de los intereses comunes a la logística, el turismo y el comercio relacionados con el Puerto de Motril, sin ánimo de lucro para sí misma (artículo 2 de los Estatutos), que está autorizada para firmar convenios de colaboración con el mismo (artículo 46).

- IV -

Alcanzada la conclusión de que el objeto del convenio celebrado entre la Autoridad Portuaria de Motril y X es el propio de un contrato de servicios, por lo que no resulta conforme a Derecho la contratación directa de los servicios a través de la fórmula del convenio de colaboración sin tener en cuenta las previsiones sobre preparación y adjudicación de los contratos contenidas en LCSP y en la LCSE, es preciso concretar el régimen jurídico al que debería someterse ese contrato.

Para ello hay que tener en cuenta, en primer término, lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSE, relativo al objeto de la misma, que no es otro que la regulación del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras, suministros y servicios cuando contraten las entidades públicas y privadas que se recogen en el artículo 3.1 que operen en los sectores de actividad relacionados con el agua, la energía, los transportes y los servicios postales, tal y como se concreta en los artículos 7 a 12 cuando su importe sea igual o superior al que se establece, respecto de cada tipo de contrato, en el artículo 16.

Pues bien, ninguna duda suscita la inclusión de las Autoridades Portuarias en las entidades contratantes a que se refiere el artículo 3 de la LCSE, bastando en tal sentido tener presente la disposición adicional segunda, apartado 10, de la propia LCSE que alude a Puertos del Estado y a las respectivas Autoridades Portuarias como entidades contratantes, a los efectos del artículo 3 del repetido texto legal, en el sector de los puertos marítimos, es decir, como entidades contratantes sometidas a las prescripciones de la LCSE.

No obstante, para que la actividad contractual de las entidades de referencia quede sometida al régimen dispuesto por la LCSE es necesario que los contratos que pretendan adjudicarse sean los contratos de obras, suministros o de servicios, tal y como aparecen definidos en el artículo 2, apartado 1, letras b), c) y d); más particularmente y por lo que respecta a los contratos de servicios, deberán tenerse en cuenta las previsiones del artículo 15 de la LCSE, conforme al cual la adjudicación de los contratos que tengan por objeto la prestación de servicios enumerados en el Anexo II.A de dicha Ley queda sometida a las prescripciones de dicho texto legal, en tanto que la adjudicación de los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo II.B de la Ley de continua referencia únicamente queda sometida a lo dispuesto en los artículos 34 y 67 de la propia LCSE, relativos a las prescripciones técnicas y a los anuncios de contratos adjudicados.

Por otra parte, no basta que se trate de los contratos definidos en el artículo 2, apartados 1 y 2, de la LCSE para que se les aplique este texto legal, es necesario, además, que el importe de dichos contratos sea igual o superior a los 387.000 euros en los contratos de servicios, excluido el IVA, según lo dispuesto en el artículo 16 de la LCSE, tras la modificación introducida por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de diciembre de 2009 (BOE, de 29 de diciembre).

Por último, es necesario, finalmente, que dichos contratos de cuantía igual o superior a la indicada cantidad se celebren por las Autoridades Portuarias para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 12 b) o que se refieran a las mismas. Así resulta de la interpretación del artículo 1 en relación con el artículo 12 b) y, más claramente, del

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

artículo 18.1, según el cual, “la presente ley no se aplica a los contratos o a los concursos de proyectos que las entidades contratantes celebren u organicen para fines distintos de la realización de las actividades mencionadas en los artículos 7 a 12..”

Pues bien, en el presente caso, y aunque los servicios a contratar por la Autoridad Portuaria de Motril tienen encaje en la definición de contratos de servicios del artículo 2 d) de la LCSE, guardando igualmente relación con las actividades mencionadas en el artículo 12.b), desde el momento en que se trata de un contrato que tiene por objeto servicios enumerados en el anexo II.B (categoría 27: “Otros servicios”), sólo estaría sometidos, de acuerdo con el artículo 15.2 de la LCSE, a lo dispuesto en los artículos 34 y 67.

Pero es más, en el presente caso, si se tiene en cuenta el importe del contrato a celebrar (según el convenio la cuantía máxima no supera los 215.729 euros), en ningún caso se aplicaría la citada LCSE, pues, como se ha indicado, el artículo 16 de la misma exige para ello que el valor estimado del contrato, excluido el IVA, sea igual o superior a 387.000 euros.

En esta situación y respecto de los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSE, hay que tener en cuenta los criterios contenidos en la Circular 7/2008 de este Centro Directivo. En la citada Circular se consideró que, por el juego combinado de la disposición adicional cuarta de la LCSE y la disposición adicional undécima, apartado 2, de la LCSP, lo lógico y coherente es entender que estos contratos se sometan al régimen de contratación dispuesto por la LCSP para los contratos no sujetos a regulación armonizada, esto es, al régimen dispuesto por el artículo 175 de la LCSP (al ser Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias poderes adjudicadores), lo que remite a las Instrucciones internas de contratación a que se refiere dicho precepto legal.

La anterior conclusión determina la aplicación de las normas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, aprobadas por Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008, de 22 de julio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 175.b) de la LCSP, con el fin de garantizar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

El Título V de esas Instrucciones (Reglas 39 y siguientes) se refiere a los procedimientos de adjudicación del contrato, regulando el procedimiento abierto, el restringido y el procedimiento negociado sin publicidad, que será admisible, en los términos de la Regla 42, cuando el importe del contrato de servicios sea inferior a 200.000 euros, sin perjuicio de que se inserte en el perfil del contratante la información relativa al contrato si supera los 50.000 euros.

- V -

Por último, la Abogacía del Estado consultante cuestiona seriamente la futura contratación a favor de X, ya que se trata, como se ha expuesto, de un ente participado por el poder adjudicador –la Autoridad Portuaria de Motril–, por lo que difícilmente cualquier tercero podría concurrir en condiciones de igualdad, que es uno de los principios basilares de la contratación en el sector público, conclusión que se comparte igualmente.

Desde otra perspectiva, y en lo relativo a las prohibiciones de contratar establecidas del artículo 49 de la LCSP, al que se remite la Regla 13.1.c) del Anexo de la antes citada Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008, es preciso señalar que, mientras se mantenga la actual situación y el Presidente de la Autoridad Portuaria sea al mismo tiempo Presidente y Consejero Delegado de la Agrupación de Interés Económico, la citada Agrupación no podría contratar con la Autoridad Portuaria, al apreciarse la concurrencia de la prohibición de contratar establecida por el artículo 49.1.f) de la LCSP –“estar incurso la persona física o administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado..”–, consideración que ostentan tanto el Presidente como el Director

de las Autoridades Portuarias, tal y como tuvo oportunidad de señalar este Centro Directivo en un informe de 1 de junio de 2006 (A.G. Entes Públicos 58/06).

Por último, y para el caso de que tuviera que intervenir el propio Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.3.o) de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), aparte del Presidente, hay consejeros vinculados con sociedades o entidades que participan en Xt (Agencia Pública de Puertos de Andalucía, la Empresa Municipal YI, la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Granada y la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Motril), lo cual plantea de entrada un obligado deber de abstención (artículo 28.2.a) de la Ley 30/1992) en la decisión que, en su caso, se adopte por el Consejo, de difícil solución en la práctica, al afectar a la mayor parte de los Consejeros nombrados.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La Autoridad Portuaria de Motril no puede contratar directamente los servicios a los que se refiere este informe, relacionados con la gestión y promoción de los intereses del Puerto de Motril, a través de un convenio de colaboración con la Agrupación de Interés Económico "X, AIE", pues el objeto de dicho convenio está comprendido en el del contrato de servicios regulado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, más concretamente, en la categoría 27 ("Otros servicios") del Anexo II de esta Ley y en el contrato de servicios regulado en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, más concretamente, en la categoría 27 ("Otros servicios") del Anexo II.B de dicha Ley.

Segunda.- El contrato en cuestión sería un contrato de servicios para fines relacionados con la realización de las actividades a las que se refiere el artículo 12.b) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, al que, sin embargo, no sería aplicable, por razón de la cuantía, las previsiones de este texto legal, y sí, por el contrario, las de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, para los contratos no sujetos a regularización armonizada, lo que determina la aplicación de las normas de contratación establecidas en la Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008, de 22 de julio, que aprueba las Instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación de los contratos a celebrar por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Tercera.- Para la contratación de los servicios de que aquí se trata y con objeto de garantizar plenamente la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, deberá tener presente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y la referida Orden del Ministerio de Fomento, en especial, el Título V de las Instrucciones aprobadas por dicha Orden.

Cuarta.- En tanto el Presidente de la Autoridad Portuaria de Motril sea al mismo tiempo Presidente y Consejero Delegado de la mencionada Agrupación de Interés Económico, esta última entidad no puede contratar con la Autoridad Portuaria de Motril, al concurrir la prohibición del artículo 49.1.f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Quinta.- La presencia de la Autoridad Portuaria de Motril en el capital de la Agrupación de Interés Económico hace muy difícil que cualquier tercero pueda concurrir en condiciones de igualdad a la licitación de ese contrato, todo ello al margen de la obligada abstención de un número indeterminado de consejeros de la Autoridad Portuaria vinculados con sociedades o entidades que participan en la Agrupación de Interés Económico, en el caso de que el contrato tuviese que ser aprobado por el Consejo de Administración de dicha Autoridad Portuaria.

2º INFORME

Resumen

Consulta sobre la calificación jurídica de determinados convenios de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Motril y la Agrupación X, AIE, para la promoción y proyección del Puerto de Motril.

La Agrupación de Interés Económico es una sociedad mercantil, sometida al Derecho privado y no una entidad pública, sin perjuicio de que está comprendida en el sector público. El convenio concertado entre la AIE y la Autoridad Portuaria constituye en realidad un contrato de servicios del artículo 10 de la LCSP y del artículo 2.1.d) de la Ley 31/2007. La preparación y adjudicación de ese contrato debe realizarse de acuerdo con las previsiones de la LCSP. Para realizar la actividad promocional se pueden seguir, en su caso, las vías señaladas en el informe: constitución de una fundación, de una asociación o constituir una sociedad de capital público, como medio propio e instrumental de la Autoridad Portuaria.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 95/11 (R- 1300/2011)

Fecha: 7 de octubre de 2011

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la calificación jurídica procedente de determinados convenios denominados “Convenios de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Motril y la Agrupación X, AIE, para la promoción y proyección del Puerto de Motril”. En relación dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

1) A petición del Abogado del Estado vocal del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Motril y coordinador del convenio de asistencia jurídica con esta entidad pública, este Centro Directivo emitió, el 11 de julio de 2011, un informe en el que se analizó la naturaleza jurídica de los “Convenios de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Motril y la Agrupación X, AIE, para la promoción y proyección del Puerto de Motril”. En dicho informe se formularon las siguientes conclusiones:

“Primera.- La Autoridad Portuaria de Motril no puede contratar directamente los servicios a los que se refiere este informe, relacionados con la gestión y promoción de los intereses del Puerto de Motril, a través de un convenio de colaboración con la Agrupación de Interés Económico “ X, AIE”, pues el objeto de dicho convenio está comprendido en el del contrato de servicios regulado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, más concretamente, en la categoría 27 (“Otros servicios”) del Anexo II de esta Ley y en el contrato de servicios regulado en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, más concretamente, en la categoría 27 (“Otros servicios”) del Anexo II.B de dicha Ley.

Segunda.- El contrato en cuestión sería un contrato de servicios para fines relacionados con la realización de las actividades a las que se refiere el artículo 12.b) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, al que, sin embargo, no sería aplicable, por razón de la cuantía, las previsiones de este texto legal, y sí, por el contrario, las de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, para los contratos no sujetos a regularización armonizada, lo que determina la aplicación de las normas de contratación establecidas en la Orden del Ministerio de Fomento 4003/2008, de 22

de julio, que aprueba las Instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación de los contratos a celebrar por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Tercera.- Para la contratación de los servicios de que aquí se trata y con objeto de garantizar plenamente la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, deberá tener presente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y la referida Orden del Ministerio de Fomento, en especial, el Título V de las Instrucciones aprobadas por dicha Orden.

Cuarta.- En tanto el Presidente de la Autoridad Portuaria de Motril sea al mismo tiempo Presidente y Consejero Delegado de la mencionada Agrupación de Interés Económico, esta última entidad no puede contratar con la Autoridad Portuaria de Motril, al concurrir la prohibición del artículo 49.1.f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Quinta.- La presencia de la Autoridad Portuaria de Motril en el capital de la Agrupación de Interés Económico hace muy difícil que cualquier tercero pueda concurrir en condiciones de igualdad a la licitación de ese contrato, todo ello al margen de la obligada abstención de un número indeterminado de consejeros de la Autoridad Portuaria vinculados con sociedades o entidades que participan en la Agrupación de Interés Económico, en el caso de que el contrato tuviese que ser aprobado por el Consejo de Administración de dicha Autoridad Portuaria”

2) Mediante escrito de 16 de septiembre de 2011, registrado de entrada en la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado el siguiente día 19, el Presidente de la Autoridad Portuaria de Motril, discrepando del criterio mantenido en el referido informe sobre la calificación jurídica de los citados convenios, se dirige a este Centro Directivo, solicitando la rectificación del repetido informe de 11 de julio de 2011 con fundamento en las consideraciones que se recogen en un escrito que se acompaña a su solicitud.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

En el informe de este Centro Directivo de 11 de julio de 2011 (ref. A.G. ENTES PÚBLICOS 64/11) se trata de determinar si la actuación de la Autoridad Portuaria de Motril, que había formalizado directamente con la “Agrupación de Interés Económico X,I, AIE” (en lo sucesivo, X, AIE) un convenio de colaboración con un objeto determinado, coincidente de forma plena con el objeto social propio de dicha Agrupación, es o no conforme a Derecho, a la luz de las normas reguladoras de la contratación del sector público.

Para ello se tuvo en cuenta, en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que contiene los negocios excluidos de este texto legal, entre los que se encuentran los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la propia LCSP o en normas administrativas especiales (apartado d).

En el mencionado informe se entiende que el convenio en cuestión encaja dentro de dicho apartado, pues X, AIE, en cuanto agrupación de interés económico, tiene la consideración de una persona jurídica sujeta al Derecho privado, dado que, como seguidamente se expone, se trata de una sociedad mercantil, lo cual es totalmente independiente del hecho de su integración en el sector público estatal por la participación mayoritaria en su capital de entes integrantes de dicho sector público. La agrupación de interés económico a la que se refiere el informe no tiene, como se va a exponer, naturaleza de entidad pública, sino la de una sociedad mercantil sujeta al Derecho privado, por lo que todos los reproches que se hacen al informe de esta Abogacía General del Estado por la cita de la sentencia del Tribunal Supremo

de 18 de febrero de 2004, relativa a un convenio de colaboración entre la Generalidad de Cataluña y una asociación privada, carecen de sentido.

Las agrupaciones de interés económico, cualquiera que sea la condición y naturaleza de los socios integrantes de las mismas (en el caso del mencionado informe, mayoritariamente entes públicos), tienen la condición de sociedades mercantiles, sujetas, por tanto, al Derecho privado, sin que, por esta razón, puedan ser entidades de Derecho público.

La determinación de si las agrupaciones de interés económico han de conceptuarse o no como sociedades mercantiles ha de efectuarse atendiendo a la caracterización que de ellas efectúa la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (LAIE) y al concepto general de sociedad mercantil que se deduce del derecho positivo. En rigor, el examen ha de quedar referido exclusivamente a la naturaleza societaria que, en su caso, deba reconocerse a las AIE, y no a su carácter mercantil, pues este último queda expresamente reconocido por la LAIE, cuyo artículo 1 dispone que “las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil”.

El artículo 1 de la LAIE omite el término “sociedades” al señalar los rasgos fundamentales de las agrupaciones de interés económico (“Las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil y se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza”); por su parte, el preámbulo de la LAIE califica a la AIE como una figura asociativa (“La Agrupación de Interés Económico constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros ...”: cfr. apartado I, inciso inicial, del aludido preámbulo).

La omisión del término “sociedades” en el texto del artículo 1 de la LAIE, la alusión que en este precepto se hace, en su inciso final, a “su específica naturaleza,” y la conceptualización de la agrupación de interés económico como “figura asociativa” en el apartado 6.I del preámbulo del citado texto legal, inclinarían a pensar, en principio, que las agrupaciones de interés económico no pueden calificarse como sociedades.

Ahora bien, esta conclusión provisional no puede ser categórica, a la vista del preámbulo de la LAIE y de varios preceptos de su parte dispositiva que se citarán después.

El preámbulo de la LAIE indica:

“II. La función que está llamada a desempeñar la Agrupación de Interés Económico en el mercado interior la desenvuelve en el ámbito comunitario la figura de la Agrupación Europea de Interés Económico. Esta figura se halla regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio, que en diversos puntos remite o habilita a la legislación de los Estados miembros para el desarrollo o concreción de sus propias previsiones. La ejecución de esas previsiones del texto comunitario se lleva a cabo, como resultaba obligado, en esta misma Ley, que aspira a regular, conjunta y homogéneamente, ambas figuras, estableciendo, en los límites permitidos por el Reglamento comunitario, el carácter supletorio de la figura española respecto de la europea.

III. No coincide de manera absoluta la configuración de ambas instituciones, aunque ha procurado mantenerse el máximo paralelismo y, desde luego, la unidad de tratamiento en sus rasgos esenciales. La figura europea se halla inspirada en el precedente francés del mismo nombre y constituye un tipo autónomo, desvinculado, por la propia fragmentación del ordenamiento comunitario, de otros tipos societarios. La figura española, siendo naturalmente tributaria de esos mismos antecedentes, ha tratado de entroncarse, dada su afinidad tipológica, en el marco bien conocido y experimentado en nuestra tradición jurídica, de la sociedad colectiva. En este sentido se ha seguido una trayectoria similar a la del Derecho alemán, que a la hora de adaptar el reglamento comunitario a su ordenamiento interno ha establecido como régimen supletorio el de la ‘sociedad mercantil abierta’ o sociedad colectiva. Se logra así, con las consiguientes ventajas de una mayor

economía normativa y de una mayor cohesión de nuestro Derecho de sociedades, perfilar un régimen completo de la Agrupación de Interés Económico, que es especialmente necesario por tratarse de una figura que aparece por vez primera en el escenario de nuestras fórmulas asociativas”

A juicio de este Centro Directivo, los pasajes del preámbulo de la LAIE que se han transcrito permiten conceptuar a las AIE como entidades de naturaleza societaria. Si el Reglamento (CEE) 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) diferencia en su preámbulo la agrupación que en él se regula de la sociedad, por razón, principalmente, del objeto de aquélla, cual es el de “facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros para permitirles mejorar sus propios resultados”; la AIE que establece y regula la LAIE ha tratado de entroncarse, dada su afinidad tipológica, en el marco de la sociedad colectiva; pues bien, el expreso reconocimiento de la “afinidad tipológica” de la AIE con la sociedad colectiva tiene por presupuesto lógico previo el encaje de la AIE en la categoría jurídica general de sociedad o, al menos, su equiparación a ella. Esta idea queda confirmada, por otra parte, por la alusión que el preámbulo de la LAIE hace al “Derecho de sociedades” como marco o contexto normativo en el que han de ubicarse las AIE.

La conclusión que se obtiene del examen del preámbulo de la LAIE queda corroborada por la parte dispositiva de este texto legal, algunos de cuyos preceptos, o bien califican expresa y directamente a las AIE como sociedades, o bien presuponen esta calificación; pueden citarse al respecto los siguientes preceptos:

- artículo 6.1: “En la denominación de la Agrupación deberá figurar necesariamente la expresión ‘Agrupación de Interés Económico’ o las siglas A.I.E., que serán exclusivas de esta clase de sociedades”
- artículo 13.3, párrafo segundo. Tras indicar el párrafo primero del apartado 3 de este precepto que “en sus relaciones con terceros será ineficaz cualquier limitación a las facultades representativas de los administradores, y la Agrupación quedará obligada por los actos realizados por ellos, incluso cuando tales actos sean ajenos al objeto social”; el párrafo segundo del mismo artículo y apartado dispone: “No obstante, la sociedad no quedará obligada en este último caso, si prueba que los terceros sabían que tales actos excedían del objeto de la Agrupación o que, dadas las circunstancias, no podrían ignorarlo”
- artículo 19.1: “Cualquier sociedad, incluida la Agrupación Europea de Interés Económico, podrá transformarse en Agrupación de Interés Económico, sin necesidad de disolverse y constituir una nueva persona jurídica.”
- artículo 19.2: “Las Agrupaciones de Interés Económico podrán transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil, y particularmente en Agrupaciones Europeas de Interés Económico”
- artículo 20.1: “Las Agrupaciones de Interés Económico podrán fusionarse con cualquier otra sociedad mediante la constitución de una nueva sociedad o mediante absorción por aquélla o por éstas ...”

En consecuencia, no puede mantenerse, a los efectos de la exclusión o no del artículo 4.1.d) del convenio de colaboración celebrado entre la Autoridad Portuaria de Motril y X, AIE la consideración de la misma como una entidad pública, lo cual, como se ha expuesto, es independiente del hecho de la inclusión de la mencionada agrupación de interés económico en el Inventario de Entes del Sector Público, en el que, por cierto, se incluyen también todas las sociedades estatales, participadas mayoritariamente por el Estado y regidas, salvo excepciones, por el Derecho privado. Por tanto, sigue teniendo sentido, salvando las distancias, la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004.

Pero es más, aunque se considerase a X, AIE como una entidad pública y se la incluyera en el apartado c) del artículo 4 de la LCSP, que excluye también de la Ley los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, el aspecto fundamental para que opere la exclusión en todo caso, ya resulte aplicable el apartado d) o el apartado c) del artículo 4.1 de dicho texto legal, es que el objeto del convenio no esté comprendido en alguno de los contratos regulados en la LCSP.

- II -

Siendo "X, AIE" una entidad jurídica-privada, es decir, una persona jurídica sujeta al Derecho privado, debe examinarse si el convenio de colaboración concertado entre dicha entidad y la Autoridad Portuaria de Motril queda excluido del ámbito de aplicación de la LCSP por cumplirse el requisito exigido por el artículo 4.1.d) de este texto legal, esto es, por la circunstancia de que el objeto de dicho convenio no esté comprendido en el de los contratos regulados en la propia LCSP.

La adecuada resolución de la anterior cuestión exige partir de la distinción entre la figura del convenio de colaboración (excluido de la aplicación de las prescripciones de la LCSP) y la figura del contrato (que reclama la aplicación de las normas de la LCSP sobre preparación y adjudicación de contratos)

La distinción entre una y otra figura no es nítida, ya que en ninguno de los textos legales que se han sucedido (Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCSP y LCSP) ni en sus normas reglamentarias de desarrollo se ha proporcionado definición alguna de los primeramente denominados convenios de cooperación y actualmente llamados convenios de colaboración.

A falta de precepto legal o reglamentario que defina esos convenios, en un informe de este Centro Directivo de 2 de diciembre de 1996 (ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 10/96) se decía lo siguiente:

"A la vista de los criterios seguidos por la doctrina y la práctica administrativa sobre el ámbito objetivo de los convenios de cooperación a que aludía el artículo 2.4 de la LCE (convenios de colaboración en la dicción empleada por el artículo 3.1.a) la LCAP), puede decirse que se vienen manejando un concepto estricto y otro amplio respecto al objeto de dichos convenios. Según el criterio estricto (básicamente de raíz doctrinal), la figura del convenio de cooperación ha de limitarse a los supuestos en que dos (o más) entes públicos asumen conjuntamente la gestión de un servicio que es de interés o titularidad común de aquéllos, debiendo acudir al contrato administrativo (en sentido también estricto) cuando uno de los entes colabora en la prestación de un servicio cuya titularidad corresponde al otro, de tal modo que éste actúa como Administración contratante y aquél como contratista o ejecutor de la prestación convenida mediante precio. Cuando se utiliza el concepto amplio de los convenios de cooperación se borra la distinción, por razón del objeto, entre dichos convenios y los contratos regulados por la LCE (o, en su caso, por normas especiales), de forma que unos y otros se conciben como técnicas alternativas utilizables discrecionalmente por la Administración."

Teniendo que prescindirse del concepto amplio de convenio de colaboración, dado que, como se ha visto, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005 rechaza claramente que quede excluido de la normativa sobre contratación pública el convenio de colaboración que constituya un contrato público y el artículo 4.1.c) de la LCSP excluye de la regla de inaplicación de la propia Ley a los convenios que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a la LCSP, y acudiendo por tanto, al concepto estricto de convenio de colaboración, resulta aceptable el criterio de distinción entre convenio de colaboración y contrato utilizado en el citado informe de 2 de diciembre de 1996.

En este sentido, y dado que el artículo 4.1.d), in fine, de la LCSP exige atender a la objeto de la relación jurídica para determinar si ésta merece la consideración de contrato (“...siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”), puede afirmarse razonablemente que la distinción entre ambas figuras exige tomar en consideración el total contenido de la relación jurídica. Así, cabe decir, que, aunque ambas figuras –convenio de colaboración y contrato– tengan en común la nota de ser actos o negocios jurídicos de carácter bilateral, resultado del concurso de la libre voluntad de las partes, su diferencia estriba en la distinta posición y finalidad de aquéllas, en su objeto, y, a su través y como consecuencia de todo ello, en la distinta instrumentación o articulación jurídica del contenido (objeto) que se aprecia en el convenio de colaboración y en el contrato administrativo.

Así, el convenio de colaboración tiene como punto de partida 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; todo ello hace que la nota característica de esta figura sea, como lo denota su propia denominación, la cooperación o colaboración de las partes por razón precisamente de esa comunidad de fines.

Distintamente, en el contrato desaparece la idea de concurrencia de competencias o funciones sobre la misma realidad material y, por tanto, la idea de comunidad de fin, surgiendo la posición de cada parte como una posición independiente, tendente a la satisfacción de su propio interés, lo que tiene por consecuencia que la relación contractual gire en torno al principio de sinalagmaticidad, es decir, la reciprocidad o interdependencia de las prestaciones que se deben las partes y que resalta, al tratar de la causa de los contratos, el inciso inicial del artículo 1274 del Código Civil (“En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte”).

A la diferenciación anterior cabe añadir, más particularmente, dado que la distinción que se plantea lo es entre la figura del convenio de colaboración y el contrato administrativo, que, puesto que los únicos convenios de colaboración que al margen de la LCSP admite este texto legal son aquéllos que, como se ha dicho, su objeto no sea el que es propio de un contrato de obra, concesión de obra pública, suministro, servicios, colaboración entre el sector público y el sector privado y de gestión de servicios públicos, habrá que tener en cuenta para poder apreciar la figura del convenio de colaboración que el acto que se pretende calificar como tal no tenga como contenido, al menos básico o primordial, la prestación típica que define el contrato de obras (artículo 6 de la LCSP), el contrato de concesión de obras públicas (artículo 7), el contrato gestión de servicios públicos (artículo 8), el contrato de suministro (artículo 9), el contrato de servicios (artículo 10), el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 11), así como tampoco la contraprestación propia, común a todos ellos, cual es el precio (artículo 26.1.f) y preceptos concordantes de la LCSP para cada uno de los mencionados contratos).

Establecida, en los términos indicados, la distinción entre convenio de colaboración y contrato, se estima necesario todavía hacer una indicación adicional. La aplicación del anterior criterio de distinción entre una y otra figura al concreto supuesto que se considere entraña, como fácilmente se comprende, una operación de calificación jurídica. Pues bien, en tal operación se ha de tomar en consideración necesariamente el conjunto total de las cláusulas, previsiones o estipulaciones que conforman el contenido del acto o negocio que deba calificarse, pues sólo así podrá efectuarse adecuadamente esa calificación. Se trata, por lo demás, de un criterio general que, con fundamento positivo en la regla del artículo 1285 del Código Civil –interpretación de las cláusulas de los contratos las unas por las otras– resulta confirmado por reiterada doctrina jurisprudencial (vid. por todas, sentencias del Tribunal

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Supremo de 21 de abril de 1951, 24 de octubre de 1963, 19 de noviembre de 1965, 2 de febrero de 1975, 18 de junio de 1992 y 10 de mayo de 1994).

Fijada en la forma dicha la distinción entre convenios de colaboración y contratos, este Centro Directivo entiende que el convenio de colaboración suscrito por la Autoridad Portuaria de Motril y Puerto de Motril, AIE tiene por objeto el que es propio del contrato de servicios, articulándose la relación jurídica entre ambas entidades con arreglo al esquema propio del contrato, tal y como seguidamente se expone.

Por lo que se refiere a lo primero –objeto de la relación jurídica que se considera–, el artículo 10 de la LCSP define el contrato de servicios disponiendo que “son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de la aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”; por su parte, el artículo 2.1.d) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE) dispone que son contratos de servicio “los contratos distintos de los contratos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios mencionados en el Anexo II”.

Pues bien, atendiendo el objeto del convenio de colaboración, se aprecia, a la vista de las definiciones establecidas en los artículos 10 de la LCSP y 2.1.d) de la LCSE, que dicho objeto es el propio de un contrato de servicios, ya que el objeto del referido convenio se traduce en prestaciones de actividad dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro; así, en el objeto del repetido convenio de colaboración se comprenden “promoción de las actividades comerciales del Puerto de Motril” (cláusula primera), “proyección de imagen del Puerto de Motril y relación con la ciudadanía y el entorno” (cláusula segunda) y “apoyo en gestiones administrativas y relaciones” (cláusula tercera). Es más, la calificación de esas actividades como objeto de un contrato de servicios del artículo 10 de la LCSP y del artículo 2.1.d) de la LCSE se corrobora si se atiende al objeto social de Puerto de Motril, AIE, ya que, según la cláusula tercera de sus estatutos, esta entidad tiene como finalidad principal “la elaboración y desarrollo de acciones de promoción, estudio y potenciación de la competitividad del puerto de Motril...”; lo que, sin duda, se ha de caracterizar como prestación de servicios.

Por lo que se refiere a lo segundo –esquema de la relación jurídica concertada por la Autoridad Portuaria de Motril y por X, AIE–, la articulación de dicha relación jurídica se ofrece como la propia de un contrato; así la Autoridad Portuaria de Motril hace entrega a la repetida agrupación de interés económico de una suma de dinero –215.729 €– a cambio de que esta última preste a aquella entidad los servicios antes indicados.

El criterio de que dicha relación jurídica ofrece el esquema propio de la relación contractual no queda desvirtuado por la circunstancia de que en la cláusula quinta del convenio de colaboración se dice que la Autoridad Portuaria de Motril efectuará una aportación económica (215.729 €) para llevar a efecto y buen fin el convenio, añadiéndose que X, AIE aportará para el mismo fin sus recursos personales y económicos disponibles procedentes de las cuotas anuales de los socios agrupados y resto de los ingresos que pudiera generar. En efecto, debiendo calificarse las relaciones jurídicas por lo que real y verdaderamente son y no por las expresiones y denominaciones utilizadas por las partes, la aportación que hace X, AIE de sus recursos personales y económicos no es sino una forma de expresión de la aplicación que de sus medios personales y materiales hace la agrupación de interés económico para ejecutar aquellas prestaciones a las que se obliga y de cuyo coste o gasto se reintegra con el precio que paga la Autoridad Portuaria de Motril. Dicho en otros términos, en todo contrato el contratista se obliga a emplear o aplicar los recursos humanos, materiales y económicos de que dispone para ejecutar la prestación objeto del contrato, incurriendo por ello en unos costes o gastos de los que se recupera o reintegra con el precio que la otra parte le satisface, y esto es lo que viene a expresarse con la fórmula de “aportación de sus recursos personales y económicos disponibles”.. No deja de ser significativo, corroborando lo dicho, que, a dife-

rencia de la “aportación económica” de la Autoridad Portuaria de Motril, que se cuantifica de forma muy precisa, la “aportación económica” de X, AIE se establece de forma indeterminada (“sus recursos personales y materiales disponibles”), siendo así que, si fuese una verdadera aportación económica, es decir, contribución de una de las partes en un verdadero convenio de colaboración se hubiera cuantificado de forma precisa la aportación.

Debe hacerse, por último, una consideración adicional; bastaría con que las partes de una determinada relación jurídica utilizaran una denominación o expresión similar o parecida a la empleada en el caso de que se trata (“aportación –por una de las partes– de sus recursos personales y económicos disponibles...” para ejecutar a aquello que se obliga) para entender, con el sólo fundamento de la literalidad de tal previsión, que dicha relación jurídica es un convenio de colaboración (puesto que ambas partes realizan aportaciones), lo que no resulta admisible, ya que, como se ha dicho, la calificación de las relaciones jurídicas ha de efectuarse por lo que éstas son realmente y no por las denominaciones empleadas por las partes.

En suma, y a la vista de las consideraciones precedentes, basadas en régimen jurídico de las agrupaciones de interés económico y en la interpretación del conjunto del convenio de colaboración y no en el literalidad de sus previsiones, este Centro Directivo debe concluir, reiterando el criterio de su anterior informe de 11 de julio de 2011, conocido y compartido por el ente público Puertos del Estado, en que:

- 1) La “Agrupación de Interés Económico X, AIE” es una sociedad mercantil, sometida al Derecho privado, y no una entidad pública, sin perjuicio de que esté comprendida en el sector público.
- 2) El convenio concertado entre la Autoridad Portuaria de Motril y la “Agrupación de Interés Económico X, AIE” constituye en realidad un contrato de servicios del artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y del artículo 2.1.d) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.
- 3) Como consecuencia de lo anterior, dicho negocio jurídico no puede entenderse comprendido en el artículo 4.1.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sin que, por tanto, su preparación y adjudicación este excluida de las previsiones de dicho texto legal.

Por lo demás, este Centro Directivo estima oportuno indicar que el criterio que aquí se mantiene en punto a la calificación de los “Convenios de colaboración entre la Autoridad Portuaria de Motril y la Agrupación de Interés Económico X, AIE, para la promoción y proyección del Puerto de Motril” ha sido mantenido, en un supuesto sustancialmente análogo –convenio de colaboración suscrito entre la Autoridad Portuaria de Málaga y Málaga Port AIE cuyo objeto consistía en la realización de actuaciones de promoción de las actividades comerciales del Puerto de Málaga, proyección de la imagen del Puerto de Málaga y de las relaciones de la ciudad con su entorno, servicios de apoyo en gestiones administrativas y relaciones (con medios y prensa) y seguimiento y control del Plan especial del puerto–, por la Abogacía del Estado en Málaga y por la Intervención General de la Administración del Estado (informe provisional de auditoría del año 2008).

- III -

Una vez razonado que no es jurídicamente admisible calificar como convenio de colaboración la relación jurídica concertada entre la Autoridad Portuaria de Motril y X, AIE, por constituir realmente un contrato de servicios, estima oportuno este Centro Directivo indicar cuál pueda ser la instrumentación jurídica idónea para realizar esa actividad promocional del puerto de Motril con la continuidad y regularidad requeridas.

A estos efectos, tres son los instrumentos jurídicos más adecuados :

- 1) Constitución, al amparo de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, de una fundación por parte de la Autoridad Portuaria de Motril cuyo objeto fuese precisamente

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

la promoción o potenciación del Puerto de Motril (y, en su caso, de la zona de influencia económica). Debiendo tener por objeto las fundaciones fines de interés general, no se advierte ningún obstáculo que impida constituir una fundación con dicho objeto a la vista de la amplitud con que el artículo 3º de la citada Ley 50/2002 define y enumera (ejemplificativamente) los fines de las fundaciones. En consecuencia, sería plenamente admisible que la autoridad portuaria de Motril constituyese, bien por sí sola, bien con otras entidades públicas y/o privadas, una fundación con la indicada finalidad.

- 2) Constitución, al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, de una asociación cuyo objeto fuese el anteriormente citado. Tampoco existe aquí ningún impedimento jurídico para la que Autoridad Portuaria de Motril, bien por sí sola, bien con otras entidades públicas y/o privadas, pueda constituir una asociación que tenga por fin la promoción del puerto de Motril (y, en su caso, de la zona de influencia económica del mismo).
- 3) Constitución de una sociedad mercantil cuyo objeto consistiese en esa actividad promocional del puerto de Motril y a la que la Autoridad Portuaria de Motril confiriese encomiendas de gestión por ser la sociedad mercantil medio propio y servicio técnico de la propia Autoridad Portuaria (las encomiendas de gestión tendrían por objeto la realización de esa actividad promocional).

En relación con esta tercera posibilidad, debe indicarse que sería absolutamente necesario que por parte de la Autoridad Portuaria de Motril y por parte de la sociedad mercantil que se constituyese se cumpliesen los requisitos exigidos por el artículo 24. 6 de la LCSP: a) que la Autoridad Portuaria de Motril ejerciese sobre la sociedad constituida por ella un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que la sociedad mercantil que se constituya realice la parte esencial de su actividad para la propia Autoridad Portuaria de Motril; c) que el capital de la sociedad mercantil sea en su totalidad de titularidad pública; y d) que en los estatutos de la sociedad mercantil se reconozca expresamente la condición de la sociedad como medio propio y servicio técnico de la Autoridad Portuaria de Motril.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La “Agrupación de Interés Económico X, AIE” es una sociedad mercantil, sometida al Derecho privado, y no una entidad pública, sin perjuicio de que esté comprendida en el sector público.

Segunda.- El convenio concertado entre la Autoridad Portuaria de Motril y la “Agrupación de Interés Económico X, AIE” constituye en realidad un contrato de servicios del artículo 10 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y del artículo 2.1.d) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Tercera.- Como consecuencia de lo anterior, dicho negocio jurídico no puede entenderse comprendido en el artículo 4.1.d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sin que, por tanto, su preparación y adjudicación esté excluida de las previsiones de dicho texto legal.

Cuarta.- Para realizar la actividad promocional del puerto de Motril con la continuidad y regularidad requeridas, este Centro Directivo sugiere la utilización de cualquiera de los instrumentos jurídicos indicados en el fundamento jurídico III del presente informe.

31.- Informe sobre el proyecto de liquidación provisional del contrato de ampliación del puerto de Gijón.

Resumen

Consulta sobre el proyecto de liquidación provisional del contrato de ampliación del Puerto de Gijón suscrito con una Unión Temporal adjudicataria de las obras. Improcedencia de incluir en la misma cantidad alguna por el sobrecoste derivado de la extracción de materiales de unas canteras alejadas de la obra ya que está demostrado que los materiales procedieron en su mayor parte de canteras muy próximas a la obra. Aplicación del sistema de precios cerrados por unidades de obra y no del sistema de precio global cerrado. En cualquier caso, dicha cuestión ha sido objeto de una reclamación previa a la vía judicial, ya resuelta de forma desestimatoria y dependerá de una decisión de los Tribunales.

Improcedencia de la inclusión de cantidad alguna por los daños derivados de temporales ya que no es propio de una liquidación provisional de un contrato de obras, debiendo sustanciarse de forma autónoma, como ya se ha hecho pues fue objeto también de la reclamación previa a la vía judicial, resuelta de forma desestimatoria teniendo los Tribunales de Justicia la última palabra.

Ref.: A.G. SERVICIOS JURIDICOS PERIFÉRICOS 24/11 (R- 1391/11)

Fecha: 27 de octubre de 2011

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 Asturias en relación con el proyecto de liquidación provisional del contrato de ampliación del Puerto de Gijón suscrito con la Unión Temporal de Empresas X, cuyas obras finalizaron el 13 de diciembre de 2010.

Es de reseñar que el 14 de enero de 2011 fue expedida por la Autoridad Portuaria la certificación final (la nº 67), de donde resulta una obra ejecutada reconocida en la misma de 621.092.829,23 euros y un presupuesto de inversión por modificación de 715.660.266,65 euros. La recepción provisional de la infraestructura tuvo lugar el día 7 de febrero de 2011, con intervención de representantes del Ministerio de Fomento, de la Autoridad Portuaria de Gijón y de la citada Unión Temporal de Empresas X. En acta se hizo constar que las obras ejecutadas se ajustan a lo pactado en el contrato de obras.

A la vista del contenido del proyecto de informe remitido, este Centro Directivo informa lo siguiente:

- I -

La recepción provisional de las obras ha abierto la fase de liquidación, provisional también, en los términos de la cláusula 26ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige el contrato.

En efecto, esa cláusula establece lo que sigue:

“ 26ª. Recepción y liquidación.

(...)

2.- Recibidas provisionalmente las obras se procederá seguidamente a su medición general y definitiva, con audiencia del contratista, formulando por el Director de la obra en el plazo de 6 meses desde la citada recepción la liquidación provisional de las realmente ejecutadas.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Esta liquidación provisional se dará a conocer al contratista dentro de los 6 meses siguientes a la recepción provisional, para que en el plazo de 30 días preste su conformidad a la misma o manifieste los reparos que estime oportunos.

Dentro del plazo de 9 meses contados desde la recepción provisional, deberá aprobarse por la Autoridad Portuaria la liquidación aludida y abonarse al contratista el saldo, en su caso, resultante por el resto de la obra, dentro de los plazos habituales fijados por la Autoridad Portuaria.

3.- Dentro del mes siguiente al cumplimiento del plazo de garantía se procederá a la recepción definitiva de las obras con las mismas personas citadas en el antecedente.

Si las obras no se encontrasen en las condiciones debidas se procederá en la forma prevista para la recepción provisional.

4.- Dentro del plazo de 6 meses a partir de la recepción definitiva la Autoridad Portuaria acordará y notificará al contratista la liquidación final (...)"

Llegados a este punto y desde una primera perspectiva puramente procedimental, es necesario resaltar, como así se hizo en un primer informe de la Abogacía del Estado en Asturias de 15 de junio de 2011, que, tras la finalización de las obras en la fecha indicada y la recepción provisional de las mismas por la Autoridad Portuaria el 7 de febrero del presente año, dentro del plazo de 6 meses indicado en esa cláusula 26ª, la Dirección de la Autoridad Portuaria, como ponen de manifiesto los documentos remitidos, cumplimentó el trámite de medición general y de confección de la liquidación provisional. Durante ese proceso, la citada Dirección ha recibido y analizado cuantas cuestiones ha considerado oportuno plantear la Unión Temporal de Empresas adjudicataria de las obras, con la que se cumplimentó el trámite de audiencia, sirviéndose aquélla para esa finalidad de la información a su alcance, de los datos, informaciones y criterios suministrados por la asistencia técnica y de los demás asesoramientos que consideró necesarios. Por último, en la propuesta de liquidación provisional que se plantea, a tenor de los documentos que la integran, se abordan, en general, cada una de las cuestiones que, en principio, deben formar parte de la misma, dándose respuesta motivada a las cuestiones suscitadas por la Unión Temporal de Empresas.

- II -

Pasando ya al plano sustantivo, esta Abogacía General del Estado muestra conformidad con el proyecto de informe final elaborado por la Abogacía del Estado en Asturias que, como resulta lógico, analiza, desde la perspectiva jurídica, las cuestiones e incidencias sustanciales ocurridas en la fase de liquidación del contrato y a ello se va a limitar también este Centro Directivo, dejando los aspectos estrictamente técnicos derivados de la ejecución del contrato y a los que se refiere a la propuesta al criterio de los servicios técnicos competentes también tanto de la Autoridad Portuaria de Gijón (ayudada en este caso por la Asistencia Técnica para el Control de la Ejecución y de la Calidad de las Obras en cuestión, que ha emitido varios informes sobre el particular) como de Puertos del Estado.

La primera y fundamental diferencia importante entre la Autoridad Portuaria de Gijón y la Unión Temporal de Empresas se centra en el Proyecto Modificado de la obra que, en opinión de esta última, habría determinado que el presupuesto de inversión total de la obra por importe de 715.660.266,65 euros hubiera pasado a ser un precio global mínimo a su favor, no susceptible de ser rebajado como consecuencia de la aplicación de los correspondientes precios unitarios pactados.

Pues bien, dicha pretensión, como se razona suficientemente en el primer informe de la Abogacía del Estado en Asturias de 15 de junio de 2011, no se sostiene, ya que, como se deduce claramente del contenido de las cláusulas 3 y 17 del Pliego, así como de la cláusula segunda del contrato, en la regulación del contrato se ha seguido el sistema de precio alzado descompuesto en precios cerrados por unidades de obra (precios unitarios) para la retribución al contratista, y no el método del precio global cerrado o, lo que es lo mismo, la retribución final del contratista dependerá de la obra realmente ejecutada, del resultado final de la misma.

Como bien se dice en el proyecto de informe, en línea con lo ya manifestado anteriormente, siendo excepcional la justificación para la autorización de precios nuevos (necesidad imprevista de materiales procedentes de canteras comerciales muy alejadas de la obra, por haberse fijado los de Proyecto originario en atención únicamente a la existencia de canteras no comerciales muy próximas a la misma, que resultaron sobrevenidamente inviables o insuficientes), el resultado final del suministro de materiales arroja que la Unión Temporal de Empresas hubo de acudir a esas canteras comerciales en mucho menor medida que la prevista y autorizada (hay constancia documental precisa de ello), de tal manera que el abono a la Unión Temporal de Empresas de la totalidad del presupuesto de inversión y el apartamiento de los términos del contrato en lo relativo al pago del precio por sistema de precios unitarios (unidades de obra) no haría más que promover el enriquecimiento injusto del contratista. Carece igualmente de sentido y fundamento el propósito de la Unión Temporal de Empresas de que los suministros de materiales procedentes de la cantera Percil –La Hoya, cantera muy próxima a la obra, sean abonados según precios diferentes, más onerosos para la Autoridad Portuaria que los pactados, con fundamento en unos supuestos costes superiores asumidos por la contratista. Sobre ese particular no cabe sino remitirse a los argumentos técnicos contenidos en los diversos informes de la Autoridad Portuaria.

Es de resaltar, en relación con este importante asunto, que la cuestión ahora de nuevo suscitada en la liquidación provisional fue objeto de una reclamación previa a la vía judicial presentada por la Unión Temporal de Empresas el 10 de febrero de 2011 y que fue desestimada, con una argumentación muy detallada, por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Gijón de 4 de mayo de 2011, siendo, por tanto, una cuestión que, previsiblemente, se resolverá en los Tribunales de Justicia.

La segunda cuestión, eminentemente jurídica también, se refiere al supuesto derecho adquirido por la contratista a que le sea abonado el importe alzado consignado en el Proyecto Modificado para atender a la contingencia de abono de compensación por daños y pérdidas sufridos a consecuencia de fuertes temporales marítimos registrados en los años 2006 y 2007.

En opinión de este Centro Directivo, la cuestión suscitada, relativa a una posible indemnización al contratista por los daños sufridos a consecuencia de unos temporales marítimos, nada tiene que ver con la liquidación provisional del contrato ni, por tanto, debe ser objeto de consideración alguna en la misma. En efecto, la liquidación provisional parte de la base de una serie de mediciones de las diversas unidades de obra realizadas a fin de comprobar si, realmente, coinciden con las consignadas en las certificaciones periódicas emitidas y si existe un saldo a favor o en contra del contratista. Por el contrario, la posible indemnización al contratista por los daños derivados de esos temporales, aunque se refiera a ellos el proyecto modificado y la propuesta de liquidación realizada, si bien para no certificar nada por este concepto, es algo ajeno al contenido propio de una liquidación provisional, con su propia autonomía, merecedora de una respuesta también independiente.

Esa respuesta ya se ha producido pues la pretensión de la contratista de que se le abonara el importe alzado consignado en el Proyecto modificado por este concepto fue objeto también de la reclamación previa a la vía judicial formulada por la misma el 10 de febrero de 2011, siendo rechazada, con profusión de argumentos, por acuerdo del Consejo de Administración de 4 de mayo de 2011, por lo que serán, de nuevo, los Tribunales de Justicia los que, previsiblemente, tengan la última palabra sobre este particular.

Por último, y considerando que las cuestiones suscitadas tienen que ver con la fase de ejecución de un contrato regido ya, en este momento, por el derecho privado, esta Abogacía General del Estado está de acuerdo también con el proyecto de informe en lo relativo a la inexistencia de obligación por parte de la Autoridad Portuaria de facilitar a la contratista determinada documentación relacionada con la misma y eventualmente lesiva para sus intereses, teniendo en cuenta que, como se ha dicho, previsiblemente la contratista ejercerá acciones judiciales ante la jurisdicción civil.

En consecuencia, con los matices expuestos, este Centro Directivo muestra conformidad, en los aspectos jurídicos, con la propuesta de liquidación provisional practicada.

32.- Informe sobre los criterios de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa en los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

Resumen

Consulta de Puertos del Estado en relación con los criterios de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa empleados en los procedimientos de contratación de los organismos portuarios de titularidad estatal a consecuencia de un borrador de informe de auditoría de operaciones sobre un proyecto de obras de la Autoridad Portuaria de A Coruña.

- 1) La "Memoria Constructiva y el Programa de Trabajo" puede constituir un criterio de adjudicación del contrato siempre que, como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 30/07, de 5 de julio, se determinen de manera concisa los criterios de valoración objetiva de aquellos aspectos de carácter subjetivo.

De dicha valoración deben excluirse en todo caso, por constituir criterios de solvencia "la relación de maquinaria emplear y para ejecutar cada unidad de obra", "el organigrama propuesto para la obra y la cualificación del Jefe de Obra", aspectos que aparecen expresamente mencionados en el Anexo III de la Orden FOM/4247/2006 aunque ya no en la Orden FOM vigente 4003/2008.

- 2) La calidad constituye un criterio de adjudicación, expresamente mencionado, tanto en el artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, como en el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pudiendo ser uno de los aspectos a valorar los procedimientos de certificación de calidad que se aporten y en particular la realización de la obra en un marco de gestión de la calidad de acuerdo con la norma ISO 9001, siempre que tal circunstancia no se haya exigido como requisito de solvencia técnica para participar en el concurso, lo que no ocurre en el caso sometido a consulta.
- 3) El "Programa de actuaciones medioambientales" propuesto para la obra que es objeto de este informe está en línea con lo prevenido en el Anexo III, tanto de la Orden FOM/4247/2006 como de la Orden FOM/4003/2008, constituyendo de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, un criterio de adjudicación del contrato.
- 4) La "Memoria de seguridad y salud", a la que se refieren como criterio de adjudicación del contrato las dos Ordenes citadas y, en general, los extremos relativos a la prevención de riesgos laborales, de acuerdo con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 42/2006, de 30 de octubre), no pueden exigirse como requisito de solvencia técnica de las empresas ni utilizarse como criterios de adjudicación de los contratos, sin perjuicio de que el cumplimiento de la legislación específica sobre la materia pueda y deba exigirse por los medios concretos previstos en la misma.

Ref.: A.G. Entes Públicos 117/12 (R- 1036/12)

Fecha: 5 de noviembre de 2012

Ponente: - Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta en relación con los criterios de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa empleados en los procedimientos de contratación de los organismos portuarios de titularidad estatal, a consecuencia de un borrador de informe de auditoría de operaciones sobre un proyecto de obras de la Autoridad Portuaria de A Coruña.

A la vista de las conclusiones del citado informe se solicita que se analice si se aprecia la existencia de la denominada “irregularidad de carácter sistémico en materia de selección de la oferta económicamente más ventajosa” en los procedimientos de contratación de los organismos portuarios citados.

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

El pasado 24 de octubre tuvo entrada en la Autoridad Portuaria de A Coruña el borrador de informe de auditoría de operaciones sobre el proyecto “Rampa Ro-Ro en el Muelle de San Diego-A Coruña”, correspondiente al control efectuado por la Intervención General de la Administración del Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1.b) del Reglamento CE nº 1083/2006 del Consejo, de 11 de julio, y el artículo 16 del Reglamento CE nº 1828/2006, de 8 de diciembre, concediendo un plazo de 15 días hábiles desde la recepción de dicho borrador para realizar las alegaciones oportunas.

En el borrador de informe de la Intervención General de la Administración del Estado se expone que la aplicación de la Orden FOM/4247/2006, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Normas y Condiciones Generales para la contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, así como la Orden FOM/4003/2008 que modifica la anterior, “permiten la utilización de determinados criterios de solvencia como criterios de adjudicación que distorsionan la selección de la oferta económicamente más ventajosa.” Por lo anterior, se aplican incorrectamente los art. 15 a 17 y 86 del RD Legislativo 2/2000 “conculcando los principios comunitarios de transparencia y concurrencia contenidos en las directivas comunitarias” definiéndose este hecho como un error sistémico.

Esta situación –se indica por parte del Organismo consultante– pone en grave riesgo no sólo las ayudas comunitarias asignadas al órgano auditado sino el total de ayudas asignadas a las diferentes Autoridades Portuarias (+ de 870 MM. €), al cuestionarse la normativa jurídica en materia de contratación aplicada al conjunto del sistema portuario y definirlo como error sistémico.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Con carácter previo y para centrar adecuadamente el contenido de este informe, es preciso señalar que el anuncio de licitación del contrato de referencia tuvo lugar en el Boletín Oficial del Estado de 19 de marzo de 2008, rigiéndose, por tanto, el mismo por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), ya que, en la fecha de publicación del anuncio, no había entrado en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, lo que tuvo lugar el 1 de mayo de 2008 (según su disposición transitoria primera). Sobre esta base, la normativa específica aplicable a la contratación de las Autoridades Portuarias fuera del marco de la Ley 48/1998, de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, estaba constituida por la Orden FOM/4247/2006, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las normas y condiciones generales para la contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias.

No obstante, la actual normativa constituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y la Orden FOM/40003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas

y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, aplicable a los expedientes iniciados después de la entrada en vigor de la Ley 30/2007 (apartado tercero, a sensu contrario, de la misma) y que sustituye y deja sin efecto a la Orden FOM/4247/2006, introduce alguna novedad en la cuestión suscitada, por lo que, sin perjuicio de hacer referencia expresa a la normativa aplicable al contrato de referencia (TRLCAP y Orden FOM/4247/2006), dando respuesta precisa a las objeciones de la Intervención General de la Administración del Estado, se hará también una referencia general a la normativa vigente, a fin de que sirva de pauta de actuación futura a ese Organismo y a las Autoridades Portuarias.

- II -

Como es sabido, tanto el Real Decreto Legislativo 2/2000, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como el Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, han exigido y exigen unos requisitos de capacidad y solvencia del empresario, previos a la apertura del proceso de selección del contratista y adjudicación del contrato.

La verificación del proceso de aptitud del empresario para contratar con la Administración y los demás entes públicos es una primera fase del proceso de contratación, siendo la adjudicación del contrato una fase distinta y posterior. Ambas fases se rigen por normas diferentes, teniendo un tratamiento también perfectamente diferenciado en el seno de las normas antes citadas. El origen de esa diferencia se encuentra en el Derecho Comunitario, concretamente, en la Directiva 71/305, del Consejo, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras.

La importante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala 4ª. Asunto C-31/87. Gebroeders Beentjes BV contra Estado de los Países Bajos) de 20 de septiembre de 1988 sentó la doctrina sobre el particular, siendo reproducida con diversas matizaciones por las sentencias de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98), de 18 de octubre de 2001 (asunto C-19/00), de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99) y en la de 19 de junio de 2003 (asunto C-315/01). Dicha doctrina puede resumirse, según el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 59/2004, de 12 de noviembre, así:

- La verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación de los contratos son dos fases diferentes, regidas por normas también diferentes, debiendo utilizarse en la primera uno o varios criterios de selección cualitativa enumerados en las Directivas y en la segunda criterios objetivos, dado que la enumeración de las Directivas no es exhaustiva y siempre que no atribuyan a los poderes adjudicadores una libertad incondicional de selección.
- Para que no se produzca discriminación entre licitadores los criterios de adjudicación deberán ser previamente objeto de publicidad en los pliegos o anuncios.

Con anterioridad, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 11/1999, de 30 de junio, había sido más explícito en cuanto a la diferenciación entre criterios de selección del contratista y criterios para la adjudicación, diciendo que:

“En cuanto a la diferenciación entre selección del contratista y adjudicación del contrato, basta remitirse a nuestro informe de 11 de noviembre de 1998 (expediente 27/98) con el que con base a la Sentencia que examinamos y los criterios de solvencia, entre ellos la experiencia, se sostenía que, en los procedimientos abiertos, tales criterios debían tenerse en cuenta en la fase de selección del contratista y no en la adjudicación del contrato (...)

Como resumen de la normativa comunitaria constituida por la Directiva 93/37/CEE y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la

fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que esta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros, es decir, que no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales y que no sea difícilmente cumplible por los licitadores de otros Estados miembros”

Dado que la normativa aplicable al contrato auditado está constituida por el TRLCAP y la Orden FOM/4247/2006, es preciso referirse, en primer término, al régimen jurídico de la capacidad y solvencia de las empresas y de la adjudicación del contrato en dicha normativa, así como al contenido del pliego de condiciones del contrato al que se refiere en detalle el informe de auditoría.

Principiando por el TRLCAP, el artículo 15 del mismo comienza diciendo que “podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional, requisito que será exigido por la correspondiente clasificación en los casos en los que con arreglo a esta Ley sea exigible”

El artículo 17 del propio TRLCAP se refiere a la solvencia técnica en los contratos de obras, señalando que:

“En los contratos de obras la solvencia técnica del empresario podrá ser justificada por uno o varios de los medios siguientes:

- a) Títulos académicos y experiencia del empresario y de los cuadros de la empresa y, en particular, del o de los responsables de las obras.
- b) Relación de las obras ejecutadas en el curso de los últimos cinco años acompañada de certificados de buena ejecución para las más importantes.
- c) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que dispondrá el empresario para la ejecución de las obras.
- d) Declaración sobre los efectivos personales medios anuales de la empresa, indicando, en su caso, grado de estabilidad en el empleo de los mismos y la importancia de sus equipos directivos durante los tres últimos años.
- e) Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de los que ésta disponga para la ejecución de las obras”

En el presente caso, este requisito de solvencia técnica a acreditar por alguno de los medios indicados en el precepto transcrito fue sustituido por la clasificación, ya que el pliego de condiciones del concurso exigía estar clasificado en el Grupo F, Subgrupo 2, categoría f).

Por su parte, el artículo 86 del TRLCAP se refiere a los criterios para la adjudicación del concurso, disponiéndose en dicho precepto que:

- “1. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla.
2. Los criterios a los que se refiere el apartado anterior se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya, y podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

3. En los contratos que se adjudiquen por concurso podrán expresarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los criterios objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, se deberán expresar en el pliego de cláusulas administrativas particulares los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o temerarias.

4. En los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 83, en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias”

Así las cosas, la Orden FOM/4247/2006, en la regla 13 de su Anexo I, se refiere, en primer lugar, a los requisitos para contratar, indicando en su apartado 1.b), por lo que ahora importa, que se exigirá a los licitadores la documentación que acredite “que cuentan con la solvencia necesaria para ejecutar el contrato. A tal fin, los pliegos de condiciones podrán emplear los criterios de solvencia a que se refiere el Real Decreto Legislativo 2/2000, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, o bien exigir a los licitadores el certificado de clasificación que proceda”

Por otro lado, la regla 25 de dicha Orden, relativa a los criterios de adjudicación de los concursos, dispone que “en los casos de concurso, los pliegos incluirán, atendiendo a las consideraciones establecidas al efecto en el anexo III de la presente Orden, los criterios objetivos que servirán de base para determinar la oferta más ventajosa, con indicación de la ponderación correspondiente a cada uno de ellos”

En el citado Anexo III, relativo a los criterios de adjudicación de los concursos, se menciona como uno de ellos (apartado 3.E):

“La calidad técnica de la proposición, determinada de acuerdo con los criterios fijados en el propio pliego que deberán permitir una valoración objetiva de la misma.

En particular, en los contratos de obras, pueden tenerse en consideración los siguientes criterios:

1. Evaluación de la oferta técnica. Para valorar la calidad técnica de una propuesta se analizarán y puntuarán los aspectos de la misma que se relacionan seguidamente:
 - a) Memoria y programa de trabajo.
 - b) Calidad.
 - c) Programa de actuaciones medioambientales.
 - d) Memoria de seguridad y salud.
 - e) Tecnología e I + D + i.
 - f) Solución técnica propuesta (sólo concursos con variantes)”

Acto seguido, va precisando uno a uno los aspectos a valorar de cada uno de esos criterios.

El pliego de condiciones del contrato, en su apartado II.8.4, ha establecido para el proyecto base los criterios de adjudicación siguientes:

- Memoria descriptiva del proceso de ejecución y Programa de trabajo
- Calidad
- Programa de actuaciones medioambientales

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

- Memoria de Seguridad y Salud
- Tecnología e I+D+i.

En el anexo número dos, documentación técnica, incluye diversos criterios de valoración técnica para la adjudicación tales como los siguientes:

- Dentro de la memoria constructiva se indica que se valorará, entre otros, los medios técnicos, materiales y personales.
- La experiencia.
- Estar en posesión de certificados que acrediten la calidad y la correcta gestión medioambiental.
- Memoria de seguridad y salud.

La Intervención General de la Administración del Estado en su borrador de informe entiende que los requisitos relativos a la disponibilidad de medios técnicos, materiales, personales y de acreditación de experiencia deben considerarse como criterios de solvencia técnica cuya finalidad es verificar la aptitud o capacidad de las empresas, aceptando o rechazando a los eventuales licitadores. Respecto al criterio de “Memoria de seguridad y salud”, entiende que los extremos relativos a la prevención de riesgos laborales no pueden figurar ni como criterio de adjudicación ni exigirse como requisito de solvencia de las empresas. En cuanto al “Programa medioambiental”, el Centro Fiscal entiende que el hecho de estar en posesión de los certificados de gestión medioambiental se considera criterio de solvencia técnica con carácter general.

Acto seguido, analiza el acta de la Mesa de Contratación de 7 de julio de 2008 y el informe de la Comisión Técnica de 30 de junio de 2008 en el que se recoge la evaluación de las ofertas técnicas, advirtiendo que se han valorado aspectos (páginas 13 y 14 del borrador de informe), a los que luego se hará expresa referencia, que responden claramente a criterios de solvencia técnica.

Dado que la actuación de la Autoridad Portuaria toma por base la Orden FOM/4247/2006 que, como se ha visto, establece una serie de criterios de adjudicación que, en opinión de la Intervención, permiten la utilización de determinados criterios de solvencia como criterios de adjudicación, distorsionando la selección de la oferta económica más ventajosa, es necesario analizar la conformidad del pliego de condiciones aprobado a dicha Orden y, en general, a la normativa contractual, así como la adecuación a Derecho de la citada Orden Ministerial.

- III -

En primer lugar, se objeta el criterio de valoración de la Memoria constructiva y del programa de trabajo. Con más rigor, el Anexo III de la Orden considera a la “Memoria y programa de trabajo” como uno de los aspectos a analizar en los contratos de obras para valorar la calidad técnica de una propuesta. Según el borrador de informe, dentro de ese apartado se valoran, “entre otros”, los medios técnicos, materiales y personales (página 12), a lo que añade, según el acta de la Mesa de Contratación, la relación de la maquinaria a emplear para ejecutar cada unidad de obra, así como el organigrama propuesto para la obra y la cualificación del Jefe de Obra.

Pues bien, la relación de la maquinaria a emplear para ejecutar cada unidad de obra, aunque aparece mencionada en el Anexo III.E).1.a) entre los aspectos a valorar en este criterio, tiene que ver con los medios materiales con los que cuenta la empresa, lo que, en principio, según el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 36/2001, de 9 de enero de 2002, no puede emplearse como criterio de adjudicación, ya que no son equiparables con los criterios de adjudicación mencionados en el artículo 86 del TRLCAP, debiendo, por tanto, considerarse, en principio, como requisito de solvencia (artículo 17.c) del TRLCAP).

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

No obstante, en el citado informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se señala que:

“(…) la posibilidad de utilización como criterios de adjudicación o de valoración de las ofertas en un concurso de los medios personales o materiales que son concretamente ofertados para la ejecución de la prestación, de forma que se integran específicamente en la oferta como elementos de la misma, debe ponerse en relación con lo señalado en los informes de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 16 de diciembre de 1994 (expedientes 22/94) y de 24 de octubre de 1995 (expediente 28/95) respecto a la posibilidad de utilizar como criterios de adjudicación en los concursos las denominadas ‘características de las empresas’, informes cuyas consideraciones deben entenderse reproducidas.

En cuanto a su consideración como requisito de solvencia y puesto que los artículos 17, 18 y 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no mencionan específicamente tal requisito, su admisión quedaba condicionada a una modificación de los preceptos legales correspondientes.

En este sentido el artículo 61.uno de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2002, adiciona un nuevo párrafo tercero al apartado 1, del artículo 15 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con la siguiente redacción:

‘Además de la clasificación que resulte procedente para la ejecución del contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que completen, en la fase de selección y a efectos de la misma, la acreditación de su solvencia mediante el compromiso de adscribir a la ejecución los medios personales o materiales suficientes para ello que deberán concretar en su candidatura u oferta’

A partir de la entrada en vigor del precepto transcrito -1 de enero de 2002- es indudable que resulta factible la pretensión de determinados centros gestores de valorar los medios personales y materiales que van a ser adscritos por la empresa a un contrato específico, debiendo resaltarse que la modificación realizada lo es al margen y con independencia de la clasificación, que regula un medio de acreditación de solvencia y no un criterio de adjudicación del contrato y que, en todo caso, ha de figurar tal exigencia expresamente en los pliego de cláusulas administrativas particulares”

Sólo si en el pliego de condiciones se hubiese establecido ese compromiso podrían admitirse los medios personales y materiales como criterio de adjudicación.

En cuanto al organigrama propuesto para la obra y la cualificación del Jefe de Obra, expresamente mencionado también en el Anexo III.3.E.1.a) de la Orden FOM74947/2006, debe considerarse igualmente como un criterio de solvencia, dado el tenor del artículo 17 del TRLCAP, sin que, por tanto, pueda ser incluido entre los criterios de adjudicación mencionados en el artículo 86 de este Texto Refundido.

Dicho lo anterior, es necesario hacer una precisión. Según el “anexo número dos, documentación técnica, sobre número dos” (expresamente mencionado al comienzo de la página 12 del borrador de Informe de la Intervención General de la Administración del Estado), se incluye como criterio de valoración técnica para la adjudicación el siguiente: “dentro de la memoria constructiva se indica que se valorará, entre otros, los medios técnicos, materiales y personales.” Más adelante, cuando ya se refiere, en la página 13, a la valoración realizada por la Mesa de Contratación y la Comisión Técnica, se indica que se han valorado aspectos que responden claramente a criterios de solvencia, citando a continuación en el apartado a): “Memoria Constructiva y Programa de Trabajo”, la relación de maquinaria a emplear para ejecutar cada unidad de obra y el organigrama propuesto para la obra y la cualificación del Jefe de Obra.

A la vista de ello y si en el apartado de “Memoria Constructiva y Programa de Trabajo” del Pliego de Condiciones (que esta Abogacía General del Estado no ha tenido oportunidad de manejar) únicamente se hiciese referencia a esos dos aspectos, la objeción formulada por la Intervención General de la Administración del Estado tendría sentido, pues, como se ha dicho, se les debe considerar como requisitos de solvencia técnica y no como criterios de adjudicación.

Sin embargo, y dado que la propia Intervención General de la Administración del Estado alude a que el aspecto relacionado con los medios técnicos, materiales y personales, es uno más (“..entre otros..”) de la “Memoria Constructiva y Programa de Trabajo”, ningún obstáculo legal existe para considerar y valorar como criterio de adjudicación los restantes aspectos mencionados en la Orden FOM/4247/2006 y que hayan sido recogidos, en su caso, en el pliego de condiciones, pudiendo, de esa forma, servir como criterio de adjudicación.

La “calidad” a obtener aparece expresamente mencionada entre los criterios de adjudicación del artículo 86 del TRLCAP. En este sentido se expresa también el Anexo III.3.E).1.b) de la Orden FOM/4247/2006, añadiendo que “se valorarán, entre otros aspectos, los procedimientos de certificación de calidad que se aporten; en particular, se valorará que la ejecución de la obra se realice en un marco de gestión de calidad de acuerdo con norma ISO 9001”.

Pues bien, como se indica en dicho Anexo, han de valorarse también las medidas propuestas para controlar y garantizar la calidad a obtener en la ejecución de la obra, los controles de calidad que se propongan realizar durante al ejecución del contrato, los aspectos concretos de las unidades de obra a controlar durante la ejecución de los contratos, la organización dedicada al control de calidad, etc...

El borrador de informe de la Intervención General de la Administración del Estado (página 13) da a entender que la calidad a obtener únicamente se va a acreditar a través de los procedimientos de certificación de calidad que se aporten.

Pues bien, para el caso de que ello fuera así (se insiste en que no se ha dispuesto para hacer este informe del pliego de condiciones), el Informe 28/95, de 24 de octubre, de la Junta Consultiva (ap.4) estima correcta la valoración de la “calidad” mediante la toma en consideración de los certificados, siempre que tal circunstancia no se haya exigido como requisito de solvencia técnica para participar en el concurso, lo que no es el caso, dada la remisión general que se hace en el apartado II.8.4. f) del pliego a los artículos 16 y 17 del TRLCAP, donde no hay referencia alguna a la “calidad” como requisito de solvencia.

Ningún problema debe haber, por tanto, para admitir la calidad como criterio de adjudicación, teniendo en cuenta los procedimientos de certificación que se aporten, y que, entre otros aspectos, para valorarla se tenga en cuenta que su ejecución se realice en el marco de gestión indicado, debiendo, por ende, rechazarse la objeción de la Intervención en este punto.

La siguiente objeción se refiere al “Programa de Actuaciones medioambientales”, lo cual es distinto de estar en posesión de certificados de gestión medioambiental, que se ha configurado siempre como un requisito de solvencia (Informe de la Junta Consultiva 73/04, de 11 de marzo de 2005). De lo que aquí se trata es de la presentación de un “Programa de actuaciones medioambientales” que, de acuerdo con el Anexo III.3.E).1.c) de la Orden FOM/4247/2006 incluye, a efectos de valoración, los siguientes aspectos:

“El ajuste del programa de actuaciones medioambientales propuesto al contenido del proyecto licitado y a la declaración de impacto ambiental, en su caso.

Las propuestas de medidas de gestión medioambiental y de los productos a utilizar en la obra, con inclusión de los certificados y demás documentos acreditativos de estos requisitos. Especialmente se calificarán, con carácter general:

La precisión en la identificación de unidades de obra que puedan generar impactos.

La disponibilidad de instrucciones de trabajo.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

La organización física de la obra.

La localización de canteras.

La identificación de requisitos legales.

La localización de vertederos.

Los sistemas de buena gestión medioambiental propuestos.

La integración de los subcontratistas en el sistema de gestión medioambiental del licitador.

Con carácter específico y en función del tipo de obra se podrán valorar algunas de las siguientes medidas:

Gestión ambiental de tierras y materiales de obra.

Restauración paisajística.

Reducción en la generación de residuos.

Disminución de la contaminación por vertidos, acústica, atmosférica o del suelo.

Reducción del impacto visual, cultural o sociológico.

Limitación de impacto sobre fauna y flora local.

Disminución del uso de combustibles fósiles o utilización de energías renovables.

El programa de vigilancia ambiental propuesto, cuyo alcance y contenido podrá presentar mejoras de actuación medioambiental con respecto al contenido en el proyecto licitado. En dicho programa se indicarán las actuaciones de vigilancia y seguimiento sobre los recursos del medio para las unidades de obra o grupos de unidades similares y para las operaciones de:

Replanteo.

Ubicación y explotación de préstamos y vertederos.

Localización y control de zonas de instalaciones y parque de maquinaria.

Control de accesos temporales.

Control de movimiento de maquinaria.

Desmantelamiento de instalaciones y zona de obras.

Sistema de gestión de residuos y control de la contaminación.

El marco de gestión medioambiental en que se encuadra la ejecución de la obra; en particular: Reglamento Comunitario 1836/93, modificado por el 761/2001, o bien a las Normas Internacionales ISO Europeas EN o Españolas UNE”

Se trata, en definitiva, de un auténtico “Programa de Actuaciones Medioambientales” para la concreta obra que se considere, avalado por una serie de certificados y documentos acreditativos de los requisitos relacionados con las propuestas concretas para esa obra singular y que, obviamente, también encuentra acomodo entre los criterios de adjudicación del artículo 86 del TRLCAP (“...u otros semejantes”). Basta una simple lectura del apartado en cuestión para observar el detalle de ese programa concreto y de los diversos aspectos a valorar en relación con la propuesta de medidas de gestión medioambientales.

En relación a este criterio de adjudicación, puede traerse a colación el Informe 1/2006 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón que, tomando como referencia la normativa comunitaria y la doctrina emanada de la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 2002 (Asunto C-513/99 Concordia), admitió, antes de que quedase plasmado expresamente en la Ley 30/2007, de

30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que las consideraciones medioambientales puedan considerarse como un criterio de adjudicación, pudiendo servir para determinar la oferta más ventajosa, siempre que, aunque sea de forma indirecta, estén relacionados con el objeto del contrato y no con la cualificación del contratista, no confieran a la entidad adjudicadora una libertad de elección incondicional, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en especial, el principio de no discriminación.

Del tenor del borrador de informe remitido (folios 13 y 14) se deduce que la Mesa de Contratación y la Comisión Técnica no se han limitado a valorar unos certificados medioambientales, sino que han valorado, en línea con la Orden FOM/4247/2006 y el pliego de condiciones, “el ajuste del Programa de Actuaciones Medioambientales propuesto al contenido del proyecto licitado y a las Prescripciones del Ministerio de Medio Ambiente establecidas en la resolución de 23 de julio de 2003 para el proyecto de relleno en la dársena de San Diego, que pudieran ser de aplicación”, las propuestas de medidas de gestión medioambiental y de los productos a utilizar en la obra, con inclusión de los certificados y demás documentos acreditativos de estos requisitos, y el marco de gestión medio ambiental en el que se encuadra la ejecución de la obra, todo lo cual ha de conceptuarse como criterio de adjudicación. Debe también rechazarse, por tanto, esta objeción de la Intervención General de la Administración del Estado.

Por último, también se objeta la “Memoria de seguridad y salud”, señalando que los extremos relativos a la prevención de riesgos laborales no pueden figurar ni como criterio de adjudicación ni exigirse como requisito de solvencia, bastando con dar cumplimiento a la normativa tradicional en la materia de seguridad (en este sentido, el Informe 42/2006, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación).

La Orden FOM/4247/2006 –Anexo III.3.E).1.d)– y, por extensión, el pliego de condiciones del contrato indican que para la llamada “Memoria de seguridad y salud” de cada propuesta se valorará el sistema interno de seguridad y salud que se proponga aplicar en la obra, en particular, la organización de la prevención y seguridad en la obra, organigrama preventivo, recursos preventivos, funciones, coordinación con subcontratistas y trabajadores autónomos; sistemas de participación del personal del contratista y subcontratista; procesos de información e información a desarrollar, interferencia y/o afecciones recíprocas entre la explotación portuaria y la ejecución de las obras; revisión del estudio de seguridad y salud del proyecto bajo la perspectiva de su ejecución y de su interferencia con otras actividades portuarias, proponiendo las mejoras que se consideren convenientes, así como el análisis de las posibles situaciones de emergencia: medidas a adoptar y relaciones a organizar con servicios externos para garantizar su rapidez y eficacia.

Pues bien, a la vista de los antecedentes del citado Informe 42/2006 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, donde se incluía en el pliego una valoración de las empresas en cuanto a su capacidad para gestionar adecuadamente la prevención de riesgos laborales, mediante la comprobación de la existencia documental y adecuación de una política y organización de la prevención de riesgos laborales, manual de gestión de la prevención de riesgos laborales, estudio y control de la siniestralidad, etc, no es viable la admisión como criterio de adjudicación de la “Memoria de seguridad y salud” en los términos recogidos en el Anexo (organización de la prevención y seguridad en la obra, organigrama preventivo, recursos preventivos, funciones, coordinación con subcontratistas y trabajadores autónomos, etc), pues, según el mencionado informe, que cita otros:

“La solvencia económica financiera y técnica de las empresas se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley, concretamente la solvencia técnica en contratos de obras en el artículo 17 en términos literales casi idénticos a los del artículo 27 de la Directiva 93/37/CEE por lo que, el carácter taxativo de los medios de justificación de dicha solvencia, demostrada por la declaración del artículo 15.3 de que los órganos de contratación precisaran en el anuncio de los medios de acreditación que vayan a ser utilizados y por la fórmula más flexible utili-

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

zada en el artículo 16 en relación con la solvencia económica y financiera, conduce a la conclusión de que el dato de la siniestralidad laboral en la empresa no puede jugar como requisito de solvencia técnica. Por su parte los criterios de adjudicación en los concursos se contemplan en el artículo 87 que señala que deberán ser objetivos, figurar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, indicándose por orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuye, sin que en la enumeración de criterios que a título ejemplificativo realiza (precio, fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica y el servicio postventa) aparezca ninguno que haga referencia a características de la empresa, sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato, sin que, por tanto, el dato de la siniestralidad laboral tampoco pueda ocupar un lugar entre dichos criterios.

4. Del mayor interés a efectos del presente informe, es la primera consideración final que se contiene en el apartado 6 de las consideraciones jurídicas del citado informe de 30 de junio de 1999 expuesta en los siguientes términos:

La primera ha de hacer alusión a que si bien las finalidades de las denominadas 'cláusulas sociales' son perfectamente atendibles y deben merecer medidas concretas en el ordenamiento jurídico, no pueden articularse como requisitos para la celebración de contratos o como criterios para la adjudicación de los mismos. En particular, la siniestralidad laboral debe ser reducida o intentar ser reducida por la normativa tradicional en materia de seguridad constituida hoy por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, estableciendo este último, en su artículo 4, la obligatoriedad de un estudio de seguridad y salud o un estudio básico de seguridad y salud según el tipo de obras de que se trate."

Lo expuesto le sirve para entender que los extremos relativos a la prevención de riesgos laborales no pueden exigirse como requisito de solvencia técnica de las empresas ni utilizarse como criterios de adjudicación de los contratos, sin perjuicio de que el cumplimiento de la legislación específica sobre la materia pueda y deba exigirse por los medios concretos previstos en la misma.

- IV -

Este informe quedaría incompleto si no se hiciese referencia a la normativa actualmente vigente, constituida por el TRLCSP y la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, normativa que, en lo esencial, mantiene la regulación anterior.

Baste, en este sentido, con tener presente el artículo 62 del TRLCSP relativo a la exigencia de solvencia para celebrar contratos con el sector público. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen, pudiendo ser sustituida por la oportuna clasificación. El artículo 76 se refiere a la solvencia técnica en los contratos de obras, en términos similares al artículo 17 del derogado TRLCAP. Por su parte, el artículo 150 recoge los criterios de valoración de las ofertas, mencionando, de nuevo, la calidad y, de forma novedosa, "las características medioambientales", que es algo distinto de la "indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato," requisito de solvencia del artículo 76 d) del TRLCSP. Las reglas 13.b) y 26 del Anexo I de la Orden FOM/4043/2008, relativas al requisito de solvencia y a los criterios de adjudicación son similares a las reglas 13.b) y 25 del Anexo I de la Orden FOM/4247/2006, antes citadas.

Si se pasa al criterio relacionado con la “Memoria Constructiva y Programa de Trabajo,” cuestionado, en algunos de sus aspectos, en el borrador de Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, y al que se refiere el Anexo III.5.A).a) de la Orden FOM/4003/2008, como antes se indicó, con cita del Informe 30/2007, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación, puede admitirse como criterio de adjudicación siempre que se determinen de manera concisa los criterios de valoración objetiva de aquellos aspectos de carácter subjetivo, tal y como se hace en el anexo, siendo muy significativo en este sentido la desaparición en el mismo, como aspectos a valorar, de “la relación de maquinaria a emplear para ejecutar cada unidad de obra” y “el organigrama propuesto para la obra y la cualificación del Jefe de la obra,” requisitos de solvencia técnica, que se contenían en la Orden FOM/4247/2006, y que, acertadamente, han desaparecido en la nueva Orden que sustituye a la anterior.

Respecto a la “calidad,” el Anexo III.5.A).b) de la Orden FOM/4003/2008, se expresa en idénticos términos al texto que le precedió, bastando con lo dicho anteriormente. En todo caso, la calidad aparece mencionada de nuevo entre los criterios de valoración de las ofertas en el artículo 150.1 del TRLCSP.

La inclusión expresa en el artículo 150.1 del TRLCSP, como criterio de valoración de las ofertas, de las “características medioambientales” que, como antes se indicó es algo distinto de la “indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato,” requisito de solvencia del artículo 76 d) del TRLCSP, viene a reforzar más, si cabe, la inclusión de un “Programa de actuaciones medioambientales,” como el recogido en la Orden FOM/4003/2008 –Anexo III.5.A).b)–, idéntico al recogido en la Orden FOM/4247/2006, como criterio de adjudicación y que encontraba acomodo en el artículo 86.1 del TRLCAP (“..u otros semejantes”).

Por último, la regulación de la “Memoria de Seguridad y Salud,” que se contiene en el Anexo III.5.A).c) de la Orden FOM/4003/2008, es idéntica a la recogida en el Anexo III de la Orden FOM/4247/2006, por lo que vale lo dicho en su momento en relación a dicho aspecto a valorar como criterio de adjudicación.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La “Memoria Constructiva y el Programa de Trabajo” puede constituir un criterio de adjudicación del contrato siempre que, como indica el Informe de la Junta Consultiva de Contratación 30/07, de 5 de julio, se determinen de manera concisa los criterios de valoración objetiva de aquellos aspectos de carácter subjetivo.

De dicha valoración deben excluirse en todo caso, por constituir criterios de solvencia “la relación de maquinaria emplear y para ejecutar cada unidad de obra,” “el organigrama propuesto para la obra y la cualificación del Jefe de Obra,” aspectos que aparecen expresamente mencionados en el Anexo III de la Orden FOM/4247/2006 aunque ya no en la Orden FOM vigente 4003/2008.

Segunda.- La calidad constituye un criterio de adjudicación, expresamente mencionado, tanto en el artículo 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, como en el artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pudiendo ser uno de los aspectos a valorar los procedimientos de certificación de calidad que se aporten y en particular la realización de la obra en un marco de gestión de la calidad de acuerdo con la norma ISO 9001, siempre que tal circunstancia no se haya exigido como requisito de solvencia técnica para participar en el concurso, lo que no ocurre en el caso sometido a consulta.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Tercera.- El “Programa de actuaciones medioambientales” propuesto para la obra que es objeto de este informe está en línea con lo prevenido en el Anexo III, tanto de la Orden FROM/4247/2006 como de la Orden FOM/4003/2008, constituyendo de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, un criterio de adjudicación del contrato.

Cuarta.- La “Memoria de seguridad y salud,” a la que se refieren como criterio de adjudicación del contrato las dos Ordenes citadas y, en general, los extremos relativos a la prevención de riesgos laborales, de acuerdo con el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 42/2006, de 30 de octubre), no pueden exigirse como requisito de solvencia técnica de las empresas ni utilizarse como criterios de adjudicación de los contratos, sin perjuicio de que el cumplimiento de la legislación específica sobre la materia pueda y deba exigirse por los medios concretos previstos en la misma.

33.- Informe sobre la propuesta de Orden Ministerial por la que se modifica la Orden FOM/2003/2008, de 22 de julio, que aprueba las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 54/2013 (R-545/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional vigésima segunda.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la propuesta de Orden Ministerial por la que se modifica la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, que aprueba las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias.

En relación con dicha consulta y a la vista del proyecto de Orden Ministerial, este Centro Directivo acuerda informarlo favorablemente, haciendo las siguientes observaciones:

1) Regla 1, apartado 2

Siendo fundamental la determinación del régimen jurídico a que se sujeta la actividad contractual de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias y, como consecuencia de ello, el ámbito de aplicación de las instrucciones reguladoras de los procedimientos de contratación, se sugiere, a la vista de la actual redacción de dicho apartado y de los párrafos 9 y 10 de la Orden FOM/4003/2008, y en aras de una mayor claridad, la siguiente redacción:

“Los contratos de obras, suministros y servicios que celebren Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para la realización de las actividades correspondientes al sector de los puertos marítimos, pero que estén excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por no alcanzar los límites establecidos en el artículo 16 de citado texto legal se regirán por las disposiciones pertinentes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sin que les sean aplicables, en ningún caso las normas de este texto legal establecidas exclusivamente para los contratos sujetos a regulación armonizada, así como por las presentes instrucciones.

Los contratos de obras, suministros y servicios que celebren Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para fines distintos de la realización de actividades correspondientes al sector de los puertos marítimos y que superen los umbrales de la regulación armonizada se regirán por las normas Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establecidas para los contratos sujetos a regulación armonizada. Los referidos contratos se regirán, cuando no alcancen los umbrales de la regulación armonizada, por las disposiciones del citado texto legal aplicables a los contratos no sujetos a regulación armonizada, así como por las presentes instrucciones”

2) Regla 24.1 a)

– La referencia que, como causa de resolución del contrato, se hace a la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual debería completarse con la previsión de que la correspondiente entidad portuaria pudiese acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores. De esta forma se guardaría la debida concordancia con lo establecido, sobre este particular, en el artículo 1257 del Código Civil en relación con la previsión del artículo 224. 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS).

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

- La indicación que se hace, también como causa de resolución del contrato, de “la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto para casos de sucesión del contratista” quedaría mejor si en esta causa de resolución se hiciese referencia, por vía de remisión expresa, al artículo 85 del TRLCSP, relativo a la incidencia sobre los contratos de las operaciones societarias a que este precepto legal alude y que es aplicable a toda la contratación del sector público. Se consigue así más claridad en el conocimiento y comprensión de esta causa de resolución.

En consecuencia, se propone la siguiente redacción:

- “a) La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, sin perjuicio de que Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias puedan acordar la continuación del contrato con los herederos o sucesores. La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”

3. Regla 24.1 b)

Debe suprimirse como causa de resolución del contrato “la declaración de insolvencia” en cualquier procedimiento y, en el caso de concurso, la fase de liquidación, pues dicha causa de resolución sólo es aplicable a los contratos administrativos y no a los contratos privados, naturaleza esta última que corresponde a los contratos que concierten Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16.2 y 24.2 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, y en el artículo 57 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en relación con la disposición adicional vigésima segunda.1 del TRLCSP.

En efecto, el artículo 67.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal dispone que “los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por su legislación especial,” añadiendo el apartado 2 de dicho precepto que “los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter privado celebrados por el deudor por Administraciones públicas se regirán en cuanto a sus efectos y extinción por lo establecido en esta Ley”. Pues bien, el artículo 61 de la Ley 22/2003 sólo prevé la resolución del contrato (por razón del concurso) cuando el juez del concurso así lo decida tras oír al concursado, a la administración concursal y a la otra parte del contrato.

4) Regla 24.1. c)

Establece como causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. Procediendo, obviamente, vincular la resolución del contrato al incumplimiento de una obligación esencial, resulta, sin embargo, necesario, por una clara razón de seguridad jurídica, que en el propio título contractual se determinen cuales sean las obligaciones que tengan carácter esencial.

Por ello se sugiere la siguiente redacción: “El incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en el pliego o en el contrato”

5) Regla 45.1, párrafo primero

La locución “por infracción de las normas contenidas en esta ley” debería sustituirse, y así se propone, por la siguiente expresión: “en relación con la preparación y adjudicación de los contratos”, y ello con objeto de fijar con mayor precisión el ámbito de las reclamaciones y cuestiones de nulidad, separándolo de todo lo concerniente a las cuestiones de fondo (efectos, cumplimiento y extinción de los contratos, a lo que se refiere el párrafo segundo para atribuir las al orden jurisdiccional civil).

6) Anexo III.3.B)

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Debería suprimirse el apartado 3.b.3): “Otros criterios técnicos, con independencia del precio, que permitan determinar que una proposición económica no puede ser cumplida por ser considerada anormal o desproporcionada;” ya que la conceptualización de una oferta como anormal o desproporcionada es, en el orden lógico y cronológico, un *prius* respecto de la valoración de las ofertas; los criterios (que nunca pueden ser genéricos) que se utilicen para calificar una oferta como anormal o desproporcionada han de limitarse a ello y no pueden utilizarse nuevamente como criterios de adjudicación una vez que una oferta presuntamente anormal o desproporcionada ha sido admitida.

34.- Informe acerca de las posibilidades que existen para regularizar la situación tributaria de un edificio de oficinas realizado sin sujetarse al proyecto aprobado por el órgano de contratación, en un concurso convocado por la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa para la redacción del proyecto de ejecución de una obra en un muelle.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 80/13 (R – 735/2013)

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 la consulta formulada por la Abogada del Estado Coordinadora del Convenio de Asistencia Jurídica con la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa acerca de las posibilidades que existen para regularizar la situación jurídica de un edificio de oficinas realizado sin sujetarse al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

Para dar una adecuada respuesta a la cuestión suscitada en la extensa consulta remitida, resulta necesario hacer referencia a los antecedentes fácticos de la misma y que, de forma resumida, se pueden concretar en lo que sigue:

ANTECEDENTES

- 1.- El 18 de mayo de 2011 la Autoridad Portuaria de Villagarcía de Arosa (APVA) adjudicó por concurso a la entidad SACYR S.A.U. la redacción del proyecto y ejecución de la obra “Mejora portante de la explanada del Muelle de Ferrazo”.
- 2.- El 17 de noviembre de 2011 se aprobó por el Consejo de Administración de la APVA el proyecto de construcción redactado por el adjudicatario SACYR, S.A.U, procediéndose el día 30 del mismo mes a firmarse el acta y plano de comprobación del replanteo.

En el proyecto más obra que se iba a realizar figura como una partida alzada a justificar el “Montaje y reconstrucción de oficinas y nave”. Tanto la nave como la oficina se encontraban por lo tanto en el proyecto en la llamada zona 1 del mismo y se proponía por la adjudicataria desalojar las oficinas y cambiarlas de ubicación, así como la ejecución de la nave que serviría como taller.

- 3.- Tras la realización de diversas actuaciones del contratista en relación con la nave taller y las oficinas, el 7 de noviembre de 2012, SACYR S.A.U. comunicó la finalización de los trabajos de la partida alzada a justificar dentro del proyecto “ Montaje y reconstrucción de oficinas y nave”.

Posteriormente, cuando el edificio de oficinas, que sí fue hecho, se puso en explotación urgente previa a su recepción, el órgano de contratación tuvo conocimiento de que solo se construyeron las oficinas y no la nave prevista. Para justificar esta evidente alteración de las prestaciones objeto del contrato, consta un informe de la dirección facultativa de la obra, de fecha 18 de abril de 2013, en el que se indica que, por motivos de seguridad, se decidió reestudiar la ubicación del edificio y nave eliminando el uso del taller y redimensionar el edificio dedicando todo él a oficinas.

No existe constancia en el expediente del cambio en el que se decide no ejecutar la nave taller y redimensionar el edificio de oficinas. Se insiste en el informe en que la partida presupuestaria prevista es común para oficinas y taller, siendo una partida alzada a justificar. No se incrementa el precio previsto en el proyecto para la nave y oficinas, que sigue siendo el mismo, por lo que no se ha visto incrementado el precio global del contrato.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

- I -

En primer término, se dan por buenas las primeras consideraciones jurídicas realizadas en el informe de la Abogada del Estado coordinadora del convenio acerca de la consideración del contrato de obras formalizado como un contrato privado que se rige, por razón de su cuantía, por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (hoy Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre – TRLCSP -), de acuerdo con lo prevenido en la parte introductoria de la Orden FOM 4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y por las propias Reglas contenidas en la Orden citada.

Por consiguiente, se trata de un contrato que, en cuanto a su preparación y adjudicación se rige por las reglas del Derecho público, mientras que, en cuanto a los efectos y extinción, se rige por el Derecho Privado.

- II -

Con carácter previo, es necesario dejar sentado que, a pesar de tratarse de una partida alzada a justificar y de no haberse producido incremento alguno de la misma, es obvio que ha existido alteración de una de las prestaciones del contrato pactado y que dicha alteración, aun referida a una partida determinada del mismo, la de "Montaje y reconstrucción de oficina y nave", ha supuesto una modificación en el objeto del contrato, por lo que resulta oportuno, en primer lugar, examinar si, en la cláusulas administrativas particulares del contrato, existe alguna previsión sobre el particular.

Pues bien, el contrato de obras, firmado el 16 de junio de 2011, dispone en su cláusula decimotercera lo siguiente:

"En ningún caso el Director Facultativo o el adjudicatario podrán introducir o realizar modificaciones en el proyecto a que se refiere el contrato sin la debida aprobación expresa del Órgano de contratación de la Autoridad Portuaria, de la modificación y del presupuesto resultante como consecuencia de ella.

El contrato solo podrá modificarse en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quater de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (hoy 107 del TRLCSP). El procedimiento que se instruya para la adopción del acuerdo de modificación será el previsto en el Regla 16 de las normas de contratación".

Estando previsto en el proyecto el montaje y reconstrucción de oficinas y nave, solo se han realizado las primeras, eliminando el uso del taller y redimensionando las oficinas, todo ello, al parecer, sin alterar el precio de la partida en cuestión, que es una partida alzada a justificar. Resulta bastante obvio que, sin seguir el trámite previsto en la cláusula decimotercera del contrato (aprobación por el órgano de contratación), se ha introducido una modificación parcial en el proyecto a que se refiere el contrato, habiéndose además culminado la obra y puesto las oficinas construidas en explotación, con carácter previo a su recepción. Igualmente, al parecer, la partida correspondiente a esa parte de la obra (unos 80.000 euros) ha sido ya abonada, vía certificación, al contratista.

Llegado el momento de recepcionar formalmente la obra en conjunto, recepción que debe contar con el informe favorable de la Inspección del Ministerio de Fomento, surge el problema de la regularización del expediente en este concreto extremo.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

A la vista de las circunstancias producidas, lo primero que debe analizarse es la procedencia de iniciar, en estos momentos, un expediente de modificación del contrato después de haberse ejecutado la obra y satisfecho la partida correspondiente al contratista.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo es cuanto menos dudoso que la modificación introducida en el contrato por cambio de una de las prestaciones constitutivas de su objeto pueda considerarse modificación a los efectos de lo prevenido en el artículo 92 quater de la Ley 30/2007, hoy 107 del TRLCSP, ya que es difícil encajar la situación producida en alguno de los apartados del artículo 107.1 (la más cercana podía ser la del apartado a) – inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones producidas en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas –).

Pero es más, aunque se pudiera considerar modificación, se incumpliría el límite establecido en el apartado 2 de ese artículo, ya que la modificación no puede alterar las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato y esa alteración, siquiera parcial, referida a una partida del mismo, tiene lugar cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada (ap.3.a).

No obstante, aunque se entendiera que realmente ha existido una modificación parcial del contrato sin seguir los trámites prevenidos en el mismo para su aprobación, no parece de recibo que, en estos momentos, pueda regularizarse la situación producida a través de un expediente de modificación cuando la obra está ya totalmente terminada y puesta en explotación, amén de haberse satisfecho también la partida alzada correspondiente. Todo ello, como se sugiere por Puertos del Estado, haría además peligrar seriamente la financiación comunitaria de la obra, aunque ello no supusiese coste adicional alguno al originariamente presupuestado, pues los órganos comunitarios no aceptarían fácilmente que se tratase de una modificación de las previstas legalmente, por remisión del contrato, constatando, en todo caso, que se han incumplido los trámites oportunos y que la obra ya está ejecutada y pagada al contratista.

- III -

Podría pensarse, por otro lado, que existe un supuesto de resolución, siquiera parcial del contrato, por incumplimiento, al realizarse por el contratista una prestación distinta a la fijada en el correspondiente proyecto contractual que, teniendo en cuenta que se trata de un contrato privado, determinaría a priori la aplicación de la regla general en materia de incumplimiento de contratos del artículo 1124 del Código Civil.

Ahora bien, al margen de que resulta muy discutible que pueda acordarse una resolución parcial de un contrato por un importe global de 4.500.000 euros, siendo la partida discutida y ejecutada de sólo 80.000 euros (escasamente el 2% del presupuesto total de la obra), debiendo estarse, en primer término, al contenido de las cláusulas del contrato, para que pueda hablarse de resolución por incumplimiento contractual al haberse ejecutado por el contratista una prestación distinta a la pactada sería necesario, en este caso, que existiera culpa por su parte y aquí no se atisba la misma. Es más, según los datos que se manejan, el cambio en la partida correspondiente fue propiciado, por razones de seguridad, por la propia Autoridad Portuaria y aceptado por el contratista. De existir culpa, ésta sería de la Autoridad Portuaria, que incumplió las previsiones del pliego en materia de modificación, alterando el proyecto constructivo aprobado y ordenando la ejecución de una obra distinta a la prevista, aunque ello no supusiera incremento alguno del precio, al ser una partida alzada a justificar, sin contar con la preceptiva aprobación del órgano de contratación.

En estos momentos, la obra está terminada y se está explotando con carácter previo a su recepción, por lo que, lo más adecuado y procedente en Derecho es continuar con el expediente de contratación, haciendo constar en el acta de recepción definitiva de las obras,

a los efectos oportunos, la alteración del objeto producida en esa partida alzada a justificar, que no ha supuesto incremento alguno del precio.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La realización únicamente de la parte correspondiente a oficinas de la partida “Montaje y reconstrucción de oficinas y nave” del proyecto y ejecución de la obra “Mejora portante de la explanada del Muelle de Ferrazo” ha supuesto una modificación del proyecto sin contar con la aprobación del órgano de contratación de la Autoridad Portuaria.

Segunda.- Aunque la modificación citada pudiera considerarse una modificación del contrato en los términos del artículo 107 del TRLCSP, no resulta procedente, en estos momentos, cuando la obra está totalmente terminada, las oficinas están siendo ya explotadas y se ha pagado al contratista el importe de la certificación correspondiente a esa partida regularizar la situación producida a través de un expediente de modificación contractual. Tampoco puede entenderse que concurra una causa de resolución parcial del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

Tercera.- Lo más adecuado y procedente en derecho es continuar con el expediente de contratación, haciendo constar en el acta de recepción definitiva de las obras, a los efectos oportunos, la alteración del objeto producida en esa partida alzada a justificar, que no ha supuesto incremento alguno del precio.

35.- Informe acerca de la consideración o no de la sociedad estatal PUERTO SECO DE MADRID, S.A. como poder adjudicador.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 87/13 (R – 832/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en virtud del Convenio de Asistencia Jurídica suscrito el 10 de marzo de 2004 entre la Abogacía General del Estado y la sociedad estatal Puerto Seco de Madrid, S.A., ha examinado la consulta formulada por la Presidencia de la indicada sociedad acerca de la consideración o no de la misma como poder adjudicador, emitiendo informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

- 1º) Partiendo de la consideración de Puerto Seco de Madrid, S.A. (en adelante, PUERTO SECO) como poder no adjudicador, este Centro Directivo emitió, el 24 de marzo de 2009, informe sobre las Instrucciones Internas de Contratación de la sociedad pública indicada (Ref: A.G. Entes Públicos 34/09).
- 2º) Con fecha 3 de septiembre de 2013 se dio traslado a la sociedad estatal PUERTO SECO del Anteproyecto de Informe de Fiscalización para el “Análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por las Empresas Estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” elaborado por el Tribunal de Cuentas, a los efectos de presentar las alegaciones que se estimasen oportunas.

En el Anteproyecto indicado, el Tribunal de Cuentas realiza un “Análisis de la consideración de las empresas estatales como poderes adjudicadores,” con arreglo al cual la empresa estatal PUERTO SECO tiene la consideración de poder adjudicador.

- 3º) El 10 de septiembre de 2013 (con fecha de entrada en el Tribunal de Cuentas el 24 del mismo mes), se formularon las alegaciones pertinentes al citado Anteproyecto. En el particular cuestionado se indicó únicamente que, “toda vez que la Abogacía General del Estado informó sobre las Instrucciones internas de contratación de PUERTO SECO DE MADRID, S.A., que se redactaron bajo la consideración de que PUERTO SECO DE MADRID, S.A. no es poder adjudicador, desde esa mercantil se ha realizado una consulta a la Abogacía General del Estado al respecto de este particular y, en consecuencia, una vez se reciba la contestación de la misma se procederá a informar al Tribunal de Cuentas y, acto seguido según corresponda en relación a las Instrucciones internas de contratación de PUERTO SECO DE MADRID, S.A.”

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Se formula consulta sobre la condición de poder no adjudicador de PUERTO SECO, a efectos del artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Públicos (LCSP), de contenido coincidente con el del artículo 3.3 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Como este Centro Directivo indicó en su Instrucción 1/2008, de 5 de febrero, sobre régimen de contratación de las fundaciones del sector público estatal, sociedades mercantiles del Estado y entidades públicas empresariales dependientes de la Administración General del Estado, para determinar el concreto régimen de contratación de las distintas entidades integrantes del sector público la LCSP (y, en idéntico sentido, el vigente TRLCSP) distingue tres conceptos o categorías: 1) Administraciones Públicas; 2) Poderes adjudicadores que no ostentan la condición de Administraciones Públicas, y 3) Entes, organismos y entidades que no tienen la consideración de poderes adjudicadores.

El concepto de poder adjudicador aparece precisado en el artículo 3, apartado 3, de la LCSP, y resulta de la conjunción de los siguientes requisitos:

- a) Ha de tratarse de entes, organismos o entidades –es indiferente su forma de personificación jurídica y, por tanto, carece de trascendencia que se trate de personificación jurídico-pública o de personificación jurídico-privada– que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.
- b) Ha de cumplirse, al menos, una de las tres siguientes exigencias: 1) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad; 2) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores controlen su gestión; y 3) Que una o varias Administraciones Públicas o uno o varios poderes adjudicadores nombren a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, dirección o vigilancia.

El concepto de poderes no adjudicadores no aparece expresamente definido en la LCSP (como tampoco en el TRLCSP), y resulta por contraposición del concepto de poderes adjudicadores y, más concretamente, por contraposición del requisito consignado en el apartado a) anterior. Se indica a este respecto en la Instrucción 1/2008 que “si este requisito consiste en que el ente, organismo o entidad haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, se estará en presencia de un ente, organismo o entidad que no tendrá la condición de poder adjudicador cuando el mismo haya sido creado para satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil o industrial. La contraposición de la que resulta el concepto de ente, organismo o entidad que no ostenta la condición de poder adjudicador lo es, como se ha indicado, respecto del requisito consignado en la letra a) del apartado 1 anterior, sin que pueda serlo respecto de los requisitos de la letra b) de dicho apartado, y ello en razón de que si no se cumpliera ninguno de dichos requisitos se estaría en presencia de una entidad no comprendida en el sector público y a la que, por tanto, no le sería aplicable la LCSP”.

Así las cosas, la distinción entre poderes adjudicadores y no adjudicadores se reconduce a la distinción entre la finalidad mercantil (o industrial) y la finalidad no mercantil (o no industrial) para la que haya sido creado el ente, organismo o entidad.

A efectos de calificar la actividad de un ente del sector público como mercantil o industrial, la doctrina mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea -TJUE- (entre otras, sentencias Adolf Truley de 27 de febrero de 2003, C-373/00; FERIA de Milán de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-233/99 y C-260/99; Gemeente Arnhem de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; Korhonen de 22 de mayo de 2003, C-18/01; Irish Forestry Board de 17 de diciembre de 1998, C-353/96; SIEPSA de 16 de octubre de 2003, C-283/00; Sociedades Anónimas de Vivienda de Alquiler Moderado de 1 de febrero de 2001, C-237/99; BFI Holding de 10 de noviembre de 1998, C-360/96; Universale Bau de 12 de diciembre de 2002, C-470/99) se caracteriza por utilizar, de manera no uniforme, distintos criterios, resolviendo cada caso en función de sus particulares circunstancias, sin que exista una construcción acabada de cada una de esas dos categorías o conceptos, proporcionando tan sólo pautas de orientación. Se citaban en la Instrucción 1/2008, como tales pautas o criterios orientativos, los siguientes:

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

- La consideración del objeto de la entidad y organismo: la vinculación del objeto a potestades públicas (en alguna sentencia se habla de vinculación al orden público) orientan su calificación hacia una actividad de interés general no mercantil o industrial. Por otra parte, y en lógica relación con la consideración del objeto de la entidad u organismo, habrán de tenerse en cuenta también las razones y circunstancias que el poder público apreció para la creación de la propia entidad u organismo.
- Existencia de una competencia desarrollada: la circunstancia de que el organismo o entidad de que se trate actúe en una situación de competencia en el mercado que pueda considerarse normal constituye un indicio de que se trata de una entidad que persigue una finalidad de carácter mercantil o industrial.
- Existencia de mecanismos para compensar pérdidas: la existencia de mecanismos para compensar pérdidas económicas (ordinariamente, transferencias presupuestarias por parte de Administraciones Públicas) en que pudiera incurrir la entidad, de forma que ésta no soporte el riesgo de sus actividades o que, aun soportándolo, el poder público que la creó procedería, llegado el caso, a recapitalizarla, evitando situaciones concursales, permite apreciar que no se está en presencia de una actividad de carácter mercantil o industrial.
- Sistema de fijación de precios: la fijación de los precios de los bienes que produzca o de los servicios que preste la entidad que se considere con arreglo exclusivamente a las leyes de la oferta y la demanda orienta la calificación hacia el carácter mercantil o industrial; por el contrario, la fijación de los precios de los bienes o servicios por órganos del poder público inclina a la negación del carácter mercantil o industrial.

Se indicaba también en la Instrucción 1/2008 que la diversidad de criterios que toma en consideración la jurisprudencia del TJUE y, especialmente, la circunstancia de que no todos ellos han sido aplicados conjuntamente en cada uno de los casos enjuiciados por dicho Tribunal, aconseja que, atendiendo principalmente al objeto de la entidad u organismo que en cada caso se considere, se proceda a una ponderación del conjunto de dichos criterios, habiendo considerado también el TJUE que en el supuesto de un mismo organismo o entidad realice simultáneamente actividades que deban calificarse como estrictamente públicas y actividades netamente mercantiles (sentencia Mannesmann de 15 de enero de 1998, C-44/96), esa duplicidad de actividades no exime de la observancia de las normas contenidas en las Directivas sobre contratos públicos cuya aplicación se extiende, por tanto, no sólo a los contratos relacionados con las actividades públicas, sino también a los relacionados con las actividades de carácter privado o mercantil, y ello aun cuando estas últimas actividades sean económicamente preponderantes.

El criterio recogido en la sentencia Mannesmann citada ha sido reiterado por el TJUE en la posterior sentencia de 10 de abril de 2008 (Asunto C-393/06).

El TJUE ha declarado (sentencia de 22 de mayo de 2003, Korhonen) que “la existencia o ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes relativos a la creación del organismo y las condiciones en que ejerce su actividad”, concluyendo a este respecto que “si el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil”.

En definitiva, la jurisprudencia del TJUE exige efectuar una valoración casuística del carácter mercantil o industrial de la actividad del organismo que se considere, examinando todos los elementos jurídicos y fácticos concurrentes en cada supuesto, tales como los que rodean a la creación del organismo y las condiciones que ejerce su actividad.

Por último, se señaló en la Instrucción 1/2008 que la circunstancia de que una entidad del sector público revista la forma jurídica de sociedad mercantil y, en concreto, de sociedad anónima, no permiten concluir que dicha entidad haya sido creada para satisfacer fines de carácter industrial o mercantil y que, por tanto, nunca sea un poder adjudicador. Aunque el

artículo 2 de la Ley de Sociedades de Capital, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, atribuye a estas sociedades carácter mercantil cualquiera que sea su objeto, debe tenerse presente que una cosa es que la sociedad anónima sea mercantil, es decir, comerciante por razón de su forma o tipo societario, y otra distinta que su objeto sea mercantil (el hecho de que la sociedad anónima sea, por razón de su forma, mercantil no significa que siempre y necesariamente su objeto sea una actividad mercantil o industrial), siendo así que lo que toma en consideración la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 2004 y, por tanto, la LCSP y el TRLCSP es el objeto (fin de la sociedad) para establecer un régimen jurídico en materia contractual diferente según que su objeto (fin) sea o no mercantil (o industrial).

- II -

Expuestos los criterios legales y jurisprudenciales que permiten diferenciar los conceptos de poder adjudicador y de poder no adjudicador, procede examinar en cuál de dichas categorías jurídicas se ha de considerar incluida la sociedad estatal PUERTO SECO.

En este sentido, el Consejo de Ministros, en acuerdo adoptado a finales de 1995, autorizó la creación de la sociedad “PUERTO SECO DE MADRID, SOCIEDAD ANÓNIMA” En el preámbulo de dicho acuerdo se indica, entre otras cosas, que “la configuración de los puertos como enclaves logísticos pasa por el desarrollo de Zonas de Actividades Logísticas y como complementarias de éstas por la creación de los denominados ‘puertos secos’ radicados en lugares no situados en el litoral costero”, añadiendo que “estos puertos secos actúan de modo complementario a la actividad común de los puertos clásicos, marítimos o fluviales, permitiendo la conexión entre los distintos puertos, abriendo nuevas rutas y facilitando la captación de nuevos tráficos y de potenciales clientes, completando la globalidad de la oferta del Sistema.”

Más adelante señala que, “la puesta en marcha de esta Cadena Logística es, por tanto, uno de los retos más importantes a afrontar por el Sistema Portuario de Titularidad Estatal en los próximos años, de modo que permita captar nuevos tráficos atraídos por una oferta logística completa, tanto en instalaciones como en servicios, ofreciendo a sus usuarios la posibilidad de establecer sus estrategias globales de distribución (...)”

Sigue diciendo el preámbulo que “la promoción y desarrollo de un Puerto Seco en Madrid, entendiéndolo como tal la zona logística provista de terminal ferroviaria, con condiciones económicas, geográficas, logísticas y de infraestructuras adecuadas para desarrollar un proyecto de intermodalidad que pueda ser utilizado por distintos puertos del Sistema Portuario, a la vez que sirve de enlace con modos y destinos terrestres españoles o extranjeros, es un objetivo de marcado carácter estratégico para el Sistema Portuario de Titularidad Estatal”

En el mismo acuerdo se añade que, “la creación de una sociedad mercantil para llevar adelante el diseño, ejecución y explotación de un proyecto de estas características, además de facilitar el desarrollo racional de este sector estratégico permite incorporar recursos ajenos para hacer frente a los altos volúmenes de inversión necesarios, así como disponer de mecanismos efectivos para controlar el cumplimiento de los objetivos programados para el proyecto. Se hace necesaria, en consecuencia, la creación de una nueva unidad empresarial cuyo negocio sea la comercialización, gestión, explotación y operación de la Terminal de Contenedores denominada “Puerto Seco de Madrid”, así como la prestación de los servicios que faciliten tanto la manipulación como el transporte y la distribución de las mercancías”

Tras autorizarse la creación de una sociedad estatal de las previstas en el artículo 6.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, en el punto II de la parte dispositiva del citado acuerdo del Consejo de Ministros se establece que “la Sociedad tendrá por objeto social el diseño, construcción, comercialización, gestión, explotación y operación de la Terminal de Contenedores

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

denominada 'Puerto Seco de Madrid', así como la prestación de los servicios que faciliten tanto la manipulación como el transporte y la distribución de las mercancías. El ejercicio de las actividades que constituyen su objeto social podrá ser realizado directamente por la propia Sociedad, o indirectamente mediante la constitución o participación en otras Sociedades estatales y privadas”.

En este sentido, es de destacar que la sociedad ha encomendado la gestión integral de Puerto Seco de Madrid a una sociedad (CONTERAIL, S.A.) que, en virtud de contrato suscrito de 1 de julio de 2013, realiza prestación y comercialización de los servicios correspondientes “a su entero riesgo y ventura, siendo por lo tanto único responsable frente a Puerto Seco de Madrid, S.A. y frente a sus clientes, usuarios y terceros, con quienes mantendrá la interlocución directa en su relación contractual, de actividad y negocio.” La referida sociedad abona a Puerto Seco de Madrid una renta fija anual de 525.000 euros más una renta variable determinada en función de ciertos factores. La duración del contrato es de quince años, pudiendo prorrogarse hasta el 25 de julio de 2046.

De lo expuesto anteriormente se deduce que PUERTO SECO se constituyó para satisfacer necesidades de interés general (puesta en marcha de una zona logística que permita captar nuevos tráficos portuarios atraídos por una oferta logística completa tanto en instalaciones como en servicios, ofreciendo a los usuarios la posibilidad de establecer sus estrategias globales de distribución), con forma jurídica de sociedad anónima cuyo objeto (diseño, construcción, comercialización, gestión, explotación y operación de la Terminal de Contenedores, así como la prestación de los servicios que faciliten tanto la manipulación como el transporte y la distribución de las mercancías) tiene una naturaleza eminentemente mercantil, naturaleza que se acrecienta con la atribución integral de la gestión a otra sociedad para que la realice a su entero riesgo y ventura a cambio de pagar una renta a Puerto Seco de Madrid.

No obstante, la existencia de razones de interés general en la constitución de la sociedad Puerto Seco de Madrid, S.A., cabe afirmar fundadamente que la finalidad a que se ordenó su constitución tiene carácter mercantil. Lo que realmente importa es determinar si, atendido su objeto social, la sociedad, aun sirviendo a intereses generales, contribuye a satisfacer necesidades que tengan carácter mercantil; dicho en otros términos, lo que interesa es el fin que persigue y no tanto la instrumentación mediante la que se consigue la satisfacción de ese fin.

Pues bien, no parece dudoso que la actividad –tal es el fin de la sociedad de que se trata– consistente en la comercialización, gestión y explotación de una terminal de contenedores, comprendiendo, como expresamente se dice en el acuerdo del Consejo de Ministros y en los estatutos sociales de la entidad, la prestación de servicios que faciliten la manipulación, transporte y distribución de mercancías es una actividad mercantil, pues precisamente el eje en torno al cual gira esa actividad son las mercancías a cuyo transporte y distribución, en las mejores condiciones de tiempo, coste de transporte y regularidad de los abastecimientos, se tiende. Se trata, en esencia, de una actividad logística y ésta, en cuanto a actividad de transporte y distribución de mercancías para su aproximación a los centros de consumo, tiene su adecuado y natural encaje en el marco de las actividades y fines mercantiles.

Así las cosas, parece indudable que Puerto Seco de Madrid, S.A., se constituyó para satisfacer necesidades de interés general, con forma jurídica de sociedad anónima cuyo objeto tiene naturaleza eminentemente mercantil, y este carácter mercantil, comercial o industrial de la actividad de dicha entidad es el que resulta determinante para conceptuarla como un poder no adjudicador.

Así lo ha declarado este Centro Directivo en anteriores ocasiones, aplicando la doctrina establecida en este punto por el Consejo de Estado, como Supremo Órgano Consultivo (artículo 107 de la Constitución).

En el informe de 24 de septiembre de 2012 (ref. A.G. Economía y Competitividad 7/12), se abordó el régimen de contratación del FROB y se indicó, a este respecto, lo siguiente:

“En el informe de 12 de julio de 1995 (Ref. A.G. Entes Públicos 9/95) la entonces Dirección del Servicio Jurídico del Estado consideró que el Instituto de Comercio Exterior (ICEX) se encontraba incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por realizar una actividad de fomento (la promoción del comercio exterior y el fomento de la exportación) que no tenía carácter mercantil o industrial, sino típicamente administrativo, en cuanto tal actividad de fomento”

Pues bien, el Consejo de Estado, en su informe de 14 de diciembre de 1995 (núm. 2.718-17/95/LD), consideró lo contrario, con base en los siguientes razonamientos:

“Nadie ha puesto en duda –porque así figura en la norma de creación del Instituto (Real Decreto-Ley 6/1982) que el ICEX sea una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, dependiente de la Administración General del Estado.

Nadie niega –porque es obvio– que el ICEX está mayoritariamente financiado por el Estado; que su gestión, al menos en el aspecto económico, se halla sometida a los mecanismos ordinarios de control de la Administración Pública; y que sus directivos son nombrados por el Gobierno o por el Ministro del ramo.

Lo que se discute es si reúne también o no el requisito señalado con la letra ‘a’ en el precepto más arriba transcrito, a saber, que sea una de las entidades creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (...).

Ciertamente (...) el precepto que aquí se examina tiene un claro sentido literal y es que lo del carácter industrial o mercantil se predica de las necesidades, como sujeto próximo, no de las entidades que figuran en la frase anterior. Interpretación que viene corroborada por los antecedentes legislativos de este precepto, el cual es una mera transposición del artículo 1.b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio, del Consejo....

Huelga, por tanto, toda discusión acerca de si el ICEX tiene o no condición de comerciante, de sí realiza o no operaciones de comercio, de si se limita a fomentar el comercio o es un verdadero operador económico, porque esa cuestión no es determinante a estos efectos.

Si el ICEX está excluido del ámbito de aplicación subjetiva de la Ley 13/1995 no será porque tenga la condición de comerciante –que no la tiene– ni porque efectúe operaciones de comercio –que eso nadie lo afirma– sino porque haya sido creado para servir necesidades de interés general de carácter mercantil. Lo que interesa es el fin que se persigue, no la naturaleza del instrumento (art.3º del Código Civil).

(...)

Cualquiera que sea la calificación administrativa que merezca esta actividad (se refiere el Consejo de Estado a la actividad de fomento del comercio exterior que realiza el ICEX), dentro del esquema clásico, lo que no puede negarse es que sirve intereses generales de política económica que trascienden de los del propio sector y contribuye a satisfacer necesidades que indudablemente tienen carácter mercantil.

Es cierto que una cosa es comerciar y otra fomentar el comercio; pero lo que la Ley 13/1995 exige, para excluirlas de su ámbito de aplicación, no es que las entidades públicas comercien sino que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de carácter mercantil, y sería un contrasentido afirmar que el Instituto Español de Comercio Exterior no sirve necesidades de carácter comercial.

Por tanto, si el ICEX, aun siendo una entidad de derecho público y que se financia mayoritariamente con fondos públicos y cuyos directivos son de nombramiento oficial, fue creado para satisfacer necesidades de interés general de carácter mercantil, es indudable que no encaja en el supuesto de hecho del artículo 1.3, letra a), de la Ley 13/1995, de 18 de mayo y , en consecuencia, no está incluido en el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Si el Consejo de Estado ha entendido que el ICEX no está sujeto a los preceptos del TRLCSP en atención al carácter mercantil de la actividad que se le encomienda, aun no teniendo la condición de comerciante ni efectuar actos de comercio, con mayor motivo hay que entender que la condición de poder no adjudicador recae en PUERTO SECO, que tiene la condición de comerciante y ejerce una actividad de naturaleza eminentemente mercantil.

En consideración a todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente:

CONCLUSIÓN

Se aprecia fundamento jurídico para considerar que la Sociedad Estatal "Puerto Seco de Madrid, S.A." reúne la condición de poder no adjudicador, a efectos del artículo 3.3. de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y del artículo 3.3. del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

36.- Informe relacionado con un proyecto de liquidación y modificado de una obra portuaria. Revisión de precios y abono de determinadas partidas no contempladas en el proyecto.

Resumen

Consulta en relación con el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Málaga sobre el proyecto de liquidación del modificado de la obra portuaria “Remodelación del andén y dársena exterior del Dique de Levante en el Puerto de Málaga”

Revisión de precios a favor de la Autoridad Portuaria, de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aplicable por razón del tiempo, y que señala que el importe de las revisiones se hará efectivo mediante el abono o descuento en las certificaciones parciales o excepcionalmente en la liquidación del contrato.

Abono de determinadas partidas no contempladas en el proyecto modificado de obras aprobado por la Autoridad Portuaria. Análisis de las diversas partidas reclamadas teniendo presente las previsiones de la Orden FOM 4247/2006, por la que se aprueban las normas y condiciones generales para la contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, lo dispuesto en el TRLCAP y la doctrina jurisprudencial acerca de la proscripción del enriquecimiento injusto.

Ref: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 3/14 (R-172/14)

Fecha: 28 de marzo de 2014

Ponente: Luciano Mas Villarroel y Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, de conformidad con el artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de mayo, el proyecto de informe remitido por la Abogacía del Estado en Málaga sobre el proyecto de liquidación del modificado de la obra portuaria “Remodelación del andén y dársena exterior del Dique de Levante en el Puerto de Málaga,” así como el abono de determinadas partidas.

En relación con dicha consulta este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

Del tenor del correo electrónico que acompaña al proyecto de informe remitido y prescindiendo de los aspectos técnicos de la ejecución de obra, son cuatro las cuestiones sobre las que se solicita el parecer de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado:

- 1) La procedencia de la revisión de precios al resultar negativa para el contratista, así como si cabe aplicarla en la liquidación final.
- 2) El abono en la liquidación final de partidas no contempladas en el modificado de obra, así como el abono de determinadas partidas que deben considerarse pagadas.
- 3) El abono de determinadas partidas ajenas al contrato.
- 4) Si, en el caso de que se confirmase el criterio de la Abogacía del Estado consultante, la Autoridad Portuaria de Málaga debe ejercitar acciones civiles para reclamar del contratista el exceso de liquidación que resulta a favor de aquella o, por el contrario, resultaría más

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

conveniente esperar al previsible ejercicio de acciones por parte de la contratista contra la Autoridad Portuaria y formular reconvencción.

- II -

Dada fecha de iniciación del expediente de contratación (noviembre de 2007), el contrato de obras de referencia queda sujeto a las prescripciones de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, como así se recoge en la cláusula V del pliego. Esta cláusula dispone que las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1255 del Código Civil, acuerdan someterse subsidiariamente, en lo no dispuesto en el citado texto legal, al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

En el presente caso, y como se indica en el proyecto de informe, el propio pliego prevé la revisión de precios, siendo aplicables, en todo lo no previsto expresamente en el mismo, las disposiciones del TRLCAP.

No suscitándose cuestión alguna sobre el cumplimiento de los requisitos a que el artículo 103 del TRLCAP supedita la procedencia de revisión de precios –haberse ejecutado el 20% del contrato y haber transcurrido un año desde su adjudicación–, debe indicarse que la revisión de precios se configura como un mecanismo cuya finalidad es mantener la vigencia del principio de equilibrio económico que debe regir el contrato, pero que no opera de forma unidireccional, es decir, en beneficio único y exclusivo del contratista, sino que puede tener lugar tanto mediante un incremento del precio del contrato como mediante una disminución del mismo; así resulta claramente de lo que disponía el artículo 108 del TRLCAP, conforme al cual “el importe de las revisiones que procedan se hará efectivo mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones o pagos parciales”.

Admitido que la revisión de precios redunde en beneficio de la Administración contratante, debe indicarse que, para el caso de que la revisión redunde en beneficio del contratista se entiende, con respaldo en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 8/2005 de 11 de marzo, y en diversas sentencias de la Audiencia Nacional de 4 de julio de 2007 y 7 de mayo de 2008, que el abono por la Administración contratante de las cantidades que resulten de la revisión de precios en el momento de la liquidación del contrato exige que se satisfagan de un modo especial las exigencias de motivación, concretadas en la existencia de circunstancias excepcionales que hayan justificado que la Administración haya tenido que acudir a la liquidación final para hacer efectiva la revisión de precios. La inexistencia de una causa justificativa de suficiente entidad para considerar que el recurso a esta modalidad excepcional de pago (en la liquidación final) es razonable, determina el devengo de intereses de demora a favor del contratista, que será, por lo demás, el propio de las certificaciones de obra (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2002 y de 4 de abril de 2006).

En el caso sometido a informe de este Centro Directivo concurren dos circunstancias singulares. En primer lugar, la revisión de precios beneficia a la Administración contratante –la Autoridad Portuaria de Málaga–, y no al contratista y, en segundo lugar, el descuento correspondiente, pese a cumplirse los dos requisitos básicos para que proceda la revisión, no se aplicó en las certificaciones o pagos parciales.

Pues bien, como acertadamente señala la Abogacía del Estado consultante en su proyecto de informe, el hecho de que la revisión de precios favorable a la Administración contratante no se haya aplicado en las sucesivas certificaciones o pagos parciales de la obra, no significa que no se pueda aplicar en el momento de la liquidación final del contrato ni que quede extinguida la posibilidad de aplicar la revisión por no haberla efectuado en el momento de abono de esas certificaciones o pagos parciales.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

En efecto, una cosa es que, desde la perspectiva más frecuente y normal, cual es la de que el contratista sea acreedor de las cantidades derivadas de la revisión, sólo por circunstancias excepcionales debidamente justificadas la Administración contratante pueda abonar las cantidades oportunas en la liquidación final, como autoriza el artículo 108 del TRLCAP, y otra distinta que, favoreciendo la revisión de precios a la Administración contratante y no habiendo aplicado dicha revisión en las certificaciones o pagos parciales sucesivos satisfechos al contratista, dicha Administración pierda el derecho a aplicar la revisión precios (que le beneficia) en la liquidación final del contrato, y tal es lo que ocurriría –extinción del derecho de la Administración contratante a la revisión de precios que le beneficia– si se entendiese que, por no haber aplicado la revisión de precios en las sucesivas certificaciones, no puede aplicarla en la liquidación final. Este resultado –pérdida del derecho a la revisión de precios por no haberla aplicado en las certificaciones de obra sucesivas– exigiría, dada su trascendencia, una sanción legal expresa, siendo así que no existe en el TRLCAP ninguna previsión que admita ese resultado.

Por consiguiente, se considera conforme a Derecho el proyecto de liquidación de la obra en el que se aplica la revisión de precios a favor de la Autoridad Portuaria.

- III -

La segunda de las cuestiones planteadas queda referida al abono de determinadas partidas no contempladas en el proyecto modificado de obras, que fue aprobado por la Autoridad Portuaria en el mes de diciembre de 2011, así como al abono de otras partidas que deben considerarse pagadas.

Dando por ciertas las afirmaciones contenidas en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Málaga, la cuestión básica que ha de dilucidarse, como se advierte en su página 11, es la procedencia del abono de unidades de obra ejecutadas sin respaldo contractual o, en otras palabras, la procedencia de una reclamación de la empresa contratista referida a nuevas prestaciones que se han realizado sin seguir los procedimientos exigidos por la normativa de contratación en materia de modificación de contratos.

Para dar respuesta en Derecho a esta cuestión, ha de tenerse en cuenta la regla 22.3 de la Orden FOM 4247/2006, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las normas y condiciones generales para la contratación de Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, según la cual “el contrato se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en los pliegos de condiciones y de prescripciones técnicas y/o proyectos aprobados por la entidad contratante”.

Por su parte, y de igual forma, el artículo 143 del TRLCAP, al que se remite expresamente la cláusula VIII.7 del pliego, dispone que “las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras. Cuando dichas instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes”.

La aislada consideración de las normas que se han transcrito impide, en principio, el abono al contratista de las modificaciones realizadas sobre el proyecto originario cuando esas modificaciones no se hubiesen efectuado dando cumplimiento a los requisitos exigidos por la normativa de contratación sobre modificación de los contratos. No obstante, una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido el abono al contratista del importe de esas modificaciones, bien que supeditándolo al cumplimiento de determinados requisitos con objeto de evitar el enriquecimiento injusto que podría producirse a favor de la Administración contratante, vinculando esos requisitos a las exigencias que comportan los principios de buena fe y confianza legítima (artículo 1.258 del Código Civil).

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

En este sentido, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997, 20 de julio de 2005, 2 de octubre de 2006, 18 de diciembre de 2007 y 12 de mayo de 2008, entre otras) la de que, por aplicación de la doctrina de la proscripción del enriquecimiento injusto y del principio de confianza legítima, asiste al contratista el derecho a exigir de la Administración contratante el pago de las obras ejecutadas adicionalmente respecto de las previstas en el proyecto, esto es, las obras derivadas de modificados, aunque éstos no se hayan tramitado con arreglo a las exigencias legales, siempre que esas modificaciones no se deban a la propia iniciativa del contratista ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos o actos de la propia Administración que razonablemente induzcan al contratista a creer que le incumbía ejecutar esas obras adicionales.

Por su parte, en la sentencia del Alto Tribunal de 12 de mayo de 2008 (fundamento de derecho sexto), oportunamente citada en el proyecto de informe, se dice lo siguiente:

“(…) Así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979, 12 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004, recurso de casación 4574/2001).

Incluye también una prórroga de un contrato no pactada aunque si prestada de buena fe por la contratista siguiendo ordenes de la administración (sentencia de 13 de julio de 1984) así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Y también el exceso de obra realizado y que estuvo motivado por una iniciativa de la propia Administración sin que esta hubiere cuestionado su importe (sentencia de 11 de julio de 2003, recurso de casación 9003/1997).

Asimismo, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las autoridades y funcionarios de un Ayuntamiento que contrató de forma ilegal unas obras de pavimentación, se ha aceptado deberían ser pagadas para no producir enriquecimiento injusto del Ayuntamiento, contrario a la justicia distributiva y a la necesidad de restablecerla, a lo que está obligado este Tribunal. (STS 24 de julio de 1992, recurso de apelación 4011/1990)”

Bajo esos parámetros debe examinarse la reclamación, por parte del contratista, de abono de las partidas a las que se hace referencia precisa en el proyecto de informe.

Ante todo, ha de ponerse de manifiesto un dato que llama la atención. Según refleja el informe técnico de la Autoridad Portuaria de Málaga del que se hace eco la Abogacía del Estado consultante (pág. 4 del proyecto de informe), gran parte de las actuaciones que originan el sobrecoste del proyecto inicial fueron ejecutadas con anterioridad al mes de noviembre de 2009 y no se incluyeron en el posterior Proyecto Modificado nº1 redactado en el año 2011 y aprobado por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria el 15 de diciembre de dicho año, proyecto que fue aceptado sin reparo por el contratista, pese a que, se insiste, no recoge gran parte de las unidades de obra sobre las que ahora basa su reclamación. Esta circunstancia no deje de constituir un indicio de la improcedencia, con carácter general, de la reclamación (lo que no exime de efectuar, como después se hará, un examen particularizado de las distintas partidas cuyo abono se pretende ante la posibilidad de que concurran en algunos casos especiales circunstancias que justifiquen su procedencia) y ello en aplicación de la doctrina de los propios actos (sería, en efecto, contrario a la doctrina de los propios actos que la empresa contratista haya prestado su conformidad al proyecto modificado nº 1 en el que no se incluyeron las partidas reclamadas y que luego solicite el abono de su importe).

Entrando en el análisis de las distintas partidas reclamadas, en el proyecto de informe se indica con carácter general que "(...) pese a que se afirme que las obras venían de una orden de la Administración, lo cierto es que, analizando la documentación del expediente, dichas órdenes no constan, lo que es anómalo" (página 14).

Acto seguido, en el proyecto en cuestión, se va concretando, partida a partida, esa afirmación, que se complementa, según los casos, apelando al principio de riesgo y ventura, a la consideración de la partida cuyo abono se solicita como una cantidad a tanto alzado, a la inclusión de la partida reclamada en una liquidación posterior, a la consideración de unos determinados gastos a cargo del contratista según el pliego o a la existencia de razones técnicas.

Pues bien, a la vista de las consideraciones jurídicas realizadas en el proyecto de informe, en línea con el informe de los Servicios Técnicos de la Autoridad Portuaria, y aunque en algún caso se sostiene que la partida reclamada ha sido ya abonada o no resulta admisible su abono desde un punto de vista técnico, resulta oportuno un análisis singularizado de las distintas partidas.

- 1) Partida por parada de feria: Aunque dicha partida no es en realidad una modificación del proyecto originario, sino que su reclamación constituye una indemnización por los perjuicios derivados de la suspensión de las obras, es de reseñar que en el informe técnico se justifica su abono (pág.14 del proyecto de informe), si bien se expresan dudas, dado que no existe cláusula alguna por la cual los costes de parada deban ser asumidos por la Autoridad Portuaria, lo cual, a juicio de este Centro Directivo, y de conformidad con la doctrina del enriquecimiento injusto, no sería determinante si realmente han existido hechos o actos de la propia Administración que hayan podido inducir al contratista a creer que debía paralizar la ejecución de las obras. En este sentido, debería examinarse si el informe del Coordinador de Seguridad y Salud informando a la Autoridad Portuaria de Málaga de los posibles riesgos que implicaban la realización de actividades pirotécnicas por parte del Ayuntamiento de Málaga con ocasión de los festejos tiene entidad suficiente para justificar, por obvias razones de seguridad, la paralización del curso de las obras, ya que, de ser ello así, cabría admitir la reclamación del contratista por este concepto, pues no resultaría coherente que el contratista asumiese los perjuicios derivados de la paralización si razones de seguridad aconsejaban la suspensión de los trabajos.
- 2) Desvío provisional: Según refleja el proyecto de informe (página 15), aparte de no incluirse dicha partida en el modificado redactado y aprobado en 2011, en el informe técnico se hizo constar que el contratista solicitó a la Autoridad Portuaria "un desvío provisional entre el PK. 0+360 y +640, zona donde existía un importante estrechamiento a la circulación de vehículos ante la previsible gran influencia de cruceristas entre los meses de septiembre y diciembre de ese año," añadiéndose en dicho informe técnico que "no aparece ninguna comunicación escrita del Director de Obra al contratista definiendo la actuación a desarrollar y su alcance." Es por ello por lo que no procede atender a la reclamación por este concepto.
- 3) Partida de incremento a distancia a vertederos: La improcedencia de la reclamación por esta partida queda justificada en las consideraciones que se recogen en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Málaga:
 - a) Con arreglo al artículo 3.17 del pliego de prescripciones técnicas, el contratista asume la obligación de efectuar el transporte del material dragado no utilizable como relleno al vertedero; por su parte, el artículo 4.16 de dicho pliego esta partida tiene un precio único, configurándose como una partida a tanto alzado.
 - b) Dado que en el pliego se indica que el vertedero habitualmente utilizado se localiza a una distancia aproximada de 4 millas náuticas, el contratista debería haber comprobado la exactitud de este dato y, caso de encontrarse emplazado el vertedero a una distancia

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

superior, debería haber hecho la oportuna observación o protesta, fijando una cantidad superior.

- 4) Precarga en la Playa: Se reclama, según el informe técnico, el abono de 89.000 euros en ejecución material por los trabajos de precarga ordenada por la Dirección de obra a fin de consolidar la zona de playa entre unos determinados puntos kilométricos para evitar posibles asentamientos diferenciales en la cimentación del muro, reconociéndose que esa prestación se realizó por el contratista.

Se añade, sin embargo, que el pedraplén utilizado para las labores de precarga fue posteriormente utilizado en el dique de cierre del andén y recogido en la liquidación de la Autoridad Portuaria al igual que las obras de demolición que reclama, por lo que únicamente podría tener derecho a la compensación por los trabajos de acopio y posterior carga del material para su vertido en el avance del andén por valor de 18.000 euros.

Aunque el material utilizado para los trabajos de precarga fue empleado en el dique de cierre del andén y así se recogió en la liquidación de la Autoridad Portuaria de Málaga, es lo cierto que se produjeron gastos de acopio y posterior traslado del material por importe de 18.000 euros. Pues bien, aunque, según el artículo 3.5 del pliego de prescripciones técnicas, los gastos de acopio y de material son de cuenta del contratista, no puede desconocerse que lo razonable es entender que esta regla rige para aquellos gastos de acopio y transporte de material vinculados a la ejecución del proyecto, pero no para gastos de acopio y transporte de material que se vinculan a trabajos que, no estando recogidos en el proyecto, se ordenan por la Dirección de obra. Es por ello por lo que vinculados los gastos que se reclaman a un trabajo ordenado por la Dirección de obra, hecho que no se cuestiona, procedería su abono.

5) Enclavamiento del todo 1 del núcleo del dique: En relación con esta partida, el informe del Jefe del Departamento de Desarrollo, tras indicar que “el enclavamiento del todo uno” no debería considerarse en la estricta aplicación del pliego de condiciones técnicas, si bien se admite que su consideración no es una práctica desacertada, añade que parece tratarse de un compromiso adquirido por la Dirección de Obra con el contratista. Pues bien, al margen de que este último aserto no está respaldado documentalmente, no puede desconocerse que el artículo 4.14 del pliego de prescripciones técnicas establece que los precios está incluida “la posible penetración del material”. Así las cosas, y aunque el compromiso contraído por la Dirección de Obra tenga o pueda tener entidad suficiente para generar en el contratista la creencia de que le incumbía ejecutar la obra ordenada, ello no puede llegar al extremo de dejar sin efecto una clara prescripción del pliego, dada la condición de éste como lex contractu, cual es la indicada; procede por ello la desestimación de la reclamación sobre esta partida.

- IV -

Las dos últimas partidas reclamadas, a las que se refiere el punto octavo del proyecto de informe (pág. 17), son la obra de vertido a playa y la obra de dragado del muelle nº 9.

En relación con el vertido a playa, se afirma que la obra fue ordenada por el Director de la Autoridad Portuaria a instancias de la Demarcación de Costas, por lo que, en consonancia con la doctrina jurisprudencial a que se ha hecho referencia, procede el abono de esta partida al contratista.

En cuanto a la partida de dragado del muelle nº 9, en el informe del Jefe del Departamento de Desarrollo se dice que “la reclamación no viene justificada por ningún escrito de la Dirección de Obra ni de la Autoridad Portuaria de Málaga ordenando estos trabajos”, añadiendo que “tampoco aparece en el expediente de esta Autoridad Portuaria, o al menos al que se ha tenido acceso, referencias a estas órdenes”.

No obstante, en el propio informe del Director del Departamento de Desarrollo se dice que “estas actuaciones han sido confirmadas por el Jefe de Unidad de Proyectos y Obras de la APM” y que “han sido recogidas en la propuesta de liquidación de marzo y abril de 2013 elaborada por la Autoridad Portuaria de Málaga.

Estas afirmaciones ponen de manifiesto, por una parte, la realidad de las actuaciones y, por otra parte y sobre todo, la existencia de actos propios de la Autoridad Portuaria al incluirlas en la propuesta de liquidación de marzo y abril de 2013, lo cual debería determinar, al menos, un nuevo examen de la partida de que se trata bajo los parámetros de la doctrina de enriquecimiento injusto, ya que la inclusión de esta partida en la referida propuesta de liquidación no deja de ser una aceptación de la obra por la Administración contratante, circunstancia que puede fundar el abono al contratista.

- V -

Por último, se consulta, al margen de lo dictaminado si, en el caso de que se confirmase el criterio de la Abogacía del Estado consultante, la Autoridad Portuaria de Málaga debe ejercitar acciones civiles para reclamar del contratista el exceso de liquidación que resulta a su favor o si, por el contrario, resultaría más conveniente esperar al previsible ejercicio de acciones por parte de la contratista contra la Autoridad Portuaria y formular la reconvencción.

Respondiendo a esta cuestión, ha de indicarse que, para dejar clara desde el primer momento la posición de la Autoridad Portuaria, en el caso de que la empresa contratista no estuviese de acuerdo con la liquidación final, se aconseja el ejercicio de la oportuna acción civil para reclamar de dicha empresa el exceso de liquidación que resulte a favor de aquella entidad pública, sin esperar al ejercicio más que previsible de acciones por parte de la contratista y sin perjuicio, claro está, de una posible acumulación judicial de procesos.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Se considera conforme a Derecho el proyecto de liquidación de la obra, en el que se aplica la revisión de precios a favor de la Autoridad Portuaria de Málaga. Aunque la revisión de precios no se efectuó en las certificaciones parciales de obra, cabe aplicarla en la liquidación final.

Segunda.- En relación con la procedencia de abonar al contratista las partidas reseñadas en el apartado III del presente informe, deberían tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el mismo.

Tercera.- Para dejar clara desde el primer momento la posición de la Autoridad Portuaria, en el caso de que la empresa contratista no estuviese de acuerdo con la liquidación final, se aconseja el ejercicio de la oportuna acción civil para reclamar de dicha empresa el exceso de liquidación que resulte a favor de aquella entidad pública.

37- Informe solicitado por la Presidencia de Puerto Seco de Madrid S.A. acerca del criterio jurídico a seguir a raíz de un informe del Tribunal de Cuentas considerando a dicha sociedad como poder adjudicador en el marco del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Resumen

Consulta formulada por la Presidencia de Puerto Seco de Madrid, S.A. acerca del criterio jurídico que debe ser asumido por ésta y, en su caso, sobre la necesaria modificación de las vigentes Instrucciones internas de contratación, informadas por la Abogacía General del Estado y aprobadas por el Consejo de Administración de Puerto Seco de Madrid, S.A., a raíz del Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas para el "Análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por las Empresas Estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público".

La entidad Puerto Seco de Madrid, S.A. de acuerdo con el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas indicado, aprobado por el Pleno del Tribunal el 27 de marzo pasado, debe considerarse poder adjudicador.

La modificación de las instrucciones internas de contratación de la sociedad, derivada de su consideración como poder adjudicador, será, en su caso, una consecuencia de las Resoluciones que en ese sentido pueda adoptar la Comisión Mixta Congreso- Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas con motivo de la presentación del Informe por parte del Presidente del Tribunal de Cuentas, resoluciones que, a día de hoy, no consta que hayan sido adoptadas todavía.

Ref: A.G. ENTES PÚBLICOS 29/14 (R-502/14)

Fecha: 30 de junio de 2014

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, en virtud del Convenio de Asistencia Jurídica suscrito el 10 de marzo de 2004 entre la Abogacía General del Estado y la sociedad estatal Puerto Seco de Madrid, S.A., ha examinado la consulta formulada por la Presidencia de la indicada sociedad acerca del criterio jurídico que debe ser asumido por ésta y, en su caso, sobre la necesaria modificación de las vigentes Instrucciones internas de contratación, informadas por la Abogacía General del Estado y aprobadas por el Consejo de Administración de Puerto Seco de Madrid, S.A., a raíz del Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas para el "Análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por las Empresas Estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público".

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) Partiendo de la consideración de Puerto Seco de Madrid, S.A. (en adelante, Puerto Seco) como poder no adjudicador, este Centro Directivo emitió, el 24 de marzo de 2009, informe sobre las Instrucciones Internas de Contratación de la sociedad pública indicada (Ref: A.G. Entes Públicos 34/09).

2) Con fecha 3 de septiembre de 2013 se dio traslado a la sociedad estatal Puerto Seco del Anteproyecto de Informe de Fiscalización para el “Análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por las Empresas Estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” elaborado por el Tribunal de Cuentas, a los efectos de presentar las alegaciones que se estimasen oportunas.

En el Anteproyecto indicado, el Tribunal de Cuentas realiza un “Análisis de la consideración de las empresas estatales como poderes adjudicadores,” con arreglo al cual la empresa estatal Puerto Seco tiene la consideración de poder adjudicador.

- 3) El 10 de septiembre de 2013 (con fecha de entrada en el Tribunal de Cuentas el 24 del mismo mes), se formularon las alegaciones pertinentes al citado Anteproyecto. En el particular cuestionado se indicó únicamente que, “toda vez que la Abogacía General del Estado informó sobre las Instrucciones internas de contratación de PUERTO SECO DE MADRID, S.A., que se redactaron bajo la consideración de que PUERTO SECO DE MADRID, S.A. no es poder adjudicador, desde esa mercantil se ha realizado una consulta a la Abogacía General del Estado al respecto de este particular y, en consecuencia, una vez se reciba la contestación de la misma se procederá a informar al Tribunal de Cuentas y, acto seguido según corresponda en relación a las Instrucciones internas de contratación de PUERTO SECO DE MADRID, S.A.”
- 4) El 10 de octubre de 2013, por parte de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, se emitió el informe solicitado en el que se concluía que se apreciaba fundamento jurídico suficiente para considerar que la Sociedad Estatal Puerto Seco de Madrid, S.A. reúne la condición de poder no adjudicador.
- 5) El 5 de noviembre siguiente tuvo entrada en el Tribunal de Cuentas un oficio del Presidente de Puerto Seco, fechado el 30 de octubre de 2013, en el que se da cuenta de las gestiones derivadas de las alegaciones formuladas al anteproyecto y especialmente de la conclusión final a la que había llegado este Centro Directivo acerca de la consideración de la sociedad como poder adjudicador, adjuntado una copia del informe de 10 de octubre de 2013.
- 6) El 27 de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal de Cuentas aprobó el Informe de Fiscalización para el “Análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por las Empresas Estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, en el que se concluye que la calificación más ajustada al ordenamiento jurídico, interpretado de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, de Puerto Seco habría sido la de poder adjudicador.

El apartado I.3 del Informe, relativo al trámite de alegaciones con las empresas estatales analizadas, señala en su parte final que:

“Todos los escritos presentados se acompañan a este informe y las alegaciones formuladas han sido analizadas y valoradas, introduciéndose en el texto los cambios que se han considerado. En los casos en que el texto inicial no se ha alterado porque no se comparten las opiniones o juicios que se contienen en las alegaciones, se ha dejado constancia de esta circunstancia en el informe, en el apartado o anexo correspondiente en el que figura el contenido objeto de la alegación. Por último, cuando se ha entendido que las alegaciones formuladas son meras explicaciones o comentarios de hechos o situaciones descritos en el Informe así como de otros a los que no se hace referencia en él, estas no han sido objeto de contestación.

Con posterioridad al periodo concedido para alegaciones se han recibido escritos con alegaciones de 2 entidades que se han analizado y valorado, estimándose que la información que contenían no justificaba su consideración a efectos del tratamiento de alegaciones”

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Por su parte, el apartado II.1.3 del mencionado informe, relativo a la consideración de las empresas estatales analizadas como poderes adjudicadores, se hace referencia en su parte final a la documentación y a las fuentes de información empleadas por el Tribunal de Cuentas para determinar el carácter de poder adjudicador de las entidades en cuestión, así como a la disconformidad de algunas de ellas con la misma. Existen dos notas a pie de página, la 6 y la 7, donde se da cuenta de las alegaciones de diversas entidades basadas en informes de este Centro Directivo. En este sentido, la nota 6 dispone:

“En relación con lo manifestado en alegaciones por diversas entidades, el informe que, según el artículo 191 del TRLCSP, debe emitir la Abogacía del Estado, con carácter previo a la aprobación de sus instrucciones internas de contratación por los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública, debe pronunciarse sobre el cumplimiento de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación en los procedimientos de adjudicación previstos en esas instrucciones, sin que se indique en ese precepto la necesidad de su pronunciamiento sobre la calificación jurídica de la entidad, que constituye un paso previo a la elaboración de las instrucciones internas”

Por otro lado, la nota 7, en la que podría tener acomodo el informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de fecha 10 de octubre de 2013, sobre la consideración de Puerto Seco como poder no adjudicador, dispone:

“En relación con lo manifestado en alegaciones de diversas entidades, en la elaboración de este Informe se han tenido en consideración los criterios recogidos en las instrucciones, circulares e informes tanto de la Abogacía General del Estado como del Servicio Jurídico del Estado que presta servicios en esas entidades, aunque no en todos los casos se hayan compartido, tal y como queda reflejado en el texto de este Informe”

El mismo apartado II.1.3. del informe, después de señalar que para el 74% de esas empresas la calificación más ajustada al ordenamiento jurídico, interpretado de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, habría sido la de poder adjudicador, termina diciendo que “la calificación individualizada por entidades que, como resultado de los análisis efectuados, se ha considerado más adecuada para el período fiscalizado, de acuerdo con los criterios expuestos en este Informe, se incluye en el Anexo I, así como las aclaraciones a las alegaciones en las que se ha manifestado la disconformidad con la calificación como poder adjudicador”

No existe, en dicho Anexo I, aclaración alguna a las alegaciones formuladas por Puerto Seco, salvo la consideración sin más de esta sociedad estatal analizada, al igual que otras muchas, como poder adjudicador (anexo I.B) .

7) El 6 de mayo de 2014, el Consejero encargado de la Sección de Fiscalización del Tribunal de Cuentas, en respuesta al escrito de 30 de octubre de 2013, comunicó al Presidente de Puerto Seco de Madrid, S.A. la aprobación por el Pleno del Tribunal de 27 de marzo de 2014 del informe de fiscalización de referencia y que, según la redacción del mismo, “se considera que habría sido más ajustado al ordenamiento jurídico, interpretado de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, en el período fiscalizado (16 de diciembre de 2011 al 31 de diciembre de 2012), se hubiera atribuido a la Sociedad que Ud. Preside la calificación de poder adjudicador”

No obstante, en el último párrafo del informe, añade:

“En cuanto a la necesidad de modificación de las instrucciones internas de contratación, le informo que, con independencia de la competencia que el órgano de administración de la Entidad tiene de modificar esas instrucciones internas siempre que lo considere necesario, la obligación de llevar a cabo dicha modificación será, en su caso, una consecuencia de las Resoluciones que en ese sentido pueda adoptar la Comisión Mixta Congreso- Senado para

las Relaciones con el Tribunal de Cuentas con motivo de la presentación del Informe por parte del Presidente del Tribunal de Cuentas”.

FUNDAMENTO JURÍDICO

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado se ratifica en su informe de 10 de octubre de 2013 acerca de la consideración de la entidad Puerto Seco de Madrid, S.A. como poder no adjudicador, dando por reproducidas aquí las consideraciones en que se fundamentó dicha calificación.

El Tribunal de Cuentas, supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público (artículo 136 de la Constitución) discrepa de esa calificación. Aunque, dado el tenor literal de las conclusiones sobre este extremo concreto, el criterio del Tribunal de Cuentas sobre el particular, basado en consideraciones jurídicas generales acerca del concepto de poder adjudicador a la luz de la jurisprudencia comunitaria, sin un razonamiento concreto en relación a la entidad analizada, podría considerarse como un parecer más que un mandato, la posición institucional del Órgano fiscalizador determina que debe aceptarse la calificación otorgada por el mismo, lo que tienen por consecuencia la consideración de Puerto Seco como poder adjudicador.

En todo caso y por lo que se refiere a la modificación de las instrucciones internas de contratación, habrá de tenerse en cuenta la advertencia final contenida en el oficio remisorio del Consejero del Tribunal de Cuentas, en el sentido de que, la obligación de llevar a cabo dicha modificación será, en su caso, una consecuencia de las Resoluciones que en ese sentido pueda adoptar la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas con motivo de la presentación del Informe por parte del Presidente del Tribunal de Cuentas, resoluciones que, a día de hoy, no consta que se hayan adoptado todavía.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La entidad Puerto Seco de Madrid, S.A, de acuerdo con el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas para el “Análisis de la adecuación de los procedimientos de contratación aplicados por las Empresas Estatales no financieras al marco legal establecido a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,” aprobado por el Pleno del Tribunal el 27 de marzo pasado, debe considerarse poder adjudicador.

Segunda.- La modificación de las instrucciones internas de contratación de la sociedad, derivada de su consideración como poder adjudicador, será, en su caso, una consecuencia de las Resoluciones que en ese sentido pueda adoptar la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas con motivo de la presentación del Informe por parte del Presidente del Tribunal de Cuentas, resoluciones que, a día de hoy, no consta que hayan sido adoptadas todavía.

38.- Informe sobre trámite a seguir ante la detección de determinadas unidades de obra de un proyecto de obra no aprobadas por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria.

Resumen

Consulta sobre el trámite a seguir ante la detección de determinadas unidades de obra del “Proyecto de Desarrollo Portuario de las Fase II en la margen derecha de la Ría de Avilés”, a la vista del borrador de informe elaborado por el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con la Autoridad Portuaria de Avilés.

Consideración del contrato como un contrato privado comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de Sectores Excluidos. Al adjudicarse el contrato con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en materia de modificación contractual, habría que tener presente lo dispuesto en la regla 16 de la Orden FOM/4003/2008, a la que se remite el apartado 15.1 del pliego y que admite la introducción de modificaciones en el contrato por razones de interés público y para atender causas imprevistas, sin que puedan alterarse sustancialmente las condiciones del contrato ni superarse, aislada o conjuntamente, el 20 por 100 del precio de adjudicación. Procedencia, en este caso, de la modificación al cumplirse con esos parámetros. También resultaría procedente si, como se analiza en el expediente, se tiene presente la regulación contenida en el actual TRLCSP (artículo 107) en materia de modificación no convencional, consecuencia de la ley 2/2011, al ser una exigencia anterior de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Falta de aprobación por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria exigida por el pliego y la Orden FOM, citada, de la modificación, estando ya concluidas y pagadas las obras realizadas. Procedencia en este momento de adoptar el oportuno acuerdo, de conformidad con la doctrina sobre el particular del Consejo de Estado, que se cita, como trámite previo a la recepción de las obras.

Ref: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 30/14 (R-1033/14)

Fecha: 30 de diciembre de 2014

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado, al amparo del artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio y de la Instrucción 1/2005, de 22 de junio, sobre régimen de coordinación de los Convenios de Asistencia Jurídica, ha examinado el proyecto de informe elaborado por el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con la Autoridad Portuaria de Avilés (Asturias) sobre el trámite a seguir ante la detección de determinadas unidades de obra del “Proyecto de Desarrollo Portuario de la Fase II en la margen derecha de la Ría de Avilés” que no fueron elevadas para su aprobación al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Avilés.

El proyecto de informe viene acompañado de la documentación oportuna relativa a las unidades de obra de referencia.

Este Centro Directivo, con carácter general, muestra plena conformidad con las conclusiones del proyecto de informe remitido en el que se sostiene, de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, que la subsanación del trámite omitido discurriría por la remisión al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria para su aprobación del Informe técnico elaborado al efecto sobre el alcance de las modificaciones introducidas en el proyecto.

No obstante, con el fin de dejar clara la posición de la Abogacía General del Estado—Dirección del Servicio Jurídico del Estado, resulta oportuno realizar una serie de consideraciones jurídicas sobre el particular sometido a consulta, comenzando, no obstante, con los antecedentes.

ANTECEDENTES

1º) En su escrito de consulta, el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con la Autoridad Portuaria de Avilés, recoge como antecedentes los siguientes:

“PRIMERO.- En sesión celebrada el 20 de diciembre de 2010, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Avilés, acordó, por unanimidad de sus miembros, adjudicar a “XXX, S.A. – y “ZZZ, S.A., Unión Temporal de Empresas Ley 18/1992, de 26 de mayo”(abreviadamente UTE YYY), la contratación de las obras del “Proyecto de Desarrollo Portuario de la Fase II en la margen derecha de la Ría de Avilés,” por un importe de adjudicación de 31.705.062,74 €, sin incluir el IVA.

SEGUNDO.- Con fecha 3 de junio de 2013, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Avilés aprobó al amparo de la regla 16 de la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, una modificación del citado contrato, por un importe adicional de 2.387.507,24 €, sin incluir el IVA. La precitada modificación se realizó al objeto de introducir una unidad de obra que no figuraba en el contrato original, cuya necesidad obedeció a la aparición inesperada de material de dragado compacto y cohesivo, con arreglo a la propuesta técnica motivada presentada por la Directora de obras de la Autoridad Portuaria de Avilés con fecha 25 de marzo de 2013. El presupuesto líquido vigente del contrato pasó entonces a ser de 34.092.569,98 €, IVA excluido

TERCERO.- Por otra parte, en el transcurso de la ejecución de las obras, la Dirección Facultativa incorporó nuevas unidades de obra al contrato, apoyadas en los correspondientes informes técnicos, tras dar audiencia al contratista, y sin elevar la incorporación de las nuevas unidades al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria.

CUARTO.- El 31 de julio de 2014 finalizó el plazo de ejecución de las obras de “Desarrollo Portuario de la Fase II en la margen derecha de la Ría de Avilés”; previamente a la recepción de las obras por parte de la Inspección General del Ministerio de Fomento, la Autoridad Portuaria de Avilés estima precisa la intervención del órgano de contratación a fin de subsanar el trámite omitido, referido en el precitado antecedente tercero

QUINTO.- Mediante oficio de 9 de diciembre de 2014 el Presidente de la Autoridad Portuaria de Avilés expone que «El Director de la Autoridad Portuaria de Avilés y la Directora de las obras han suscrito, recientemente, informe técnico para la recepción de las obras, en el que se plantea la conveniencia de subsanar; con carácter previo a dicha recepción, el trámite omitido de incorporación de unidades 11 ileliaS al contrato durante su ejecución. Dicho informe completa el expediente del contrato, justificando la necesidad de las modificaciones efectuadas», y solicita al Servicio Jurídico del Estado en Asturias, al amparo del correspondiente Convenio de Asistencia Jurídica, informe «para que se indique la forma de proceder, desde el punto de vista jurídico, para subsanar el trámite omitido y proceder a la recepción de las obras.

SEXTO.- Dada la trascendencia y complejidad jurídicas de la cuestión planteada, así como el propio interés general ínsito en la obra pública ejecutada, a recibir próximamente, se procede a elevar consulta por esta Abogacía del Estado periférica en el ámbito de sus competencias, a ese digno Órgano al amparo del art. 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado y de la Regla Primera 1 h) y de la Regla Segunda 1. 1.1.3 de la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo.”

2º) Tras las consideraciones jurídicas que se consideran pertinentes, el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica de la Autoridad Portuaria de Avilés termina formulando en su propuesta de informe las siguientes conclusiones:

“PRIMERA.- Por cuanto antecede, teniendo en cuenta que como se expresa en el Informe Técnico de reiterada cita «Las nuevas unidades, acordadas por la Dirección Facultativa de las obras, han sido ejecutadas y abonadas», además de «correcta y completamente ejecutadas», que «no se Izan producido sobrecostes respecto a las partidas presupuestarias habilitadas por la Autoridad Portuaria, ya que la obra se ha ejecutado por debajo del presupuesto inicialmente previsto en la licitación>>, que «Desde el punto de vista técnico, de los datos del expediente y del análisis de los mismos realizados en el presente informe, así como de la obra ejecutada, se considera que la introducción de las nuevas unidades está debidamente justificada>>, así como del criterio mantenido por el Consejo de Estado en sus Dictámenes 1281/1994, de veintiuno de julio, 1834/1995, de once de octubre, 454/1996, de ocho de febrero, y 216/1997, de veinte de marzo, y de las justificaciones contenidas en el Informe del Director de la Autoridad Portuaria de Avilés y de la Directora de las Obras, se considera que ha de subsanarse el trámite omitido.

SEGUNDA.- De estimar procedente ese alto Órgano consultivo la subsanación del trámite omitido, se considera que la misma discurriría por la remisión al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Avilés del “Informe Técnico para la recepción de las obras de “Desarrollo Portuario de la Fase II en la Margen Derecha de la Ría de Avilés”, con sus anejos, para que sobre la base de las consideraciones en el mismo contenidas estimando «que la introducción de las nuevas unidades está debidamente justificada», así como de que «las unidades han sido correcta y completamente ejecutadas», y de conformidad con el expresado criterio del Consejo de Estado, se subsanen las novaciones contractuales ya ejecutadas, si bien subrayando que la intervención del Consejo de Administración en este trámite sobrevenido y posterior a la ejecución de las unidades de obra objeto del precitado Informe Técnico, se efectuaría a la vista del Informe Técnico de reiterada cita, en el que se indica que se tratan de obras «correcta y completamente ejecutadas» y «abonadas», que «no se han producido sobrecostes respecto a las partidas presupuestarias habilitadas por la Autoridad Portuaria, ya que la obra se ha ejecutado por debajo del presupuesto inicialmente previsto en la licitación», y que aquel «considera que la introducción de las nuevas unidades está debidamente justificada», del criterio expuesto del Consejo de Estado, y de modo especial, del criterio expresado por la Abogacía General del Estado a la vista del resultado de la consulta que mediante el presente escrito se formula en el supuesto de que por esa digna Abogacía General se estimara procedente el descrito modo de subsanación de las obras. »

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Como con acierto hace el proyecto de informe, es necesario, en primer lugar, determinar la normativa aplicable al contrato y a las modificaciones introducidas en el mismo durante la ejecución de la obra.

En este sentido, es esencial el pliego de condiciones administrativas particulares del contrato que, en su apartado 4.1, relativo al régimen jurídico, dispone:

«El contrato objeto de este Pliego se regula con sujeción al mismo y al resto de documentos contractuales que rigen la presente licitación, y está comprendido en el ámbito de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, en adelante Ley 31/2007, y se regirá por dicha ley, siendo de aplicación supletoria la regulación prevista en la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los

procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, en adelante Orden FOM/4003/2008, de acuerdo con lo previsto en el artículo 175.b) y la Disposición Adicional Vigésimo Quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.»

Por su parte, el apartado 15.1 del pliego, relativo a la modificación del contrato, dispone que “el régimen de modificaciones del contrato será el establecido en la Regla 16 de la Orden FOM/4003/2008. En ningún caso los Responsables del Contrato o el adjudicatario podrán introducir o realizar modificaciones en los trabajos comprendidos en el Contrato, sin la debida aprobación de la modificación y del presupuesto resultante como consecuencia de ello”

Como complemento de lo expuesto, la cláusula novena del contrato, firmado el 27 de enero de 2011, dispone:

«Este contrato está sujeto a lo establecido en sus Cláusulas, a las del Pliego de Condiciones Particulares aprobado y a las demás normas de Derecho privado, y está celebrado al amparo de la Orden FOM/4003/2008, [...]»;

En la cláusula precedente, se contemplan, entre las causas de resolución del contrato: «La falta de acuerdo sobre las modificaciones del contrato, cuando éstas no se ajusten a lo previsto en la regla 16 de la Orden FOM/4003/2008.»

- II -

Lo primero que ha de precisarse es que el contrato en cuestión celebrado por la Autoridad Portuaria es un contrato privado comprendido en el ámbito de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (apartado 4.1 del pliego y cláusula novena del contrato), texto legal que resulta aplicable a su preparación y a su adjudicación, siéndolo con carácter supletorio la Orden FOM/4003/2008.

En materia de modificaciones, por expresa previsión del pliego (apartado 15.1), ha de estarse a lo dispuesto en la regla 16 de la Orden FOM/4003/2008, que aprueba las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, regla que sigue las pautas del antiguo artículo 202 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP).

A los pocos meses de adjudicarse el contrato, lo que tuvo lugar el 20 de diciembre de 2010, se aprobó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES) que en su disposición final decimosexta introduce importantes modificaciones en materia de contratación pública. En especial, y por lo que ahora importa, en materia de modificación de contratos, introduce un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP. Uno de los problemas que plantea la nueva normativa es la aplicación de sus previsiones a los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, que tuvo lugar el 6 de marzo de 2011.

Sobre este importante extremo, la Circular 1/2011, de 7 de abril de este Centro Directivo, sobre régimen de modificación de los contratos del Sector Público establece unas pautas claras. En este sentido, su apartado III C), dedicado al derecho transitorio, comienza reproduciendo la disposición transitoria séptima de la Ley 2/2011, según la cual:

“Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”

A la vista de este precepto, hace las siguientes consideraciones:

- “1) Aunque la disposición transitoria transcrita no se refiera expresamente a la modificación del contrato, ha de entenderse que ésta queda comprendida en el ámbito de dicha norma transitoria, ya que la modificación del contrato queda regulada en el capítulo IV del libro cuarto de la LCSP, libro que lleva por rúbrica la de “Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”
- 2) El criterio correcto, por ajustado al Derecho de la Unión Europea, consiste en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y ello en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge ex novo, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea y, como se ha dicho, su implantación venía motivada por el desajuste del Derecho español al Derecho de la Unión Europea, desajuste que se plasmaba no sólo en la LCSP, sino también en textos legales anteriores (Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio). Ahora bien, siendo éste el criterio correcto, es lo cierto que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados a la entrada en vigor de la LES”

Sobre esta base, teniendo en cuenta que el contrato se adjudicó con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, el nuevo régimen de modificación de la contratación pública previsto en el mismo no sería aplicable al contrato de referencia que, por tanto, se seguiría rigiendo por lo dispuesto en la regla 16 de la Orden FOM/4003/2008.

Partiendo de ello, y al margen del cumplimiento de las formalidades precisas para su aprobación, el incremento en el número de unidades de obra producido, a la vista del informe técnico aportado, tendría acomodo como modificación del contrato en las previsiones contenidas en la indicada regla 16.1 de la Orden FOM/4003/2008 que, con carácter general, admite la introducción de modificaciones en el contrato por razones de interés público y para atender causas imprevistas, sin que puedan alterarse sustancialmente las condiciones del contrato ni superarse, aislada o conjuntamente, el 20 por 100 del precio de adjudicación.

No obstante, en línea con lo indicado en la Circular 1/2011, teniendo en cuenta la asunción que se hace en el contrato de la normativa de la LCSP en materia de modificación contractual y tal y como se indica en el informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado de 24 de noviembre pasado, resulta apropiado valorar la modificación realizada a la luz de las nuevas previsiones en la materia de la LES, que modificó la LCSP, incorporadas ya 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 (en adelante TRLPPEM).

En efecto, a pesar de lo señalado en la disposición transitoria séptima de esta última Ley –como se indica en la Circular 1/2011– se puede entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo a los contratos que se adjudiquen tras la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal y que actualmente están en fase de ejecución, y ello en razón de que ese régimen de modificación de los contratos no surge ex novo, sino que venía exigido por el Derecho de la Unión Europea y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a partir de la sentencia de 29 de abril de 2004 (asunto *Succhi di Frutta*).

Pues bien, los artículos 105 y siguientes del TRLPPEM regulan la modificación de los contratos distinguiendo a tal efecto entre modificación convencional y modificación legal. La primera regulada en el artículo 106 establece unas exigencias muy precisas que, difícilmente, cumpliría la previsión en materia de modificación del contrato de la cláusula 15.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de referencia, que se remite simplemente a la regla 16 de la Orden FOM/4003/2008, por lo que hay que analizar la procedencia de la

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

modificación producida bajo los parámetros de la denominada modificación legal (no convencional) del artículo 107 del TRLPEMM.

Así lo hace, con sumo detalle, el informe técnico que sintetiza en cinco fichas aquellas unidades de obra ya ejecutadas e incorporadas por la Dirección Facultativa en el desarrollo de las obras sin elevarlas para su aprobación al Consejo de Administración llegando a las siguientes conclusiones:

“ - Desde el punto de vista técnico, de los datos del expediente y del análisis de los mismos realizados en el presente informe, así como de la obra ejecutada, se considera que la introducción de las nuevas unidades está debidamente justificada. Las unidades han sido correcta y completamente ejecutadas, y no se considera que se hayan modificado la función y características esenciales de la obra inicialmente contratada.

Desde el punto de vista económico, no se han producido sobrecostos respecto a las partidas presupuestarias habilitadas por la Autoridad Portuaria, ya que la obra se ha ejecutado por debajo del presupuesto inicialmente previsto en la licitación. El incremento de presupuesto final sobre la cantidad adjudicada es inferior al 10 %, y de él, únicamente el 1,66 % se corresponde con la ejecución de las nuevas unidades objeto del presente informe técnico.

En el caso de que las unidades incorporadas se hubiesen tramitado en expedientes de modificación de contrato de forma sucesiva, conforme a lo establecido en la Orden FOM 4003/2008, en las fechas en las que fueron acordadas por la Dirección Facultativa, tampoco se habría superado en ningún momento durante el transcurso de la obra un incremento por modificaciones de contrato superior al 10% sobre la cantidad adjudicada.

Desde el punto de vista administrativo, se considera que la introducción de estas nuevas unidades se enmarcaría dentro de los supuestos aplicables a la modificación de contratos, recogidos en la legislación. (...):”

- III -

A la vista de todo lo expuesto y ante la falta de aprobación de las modificaciones producidas por parte del órgano de contratación, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria, exigida por el apartado 15.1 del pliego y por la regla 16.4. f) de la Orden FOM/4003/2008, el informe técnico y el proyecto de informe del Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica consideran necesario completar la tramitación subsanando el trámite omitido con la adopción en este momento del oportuno acuerdo por parte de ese órgano como paso previo a la recepción de las obras.

Pues bien, como se indica en el proyecto de informe, la doctrina del Consejo de Estado plasmada, entre otros, en sus dictámenes 1281/1994, de 21 de julio, 1834/1995, de 11 de octubre, 454/1996, de 8 de febrero y 216/1997, de 20 de marzo, ha mantenido que, en los casos de reformados anticipados, “por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar su aprobación y contraviniendo de forma flagrante el procedimiento legalmente establecido” y “antes de que se emitan los dictámenes preceptivos”, cabe, a la vista de las circunstancias concurrentes, la convalidación a posteriori de la situación creada y consumada de facto con la ejecución material de la modificación, sin perjuicio de la obligación de la Administración de depurar las responsabilidades administrativas, conjugando esta doctrina en ocasiones con la del enriquecimiento sin causa en los casos de obras ejecutadas por orden o de conformidad con la dirección.

Así, en el dictamen 454/96, de 8 de febrero de 1996, se afirma lo siguiente por el Alto Órgano consultivo:

“Finalmente, no puede pasar por alto este Consejo de Estado que la mayor parte de las obras cuya modificación se tramita hayan sido ejecutadas, como se infiere del informe del

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Inspector General, de 30 de junio de 1994, obrante en el expediente, y pone de relieve el informe emitido por la Intervención General. La modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente establecido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeta a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente (Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado).

En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado de 'reformado anticipado', por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo de forma flagrante el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en numerosos dictámenes relativos a expedientes análogos al presente- ha venido recordando de modo reiterado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues como apuntan los dictámenes nº 1.281/94, de 21 de julio de 1994, y 1.834/95, de 11 de octubre de 1995, 'la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública'; sin que puedan conferir virtualidad justificativa alguna al quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, razones de urgencia o de eficiencia económica, como las argüidas en la presente consulta.

En este sentido, a tenor del informe del Inspector General, resulta que 'las obras se encuentran en ejecución'. Esto es, las obras se están llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Inspección General, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo, Asesoría Jurídica y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado 'a posteriori' para convalidar, sin duda, la situación creada y consumada 'de facto' con la ejecución material de la modificación.

Tales anomalías, que contravienen frontalmente las prescripciones legales, han trascendido al aspecto de financiación de la obra pública, pues, como aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del consiguiente crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado expedido por el Jefe de Contabilidad precedente.

Por todo ello, el Consejo de Estado, en el ejercicio de su función garantista, aprecia -por razones de interés público- la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación propuesta, si bien ello no obsta las consideraciones realizadas en torno a las anomalías detectadas, ni releva al Departamento ministerial de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir, por ejecutar obras no autorizadas:

Y en el dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre, indicó el Consejo de Estado lo siguiente:

"En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado como de 'reformado anticipado', por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes nº 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos

contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública.

En este sentido, a tenor del anteriormente mencionado informe de la Inspección de la Contratación de la Obra Pública, resulta que las obras se estaban llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Asesoría Jurídica, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado 'a posteriori' para 'convalidar', sin duda, la situación creada y consumada 'de facto' con la ejecución material de la modificación.

Tales anomalías, que rebasan y contravienen frontalmente las prescripciones legales, por lo demás, han trascendido al aspecto de la financiación de la obra pública, pues, como se infiere de las actuaciones remitidas y aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado.

Por todo ello, el Consejo de Estado en el ejercicio de su función de garantía, aunque en la situación a que se ha llegado -con mejora en las soluciones técnicas advenida por los órganos técnicos informantes- puede aceptar la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación, debe señalar, con especial énfasis y severidad, que ello no enerva el valor esencial de las consideraciones efectuadas -habida cuenta las deficiencias e imprevisiones advertidas en el proyecto de obras originario- ni releva a ese Departamento de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir."

En fin, en el dictamen 1281/1994 se afirma "(...) resulta que las obras están completamente terminadas y puestas en servicio desde los primeros meses de 1992 (...)", no obstante lo cual el Consejo de Estado acepta la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación.

Esa doctrina es plenamente trasladable al caso suscitado.

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

CONCLUSION

Tal y como propone el proyecto de informe del Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con la Autoridad Portuaria de Avilés, procede elevar el expediente incoado al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Avilés para que, sobre la base de las consideraciones contenidas en los informes técnico y jurídico, subsane la situación creada y consumada de facto con la ejecución material de la modificación, aprobando las modificaciones introducidas durante la ejecución del "Proyecto de Desarrollo Portuario de la Fase II en la margen derecha de la Ría de Avilés" como trámite previo a la recepción de las obras.

39.- Informe sobre el procedimiento de modificación de los contratos de obras de las Autoridades Portuarias para los supuestos en los que resulte preciso aprobar precios contradictorios durante su ejecución.

Resumen

Examen del Título V del TRLCSP, que regula la “Modificación de los contratos”. Para que pueda efectuarse una modificación en el contrato no prevista en el pliego o en el anuncio de licitación, es necesario acreditar debidamente la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 107 del TRLCSP y que no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación.

Ejecución de nuevas unidades de obra no previstas en el proyecto inicial. Encaje en el supuesto previsto en el apartado 1.a) del artículo 107. Aunque sea reducida la incidencia determinante del número de unidades de obra se trataría, en principio, de un supuesto de modificación del contrato siendo necesario fijar precios contradictorios, como establece el artículo 234.2 del TRLCSP. El llamado expediente de precios contradictorios sería un trámite más del procedimiento de modificación del contrato, con la única excepción del supuesto previsto en el último párrafo del artículo 234.3 del TRLCSP incremento no superior al 10 por 100 del precio). Doctrina de la JCCA.

Los demás casos serían supuestos de modificación del contrato para los que es necesario tener en cuenta las previsiones contenidas en el artículo 16.4 de la Orden FOM/4003/2008, siendo necesario el informe de Puertos del Estado cuando éste sea preceptivo. Lo será en los casos del artículo 18. 1.e) del TRLPEMM y reglas 2.1.e) y 10 de la Orden FOM/4003/2008, en los que el proyecto original fue ya informado por Puertos del Estado

Interpretación del artículo 234.3 del TRLCSP. Todos los casos de modificación del contrato requieren la modificación del proyecto. Exposición de las razones que llevan a esa conclusión.

REF: A.G. ENTES PÚBLICOS 77/15 (R-651/2015)

Fecha: 22 de octubre de 2015

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 “el procedimiento de modificación de los contratos de obras de las Autoridades Portuarias para los supuestos en los que resulta preciso aprobar precios contradictorios durante su ejecución”. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- | -

A fin de centrar convenientemente la cuestión suscitada conviene referirse, en primer término, a los distintos criterios del Director de la Autoridad Portuaria de Barcelona y del Abogado del Estado vocal del Consejo de Administración de dicha entidad pública sobre el asunto consultado.

El Director de la Autoridad Portuaria de Barcelona considera que:

“(…) desde un punto de vista estrictamente técnico, los expedientes de precios contradictorios no pueden identificarse con auténticas modificaciones de proyectos. Se refieren a aspectos muy puntuales, supuestos muy menores que se suscitan durante la ejecución de las obras y que para darles respuesta no hace falta alterar la solución técnica del proyecto. La cuantía de estos expedientes respeta el límite del 10% del precio del contrato.”

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Por su parte, el Abogado del Estado vocal del Consejo de Administración de dicha entidad pública mantiene, en síntesis, que:

“La aprobación de precios contradictorios en los contratos de obra supone la modificación de uno de los elementos esenciales del contrato (el precio). Por lo tanto, esta aprobación exige los mismos requisitos que un modificación del contrato.

Y estos requisitos son exigibles, tanto si se trata de una modificación técnica del proyecto, como si no es necesaria dicha modificación técnica del proyecto.

Las únicas modificaciones del precio que se exceptúan de la necesidad de la tramitación del modificado son: a) la revisión de precios por el paso del tiempo de acuerdo con las cláusulas contractuales, y b) la liquidación final en que se computa un mayor o menor número de unidades de obra de las previstas en el contrato, resultantes de la medición final y con el límite del 10%”

- II -

La respuesta a la cuestión planteada debe comenzar por el examen del Título V del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que regula la “Modificación de los contratos”. Dicha regulación tiene su origen en las modificaciones introducidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) por la disposición final decimosexta. Siete de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y que, posteriormente, pasaron al TRLCSP.

El artículo 105, primero de los preceptos de dicho Título, dispone que los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en el pliego o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107.

El artículo 107 se refiere a las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, conteniendo el régimen sustantivo de la modificación. En este sentido, dicho precepto dispone lo siguiente

“1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.
- c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.
- d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.
- e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.
3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:
 - a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.
 - b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.
 - c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.
 - d) Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.
 - e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas”

Del precepto transcrito se desprende claramente que, para que pueda efectuarse una modificación en el contrato no prevista en el pliego o en el anuncio de licitación, es necesario acreditar debidamente la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 y, en segundo lugar, que no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, alteración que tendrá lugar (y, por tanto, no podrá modificarse el contrato) cuando concurren las circunstancias previstas en el apartado 3.

Como indica el Director de la Autoridad Portuaria de Barcelona, en determinadas ocasiones es necesario ejecutar unidades nuevas no previstas por diversas razones en el proyecto inicial. Pues bien, el hecho determinante de la ejecución de esas nuevas unidades tiene encaje, salvo lo que más adelante se indicará sobre el artículo 234.3, párrafo último, del TRLCSP, en el apartado 1.a) del artículo 107 del TRLCSP (“inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o en las especificaciones técnicas”), sin perjuicio de que, según las circunstancias del caso, pueda tener encaje en otros supuestos del apartado 1 de dicho precepto legal.

Siendo ello así, aunque sea reducida la incidencia determinante del aumento del número de unidades de obra, se trataría, con la reserva apuntada, de un supuesto de modificación del contrato para cuya definitiva justificación y apreciación sería necesaria la iniciación del oportuno expediente administrativo de modificación contractual

La concurrencia de un supuesto de modificación legal puede suponer la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas y, como corolario de ello, la necesidad de fijar los precios aplicables a las mismas, como establece el artículo 234.2 del TRLCSP.

En efecto, el artículo 234.2 del TRLCSP dispone lo siguiente:

“Cuando la modificación suponga la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente”

La fijación por la Administración en la forma indicada de los precios de las nuevas unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste es lo que se viene denominando “expediente de precios contradictorios”. El llamado expediente de precios contradictorios es, como resulta de la interpretación de conjunto del artículo 234 del texto legal de referencia un trámite más del procedimiento de modificación del contrato que ha de seguirse, sin que, por tanto, la mera tramitación de ese expediente de precios contradictorios pueda sustituir al completo procedimiento de modificación del contrato.

- II -

Ahora bien, existe una excepción a la obligada tramitación de un procedimiento de modificación del contrato en los términos expuestos. Esta excepción se contiene en el último párrafo del artículo 234.3 del TRLCSP en el que se dispone que “no obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación, cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato”.

En relación con el alcance e interpretación de dicho precepto legal, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe nº 27/12 de 14 de diciembre de 2012, declaró lo siguiente:

“Efectivamente, se trata de un supuesto especial, de larga tradición en nuestro Derecho, de aplicación a los contratos de obras por sus especiales características. En este sentido aparece desarrollado en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su artículo 160, como un supuesto distinto de las modificaciones propiamente dichas previstas en el artículo 146 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), en los siguientes términos:

“1. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido.

2. Las variaciones mencionadas en el apartado anterior, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales, conforme a lo prescrito en el artículo 145 de la Ley, o con cargo al crédito adicional del 10 por 100 a que alude la disposición adicional decimocuarta de la Ley, en la certificación final a que se refiere el artículo 147.1 de la Ley, una vez cumplidos los trámites señalados en el artículo 166 de este Reglamento. No obstante, cuando con posterioridad a las mismas hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de las previstas en el artículo 146 de la Ley, habrán de ser recogidas tales variaciones en la propuesta a elaborar, sin necesidad de esperar para hacerlo a la certificación final citada.”

Se trata, en consecuencia, de variaciones que no generan por sí mismas la necesidad de modificar el proyecto inicial. No obstante, como señala el artículo, si posteriormente surgiera la necesidad de modificar el proyecto por las causas previstas con carácter general, el proyecto modificado que resulte deberá reflejar las variaciones de medición ejecutadas hasta entonces, a fin de que quede recogida la realidad de la obra ejecutada.

Su razón de ser radica en que el contrato de obras es un contrato de resultado sobre la base de un proyecto inicial, sobre el cual el legislador, para facilitar su ejecución, admite la posibilidad de que se produzca un margen de desviación en las unidades de obra ejecutadas de hasta un 10 % del precio inicial, sin considerarlo modificación contractual propiamente dicha, por lo que se pueden ejecutar sin la previa autorización del órgano de contratación.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Desde esta perspectiva la Junta Consultiva, en su informe 16/06, de 30 de octubre de 2006, señala como conclusión que “la utilización del término “variaciones” en el ya citado artículo 160, implica la posibilidad de compensar excesos en la ejecución de determinadas unidades de obra con defectos en la ejecución de otro tipo de unidades de obra sobre las realmente previstas, siendo el “exceso” o “defecto” de medición final aquel sobre el que se aplica el límite del 10 por 100 del precio primitivo del contrato”.

Por otra parte, y desde el punto de vista de su previsión en el valor, la Junta Consultiva señala en su informe 43/2008, de 28 de julio, que “Esta adicional no es una partida cuya existencia dependerá de que en la medición de la obra resulten excesos respecto de las unidades previstas en el presupuesto. En tales casos y siempre que no superen el 10 por 100 del presupuesto de la obra, la Ley considera que estos excesos son consecuencia de inexactitudes del proyecto o del presupuesto que resultan inevitables por lo que se prevé la posibilidad de abonarlas sin necesidad de recurrir a modificación contractual alguna”.

En definitiva, se trata de un supuesto específico dotado de una regulación legal expresa para facilitar la ejecución de los contratos de obras, al margen del régimen general de los modificados de los contratos no previstos en la documentación que rige la licitación, regulados en el artículo 107.1 del TRLCSP”.

Pues bien, de lo expuesto se deduce que, si la variación producida consiste en la alteración del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto y éstas no representan un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato, no puede hablarse en sentido propio de “modificación contractual”, quedando esa variación al margen de la misma y, por tanto, de los supuestos de modificación legal previstos en el artículo 107.1 del TRLCSP. El anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (artículo 240.4) es mucho más explícito al respecto, disponiendo que “no obstante, no tendrán la consideración de modificaciones la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, las cuales podrán ser recogidas en la certificación final, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10% del precio del contrato”.

Como quiera que el artículo 234.3, párrafo último, del TRLCSP establece, como se ha visto, un límite del 10 por ciento del precio primitivo del contrato y, por su parte, el artículo 107.3.d) de dicho texto legal conceptúa como supuesto de alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato que la modificación de éste iguale o exceda, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato, este Centro Directivo estima oportuno diferenciar ambos límites. Para ello, debe acudir nuevamente al Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 27/2012, de 14 de diciembre de 2012, en cuyo apartado 4 se declara lo siguiente:

“En virtud de cuanto se ha expuesto, cabe señalar que el límite del 10 % previsto para las modificaciones no previstas en la documentación contractual en el artículo 107.3.d) del TRLCSP no ha de computarse en la aplicación del artículo 234.3, final del TRLCSP para el contrato de obras.

La razón es que el supuesto de hecho en ambos casos es distinto, como ha quedado expuesto. El artículo 234.3, final responde a las exigencias propias del contrato de obras, permitiendo un margen de desviación en las mediciones efectuadas en las unidades de obra ejecutadas de hasta un 10 % del precio inicial. Por el contrario, el 10 % previsto en artículo 107.3.d) constituye un límite para entender que se produce una alteración las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación en el caso de que se concurren las circunstancias que permiten la modificación contractual de acuerdo con el artículo 107.1.

Las limitaciones del artículo 107 del TRLCSP operan desde el punto de vista de que las variaciones de las unidades de obra ejecutadas que se realicen al amparo del párrafo final

del artículo 234.3 deben responder única y exclusivamente a las razones expuestas para la regulación de este supuesto.

En ningún caso, debe ampararse la variación de unidades ejecutadas en las circunstancias previstas en el artículo 107.1, que deberían tramitarse como una modificación contractual propiamente dicha, sometiéndose a los límites específicos que prevé este artículo.

Por ello, y de acuerdo con lo recogido en el artículo 160 del RLCAP, los cambios que se reflejen en el proyecto modificado final deben reflejar de forma separada las variaciones de medición ejecutadas de acuerdo con el artículo 234.3 de las que respondan a modificaciones del proyecto como consecuencia de la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 107.1.”

- III -

Prescindiendo del supuesto especial del artículo 234.3, párrafo último, del TRLCSP que, como se ha expuesto, no tiene la conceptualización de modificación del contrato, quedando, por tanto, al margen del régimen jurídico dispuesto para la modificación, los restantes supuestos son casos de modificación del contrato, debiendo ser considerados como tales a efectos de la aplicación de las previsiones de la regla 16.4 de la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, que aprueba las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias.

La regla en cuestión detalla las actuaciones que han de incorporarse al expediente de modificación que deba tramitarse al efecto, disponiendo lo siguiente:

“4. En los supuestos de modificación legal regulados por el artículo 107 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el expediente de modificación a tramitar al efecto, exigirá la incorporación de las siguientes actuaciones:

Propuesta técnica motivada efectuada por el responsable del contrato o director facultativo donde figurará el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de la misma.

Certificado de existencia de crédito.

Audiencia del contratista

Informe de Puertos del Estado cuando éste sea preceptivo.

Informe del asesor jurídico de la entidad.

Aprobación del órgano de contratación.

En los casos de contratos autorizados por el Consejo de Ministros de conformidad con lo dispuesto en la regla 3.4, corresponde a dicho órgano autorizar las modificaciones del mismo cuando resulten procedentes y también cuando proceda, la resolución. La tramitación de estos expedientes se realizará a través de Puertos del Estado”

Como resulta de la regla transcrita, una de las actuaciones previstas en ella, objeto de especial atención en la solicitud de dictamen a este Centro Directivo, consiste en el “informe de Puertos del Estado cuando éste sea preceptivo.”

Como bien dice el escrito de consulta, esta actuación responde a la previsión legal contenida en el artículo 18 del TRLPEMM que, en su apartado 1.e), atribuye a Puertos del Estado, entre otras funciones, la de “emitir informe vinculante sobre los proyectos que presenten características singulares desde el punto de vista técnico o económico, con carácter previo a su aprobación por las Autoridades Portuarias. En todo caso, procederá la emisión de informe vinculante sobre los proyectos de obras cuyo presupuesto exceda de 3.000.000 de euros

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

o estén financiados con fondos procedentes de la Unión Europea o de otros organismos internacionales”

Las reglas 2.1.e) y 10 de la Orden FOM/4003/2008 complementan esa previsión legal. La primera dispone que en los contratos de obras cuyo presupuesto de licitación sea superior a 300.000 euros deberá constar en el expediente, además, el proyecto junto con su aprobación técnica y, en caso de ser necesario, el informe técnico de Puertos del Estado. La segunda, referida al Informe técnico de Puertos del Estado dispone:

“En los contratos de obras cuyo presupuesto exceda de 3.000.000 de euros o que estén financiados con fondos procedentes de la Unión Europea o de otros Organismos Internacionales, las Autoridades Portuarias deberán, antes de la licitación, recabar de Puertos del Estado un informe técnico sobre el correspondiente proyecto. Si se trata de una licitación que admita variantes, el informe versará, además, sobre el correspondiente pliego de prescripciones técnicas regulador de dichas variante.

Este informe deberá emitirse en el plazo de dos meses desde la recepción del proyecto y, en su caso, del pliego de prescripciones técnicas, entendiéndose en sentido favorable si transcurre dicho plazo sin que el informe se haya emitido de forma expresa”

Debiendo emitirse el informe de Puertos del Estado en los proyectos de obras cuyo presupuesto exceda de 3.000.000 de euros o que estén financiados con fondos de la Unión Europea o de otros organismos internacionales, debe determinarse cuándo es preceptivo el informe de Puertos del Estado en los casos de modificación del contrato.

Se parte para ello de la premisa de que el artículo 234.3 del TRLCSP atribuye, a juicio del Organismo consultante, al Director facultativo la facultad de decidir si la modificación del contrato precisa de la modificación de proyecto o si, por el contrario, la modificación del contrato no exige la modificación del proyecto, de forma que sólo en el caso de que el Director facultativo determine que no hay que modificar el proyecto podría obviarse el informe preceptivo de Puertos del Estado.

Este Centro Directivo discrepa de la anterior premisa y, por tanto, de la conclusión a que conduce, entendiéndolo, por el contrario, que todos los casos de modificación del contrato requieren la modificación del proyecto y, por tanto, el cumplimiento de los trámites previstos en el artículo 234.3 del TRLCSP del que la regla 16.4 de la Orden FOM/4003/2008 es mero desarrollo en el ámbito de la contratación portuaria, y ello en atención a la ponderación conjunta de las consideraciones que seguidamente se exponen.

- 1) En primer lugar, en la regulación de la modificación de los contratos, el TRLCSP dedica al régimen sustantivo o material de la modificación (legal) el artículo 107 y a su régimen procedimental o formal el artículo 234. Así las cosas, la regla o criterio de interpretación sistemática y de conjunto exige que el artículo 234 se ponga en relación con el artículo 107, máxime cuando la norma procedimental (artículo 234) es instrumental de la norma sustantiva (artículo 107). Pues bien, la consideración del artículo 234 como un precepto regulador del régimen procedimental o formal de la modificación del contrato, cuyo régimen sustantivo se contiene en el artículo 107, tiene por consecuencia que cuando el artículo 234 establece el procedimiento para la modificación del contrato, este procedimiento ha de seguirse para toda modificación, es decir, para todos los supuestos que, con arreglo al artículo 107, posibilitan la modificación.
- 2) En segundo lugar, debe indicarse que los trámites que establece el artículo 234.3 del TRLCSP conforman el procedimiento de modificación del contrato que culmina con la aprobación de la modificación por el órgano de contratación, aprobación que, como destaca la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe nº 22/2004, de 7 de junio, es absolutamente necesaria correspondiendo exclusivamente a dicho órgano. Pues bien, siendo la aprobación de dicho órgano necesaria en toda modificación del contrato y puesto que el acto de aprobación es el acto que culmina el procedimiento, constituyendo éste

un todo único e inescindible y estando integrado por todos los trámites que establece el artículo 234.3, es decir, por todos los trámites que preceden al acto de aprobación y que constituyen la base de éste, no es jurídicamente admisible entender que los trámites que integran ese procedimiento quedan sólo circunscritos al caso de modificación del contrato que requiera la modificación del proyecto, así como tampoco es posible entender que se puede prescindir de alguno de esos trámites (vgr., se prescinde de la modificación del proyecto porque se entiende que la modificación del contrato no precisa de la modificación del proyecto). Dicho en otros términos, una vez configurado legalmente el procedimiento de modificación del contrato como un todo único, constituido por todos y cada uno de los trámites que establece el artículo 234.3 del TRLCSP, no es admisible alterar la configuración de ese procedimiento suprimiendo alguno de esos trámites.

- 3) En tercer lugar, el propio título de la Sección 2ª del Capítulo I del Título II del Libro IV del TRLCSP (“Modificación del contrato de obras”), integrada únicamente por el artículo 234, pone de manifiesto la intención del legislador de referir en una única Sección todo el régimen formal o procedimental de la modificación del contrato, siguiendo así el precedente constituido por el artículo 146 del actualmente derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Es por ello por lo que cuando el artículo 234.3 del TRLCSP alude a “modificación del proyecto”, esta locución debe entenderse como modificación del contrato y no como modificación del contrato que exija, además, la modificación del proyecto, lo que tendría por consecuencia que quedase excluido del artículo 234.3 del texto legal de continua referencia el supuesto de modificación del contrato que no exija la modificación del proyecto.
- 4) En cuarto lugar, y puesto que el procedimiento de modificación que establece el artículo 234.3 constituye, insistiendo en lo dicho, un todo único e inescindible, integrado por todos los trámites que establece dicho precepto legal, si se entendiese, con base en una interpretación literalista del mismo, que dicho procedimiento queda referido únicamente a la modificación del contrato que exija la modificación del proyecto, no existiría entonces procedimiento alguno para la modificación del contrato que no precise de la modificación del proyecto, sin que, como se ha expuesto, quepa entender que para la modificación del contrato que no exija modificación del proyecto debe seguirse el procedimiento del artículo 234.3 a excepción del trámite de modificación del proyecto (insistiendo en lo dicho, no cabe alterar la configuración de ese procedimiento). Ni el artículo 234.3 establece expresamente (como hubiera sido necesario para admitir la diferenciación) la distinción entre modificación del contrato que exige modificación del proyecto y modificación del contrato que no exige modificación del proyecto ni, por otra parte, dicho precepto establece pauta o criterio de referencia alguno para delimitar los casos en que, procediendo la modificación del contrato, es necesaria la modificación del proyecto y aquellos otros en que esta modificación no es necesaria.
- 5) En quinto lugar, si se entendiese que el procedimiento que establece el artículo 234 del TRLCSP sólo se aplica a los casos de modificación del contrato que exige la modificación del proyecto, y puesto que el citado precepto legal exige observar los trámites tan cualificados que establece, se estaría dejando a la decisión del Director facultativo el cumplimiento de esos trámites (se cumplirían si el Director facultativo considerase necesario modificar el proyecto, no se cumplirían si aquél no considerase necesario modificar el proyecto).
- 6) En sexto y último lugar, y ya con referencia específica a la contratación en el ámbito portuario, no puede desconocerse que la regla 16.4 de la Orden FOM/4003/2008 establece la obligación de seguir los trámites que en ella se recogen y que (prescindiendo del informe de Puertos del Estado y del informe de la Asesoría Jurídica) son plenamente coincidentes con las que establece el artículo 234.3 del TRLCSP. Pues bien, los trámites que establece la regla 16.4 de la citada Orden Ministerial, coincidentes, como se ha dicho, con los del

artículo 234.3 del TRLCSP, quedan referidos a los “supuestos de modificación legal regulados en el artículo 107 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público...” y no a los casos en que la modificación del contrato exija la modificación del proyecto.

- IV -

Una vez razonado que no existe fundamento legal para admitir la distinción entre supuestos de modificación del contrato que exijan modificación del proyecto y supuestos de modificación del contrato que no exijan la modificación proyecto, la resolución de la cuestión que se examina –emisión de informe por la entidad pública Puertos del Estado en los casos de modificación del contrato– debe efectuarse en atención al principio o regla general del *contrarius actus*.

Con arreglo a dicho principio general, si para la válida realización de un acto jurídico (entendido éste en el sentido más amplio) es necesario observar determinados requisitos o formalidades, estos mismos requisitos o formalidades han de observarse también, salvo previsión normativa en contrario, cuando se pretenda la modificación o supresión de ese acto jurídico. Aplicando este criterio, si el proyecto fue informado por dicha entidad pública por concurrir los supuestos establecidos en la regla 10 de la Orden FOM/4003/2008, habrá que entender que el informe de Puertos del Estado debe emitirse preceptivamente también en todos los casos de modificación de contratos cuyos proyectos originales hubiesen sido informados preceptivamente por Puertos del Estado.

El anterior criterio queda confirmado por vía de aplicación analógica de la regla 16.4 de la repetida Orden FOM/4003/2008 que, en relación con los contratos autorizados por el Consejo de Ministros, exige que el propio Consejo de Ministros autorice también las modificaciones de los contratos que resulten procedentes. Cabe razonablemente entender que si, en aplicación de mencionado principio o regla general, para la realización de un acto (adjudicación de un contrato) se exige un requisito (autorización del Consejo de Ministros en los casos en que ello proceda) que también se ha de observar para la modificación de dicho acto (modificación del contrato), esta misma regla ha de aplicarse cuando se trate de modificar un acto para cuya realización se exija el cumplimiento de un determinado requisito: si para la adjudicación de un contrato cuyo presupuesto exceda de 3.000.000 de euros o esté financiado con fondos de la Unión Europea se exige el informe técnico de Puertos del Estado, la modificación de dicho contrato precisa también de dicho informe.

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 denominado expediente de precios contradictorios constituye un trámite más del procedimiento de modificación del contrato, sin que, por tanto, la tramitación de ese expediente pueda sustituir al completo procedimiento de modificación del contrato.

Segunda.- La necesidad de ejecutar nuevas unidades de obra no previstas en el proyecto o unidades de obra cuyas características difieran de las fijadas en éste constituye un supuesto de modificación del contrato que tiene su adecuado encaje en el artículo 107.1 a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sin perjuicio de que según las circunstancias del caso pueda tener encaje en otros supuestos del apartado 1 de dicho precepto legal, siendo posible la modificación siempre que se respete el límite que establece el apartado 2 del propio artículo 107.

Tercera.- No obstante lo indicado en la anterior conclusión, y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 234.3, párrafo último, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no tiene la consideración de modificación las variaciones que consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no represente un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato.

Cuarta.- Para la diferenciación entre el límite del artículo 107.3.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que conceptúa como supuesto de alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato que la modificación de éste iguale o exceda, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato, y el límite que establece el artículo 234.3, párrafo último, del mencionado texto legal debería tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa nº 27/2012, de 14 de diciembre de 2012, transcrito en lo pertinente en el apartado II del presente informe.

Quinta.- Por las consideraciones expuestas en el apartado III del presente informe, carece de fundamento legal la distinción entre modificación del contrato que exija modificación del proyecto y modificación del contrato que no exija modificación del proyecto. Toda modificación del contrato debe seguir los trámites que establece el artículo 234.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos y la regla 16.4 de la Orden FOM/4003/2008.

Sexta.- Por aplicación del principio del *contrarius actus*, el informe de Puertos del Estado a que se refiere el artículo 18 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 las reglas 2.1 e) y 10 de la Orden FOM/40003/2008, de 22 de julio, deberá emitirse perceptivamente en todos los casos de modificación de contratos cuyos proyecto originales hubiesen sido informados con ese carácter por Puertos del Estado.

40.- Informe sobre el procedimiento para la adquisición, por parte de las Autoridades Portuarias, de vehículos a motor para transporte de personas y mercancías.

Resumen

Consulta sobre el procedimiento para la adquisición, por las Autoridades Portuarias, de vehículos a motor para el transporte de personas y mercancías. Posibilidad de acudir a sistemas de racionalización de la contratación -acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación y centralización de la contratación. Aplicación del sistema de contratación centralizada a las Autoridades Portuarias. Creación del Registro de vehículos del Sector Público Estatal.

REF: A.G. ENTES PÚBLICOS 95/15 (R-835/2015)

Fecha: 18 de enero 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 aplicación de la Orden HAP/117/2015, de 17 de junio, por la que se regula el Registro de Vehículos del Sector Público Estatal a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias. En relación con dicha solicitud, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

-I-

La respuesta a la cuestión suscitada y ampliamente expuesta en la solicitud de informe a este Centro Directivo hace necesario referirse, por un lado, al sistema de racionalización de la contratación por parte de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias y, por otro lado, a las consecuencias que se derivan de la creación del Registro de Vehículos del Sector Público Estatal.

Comenzando por la racionalización de la contratación de obras, servicios y suministros, el artículo 194 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), dispone lo siguiente:

“Para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos o centralizar la contratación de obras, servicios o suministros en servicios especializados, conforme a las normas de este Título”

Por su parte, el artículo 195 del TRLCSF dispone que:

“Los sistemas para la racionalización de la contratación que establezcan las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas en sus normas e instrucciones propias, deberán ajustarse a las disposiciones de este Título para la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada”

El último precepto resulta aplicable a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias. En efecto, refiriéndose el artículo 195 del TRLCSF a entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas, no puede desconocerse que la disposición adicional vigésima de dicho texto legal somete el régimen de contratación del ente público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias a lo establecido para las entidades públicas empresariales, siendo así que estas últimas entidades no tienen la condición de Administraciones Públicas –artículo 3.2, e), párrafo último–. Sometiéndose el régimen de contratación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias a lo dispuesto para las entidades públicas empresariales, y puesto que estas últimas no tienen la consideración de Administraciones Públicas, lo coherente es entender que, a los efectos de la contratación, Puertos de Estado y las Autoridades Portuarias no tienen la condición de Administraciones Públicas.

La previsión del artículo 195 del TRLCSP no tiene otro alcance o significado que el de posibilitar que las entidades a que dicho precepto se refiere establezcan, si así lo deciden voluntaria y autónomamente (“los sistemas para la racionalización de la contratación que establezcan...”), sistemas de racionalización de la contratación y que no son otros que los enumerados en el artículo 194 y regulados en el Título II del libro III del TRLCSP –acuerdos marco, sistemas dinámicos de contratación y centralización de la contratación–. En consecuencia, si dichas entidades así lo disponen puede establecer en sus propias normas o instrucciones de contratación sistemas de racionalización de la contratación que habrán de ajustarse a las reglas del Título II del Libro III del TRLCSP.

Ahora bien, la previsión del artículo 195 del TRLCSP, y lo mismo puede decirse de la previsión del artículo 194, que son normas meramente potestativas (“para racionalizar y ordenar la adjudicación de los contratos las Administraciones Públicas podrán...”, artículo 194; “los sistemas para la racionalización de la contratación que establezcan las entidades del sector público...”, artículo 195), no excluye la aplicación del régimen dispuesto por el artículo 206 del propio texto legal si, con fundamento en este precepto legal, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas declara de contratación centralizada determinadas obras, suministros y servicios, y ello en razón de que, una vez que el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas haga uso de esta facultad, el sistema de contratación centralizada se impone por su carácter imperativo y vinculante a la Administración del Estado y a las entidades a que se refiere el artículo 206.1 conforme resulta del apartado 2 del propio artículo 106.

El artículo 206 del TRLCSP dispone lo siguiente:

- “1. En el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, el Ministro de Economía y Hacienda podrá declarar de contratación centralizada los suministros, obras y servicios que se contraten de forma general y con características homogéneas por los diferentes órganos y organismos.
2. La contratación de estos suministros, obras o servicios deberá efectuarse a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, que operará, respecto de ellos, como central de contratación única en el ámbito definido en el apartado 1. La financiación de los correspondientes contratos correrá a cargo del organismo petionario.”

No cabe duda alguna de que entre las “Entidades públicas estatales” a que alude el artículo 206.1 se encuentran comprendidas Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, por lo que sí, conforme a lo dicho, el Ministro de Economía y Hacienda (actualmente, Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas) acuerda la aplicación del régimen de contratación centralizada para determinadas obras, suministros y servicios, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias habrán de ajustarse necesariamente a dicho régimen de contratación centralizada respecto de esas obras, suministros y servicios, no pudiendo contratarlos autónomamente.

Pues bien, por Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada, modificada por Orden HAP/2834/2016, de 28 de diciembre, y con referencia al ámbito establecido en el artículo 190.1 de la derogada Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (coincidente con el artículo 206.1 del TRLCSP) se declararon de contratación centralizada, entre otros contratos de suministro, “los de vehículos a motor para transporte de personas y mercancías tales como motocicletas, automóviles de turismo, todo terreno, vehículos industriales y autobuses con cualquier clase de equipamiento específico”.

En suma, tras la entrada en vigor de la Orden EHA/1049/2008, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias no pueden contratar autónomamente la adquisición de los mencionados vehículos, debiendo efectuar la adquisición de ellos a través del sistema de contratación centralizada dispuesto por la citada Orden Ministerial.

- II -

Sentada la anterior conclusión, la disposición adicional décima de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, crea el Registro de Vehículos del Sector Público Estatal con objeto de agrupar y unificar en un solo archivo todos los vehículos pertenecientes a dicho sector.

La justificación de la creación de dicho registro se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2014, en cuyo apartado III, último párrafo se declara lo siguiente: “Por otro lado, se crea bajo la denominación de Registro de Vehículos del Sector Público Estatal un registro único en el que figuren todos los vehículos pertenecientes a dicho sector, lo que permitirá racionalizar su gestión y control. La existencia de un elevado número de vehículos destinados a prestar servicios de automovilismo, con una gran dispersión en lo que a controles y registros se refiere, además de una notable falta de homogeneidad entre los modelos que integren las diferentes flotas existentes hace indispensable esta medida”.

La disposición adicional décima, que lleva por rúbrica “Registro de Vehículos del Sector Público Estatal”, establece lo siguiente:

- “1. Se crea el Registro de Vehículos del Sector Público Estatal, que tiene por objeto agrupar y unificar en un solo archivo todos los vehículos pertenecientes a dicho sector.
2. Estarán incluidos en el Registro todos los vehículos de la Administración General del Estado y de los organismos y entidades que integran el sector público estatal, definido en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
3. Quedan excluidos los vehículos de las Fuerzas Armadas y los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, siempre que se trate de vehículos adscritos al ejercicio de funciones propias y específicas de dichas Fuerzas o Cuerpos.
4. La gestión del Registro corresponderá al Organismo Autónomo Parque Móvil del Estado.
5. Los responsables de la gestión o administración de los vehículos, deberán solicitar su inscripción en el registro en el plazo de seis meses a partir de la aprobación de la orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas que se dicte en desarrollo de lo previsto en esta Disposición.
6. La adquisición por compra, renting, leasing o cualquier otro negocio jurídico asimilado que se realice por los sujetos a los que se refiere el apartado 2 de esta Disposición, deberá ser autorizada, con carácter previo, por la Dirección General del Parque Móvil del Estado, que, a estos efectos, ejercerá funciones de homologación de servicios en cuanto a la determinación de los modelos, características y tipos de vehículos”.

Como resulta del precepto transcrito, en dicho Registro están incluidos todos los vehículos de la Administración General del Estado y de los organismos y entidades que integran el sector público estatal definido en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, entre los que se encuentran Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, organismos públicos de los previstos en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la propia Ley General Presupuestaria (artículos 16.1 y 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).

En consecuencia, y como estatuye el apartado 6 de la disposición adicional décima, la adquisición por compra, renting, leasing o cualquier otro negocio jurídico asimilado que se realicen por los organismos públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, deberá ser autorizada, con carácter previo, por la Dirección General del Parque Móvil del Estado que, a estos efectos, ejercerá funciones de homologación de servicios en cuanto a la determinación de los modelos, características y tipos de vehículos.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

La Orden HAP/1177/2015, de 17 de junio, desarrolla las previsiones de la disposición adicional décima de la Ley 15/2014. Más concretamente, el artículo 5 de dicha Orden Ministerial desarrolla el contenido del apartado 6 de la disposición adicional, estableciendo lo siguiente:

- “1. La adquisición por compra, renting, leasing o cualquier otro negocio jurídico asimilado que se realice por los sujetos a los que se refiere el artículo 2 de la presente orden, deberá ser autorizada, con carácter previo, por la Dirección General del Parque Móvil del Estado. Mediante esta autorización, la citada Dirección General verificará que los modelos, las características y los tipos de vehículos adquiridos se ajustan a los tipos, subtipos y, en su caso, clases, establecidos en los acuerdos marco o contratos centralizados vigentes tramitados por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
2. La autorización previa del Parque Móvil del Estado será requisito indispensable para la adquisición de los vehículos. Las adquisiciones se deberán realizar a través de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación. Para ello será necesario incorporar al expediente la autorización del Parque Móvil del Estado.
3. Las solicitudes de excepción de adquisiciones de vehículos al margen de los contratos centralizados vigentes, incluyendo las solicitudes de renting y leasing, deberán presentarse con la autorización previa del Parque Móvil del Estado a la que se refiere esta orden, para su tramitación por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, que, en todo caso, deberá informar favorablemente las mismas para poderse llevar a efecto dicha contratación al margen del sistema estatal de contratación centralizada, de conformidad con lo determinado en el artículo 5 de la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada.
4. Los vehículos así adquiridos deberán inscribirse en el Registro en el plazo de quince días siguientes a la fecha de adquisición, considerándose como tal, la de su recepción formal”

Pues bien, en el apartado 1 y, más específicamente, en el apartado 2 del artículo 5 de la Orden HAP/1177/2015, precepto este último sobre el que se hace especial hincapié en el escrito de consulta, confluyen dos clases de reglas:

1) En primer lugar, la regla de que la adquisición, por cualquiera de los títulos que enumera el apartado 1 del artículo 5, ha de ser autorizada previamente por la Dirección General del Parque Móvil del Estado, autorización que ejerce la función de homologación en cuanto a la determinación de los modelos, características y tipos de vehículos. Esta primera regla se sitúa en el ámbito estricto del Registro de Vehículos del Sector Público Estatal.

2) En segundo lugar, la doble regla de que esa autorización de la Dirección General del Parque Móvil del Estado implica la constatación de que los modelos, las características y los tipos de vehículos adquiridos se ajustan a los tipos y clases establecidos en los acuerdos marco o contratos centralizados tramitados por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (inciso segundo del artículo 5, apartado 1) y de que las adquisiciones se deben realizar a través de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación (inciso segundo del artículo 5, apartado 2).

Estas dos últimas reglas inciden en el régimen de contratación centralizada como claramente resulta de la referencia que en ellas se hace a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, vinculando así el régimen del Registro de Vehículos del Sector Público Estatal al régimen de contratación centralizada del artículo 206 del TRLCSP y del que parte la propia Orden AHP/1177/2015. En efecto, puesto que, como se ha dicho, la Orden EHA/1049/2008, modificada por la Orden HAP/2834/2015, implantó, al amparo del artículo 206 del TRLCSP, el sistema de contratación centralizada para “vehículos a motor para transporte de personas y mercancías tales como motocicletas, automóviles de turismo, todo terreno, vehículos industriales y autobuses con cualquier

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

clase de equipamiento específico; lógico y hasta obligado es que el artículo 5 de la Orden HAP/1177/2015 disponga que la adquisición de los repetidos vehículos se efectuará a través de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación.

Puesto que, como se ha indicado en el apartado I del presente informe, la norma del artículo 195 del TRLCSP no excluye la aplicación de la regla del artículo 206 de este texto legal, y puesto que, como consecuencia de ello, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias (entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 206) quedan sometidas, si así lo acuerda el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, al régimen de contratación centralizada para las obras, servicios y suministros que se determinen, no resulta necesario y hasta es estéril invocar la regla del artículo 195 del TRLCSP para cuestionar si la Orden HAP/1177/2015 ha modificado o no el ámbito subjetivo del artículo 195 del TRLCSP, ya que desde la Orden EHA/1049/2008 (modificada por la Orden HAP/2834/2015) Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias quedan sometidas en lo que respecta a la adquisición de vehículos al régimen o sistema de contratación centralizada dispuesto por esas Órdenes Ministeriales, siendo completamente indiferente que Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias hayan establecido en sus normas o instrucciones de contratación algún sistema para la racionalización de la contratación, ya que, insistiendo en lo dicho, la regla del artículo 195 del TRLCSP no impide la aplicación de lo dispuesto en el artículo 206 de dicho texto legal

Es por todo ello por lo que: 1) Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias han de obtener la previa autorización de la Dirección General del Parque Móvil del Estado para la adquisición de vehículos (disposición adicional décima, apartado 6, de la Ley 15/2014 y artículo 5, apartado 1 de la Orden HAP/1177/2015); y 2) La adquisición de vehículos por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias ha de efectuarse a través de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (artículo 5, apartado 2, de la Orden HAP/1177/2015 y Orden EHA/1049/2008 modificada por la Orden HHAP/2834/2015).

Resta indicar que la única posibilidad de que Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias efectúen adquisiciones de vehículos al margen del sistema de contratación centralizada remite al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Orden HAP/1177/2015 y artículo 5 de la Orden EHA/1049/2008.

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

CONCLUSIONES

Primera.- De conformidad con lo prevenido en la disposición adicional décima de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, y en el artículo 5 de la Orden HAP/1177/2015, de 17 de junio, que la desarrolla, la adquisición de vehículos por parte de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias exige como requisito indispensable la autorización previa del Parque Móvil del Estado.

Segunda.- De conformidad con lo establecido en la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada (modificada por la Orden HAP/2834/2015, de 28 de diciembre) y en la Orden HAP/1177/2015, de 17 de junio, la adquisición de vehículos por parte de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias ha de efectuarse a través de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tercera.- La única posibilidad de que Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias efectúen adquisiciones de vehículos al margen del sistema de contratación centralizada remite a lo dispuesto en el artículo 5 de la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril y artículo 5.3 de la Orden HAP/1177/2015, de 17 de junio.

41.- Informe sobre el devengo de intereses de demora en el caso del pago de obras realizadas al margen del contrato.

Resumen

Consulta sobre el devengo de intereses de demora en el caso del pago de obras realizadas al margen del contrato. Aplicación de la doctrina de prohibición de enriquecimiento injusto en la realización de obras, mejoras, subsanación de deficiencias, excesos de obras u obras suplementarias. Reconocimiento del derecho del contratista a ser indemnizado. Procedencia del abono de intereses moratorios desde la convalidación de la obra ejecutada fuera de contrato.

REF: A.G. ENTES PÚBLICOS 65/16 (R – 548/2016)

Fecha: 22 de julio de 2016

Ponente: Raquel Ramos Valles

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Presidente del Organismo Público Puertos del Estado, sobre el momento en el que se produce el devengo de intereses de demora por el pago de las obras realizadas al margen del contrato de “Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia.” Con relación a dicha consulta, este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1º) El escrito de consulta plantea la situación fáctica en los siguientes términos:

“Con fecha de 25 de noviembre de 2009 el Ministerio de Fomento y la Autoridad Portuaria de Pasajes firmaron un Convenio de Colaboración para la ejecución del eje de trabajo ‘Regeneración Portuaria en la Dársena Interior 2009-2012’ del proyecto de regeneración integral de la Bahía de Pasajes a través de la construcción del puerto exterior. La cláusula segunda de este convenio prevé la relación de actuaciones a desarrollar y, entre las mismas, figura la relativa al derribo y construcción o remodelación de una nueva lonja pesquera.

El día 28 de octubre de 2011 fue adjudicado el contrato de obras de las ‘Nuevas Instalaciones en el área pesquera del puerto de Pasaia’ a la UTE PASAIA BERRI por un importe de 14.973.349,60 euros y por un plazo de 26 meses.

Con fecha 7 de junio de 2012 la Autoridad Portuaria de Pasajes adjudicó al contratista principal (UTE PASAIA BERRI) el denominado ‘proyecto complementario nº 1 al proyecto de nuevas instalaciones en el área del puerto de Pasaia: desvío del colector de saneamiento de Pasaia San Pedro y de las tuberías de impulsión de la EBHAR, de Herrera de la red primaria de Anarbe’, por un importe de 616.498,37 euros (IVA excluido). En relación con la tramitación administrativa llevada a cabo por la Autoridad Portuaria de Pasajes con respecto a este contrato complementario, significar que la misma resultó conforme a derecho, dado que así lo han constatado tanto el informe de auditoría técnico- económica de Puertos del Estado (...) como el informe de auditoría de cumplimiento y operativa sobre contratación del ejercicio 2012 elaborado por la Intervención General de la Administración del Estado (...).

En otro orden de cosas, el día 26 de julio de 2013 la Autoridad Portuaria remite a Puertos del Estado ‘solicitud de informe sobre la modificación del proyecto de referencia.’ Esta solicitud fue informada de forma favorable por la Inspección de Fomento el día 2 de octubre de 2013, si bien conteniendo una serie de consideraciones técnicas el informe de la Inspección. Por tanto, una vez redactado el proyecto modificado, incorporando las anteriores consideraciones

técnicas, fue nuevamente remitido a Puertos del Estado e informado de forma favorable por el citado organismo público el día 21 de julio de 2014. El importe de esta modificación contractual ascendió a la cantidad de 1.470.227,01 euros (IVA excluido), o lo que es lo mismo, supuso un incremento con respecto al importe de adjudicación del 9,82%. El contrato de obras, una vez incorporada la modificación aludida, se firmó entre las UTE adjudicataria y la Autoridad Portuaria el día 30 de diciembre de 2014.

El día 6 de febrero de 2015 se firma por las partes un acta de recepción parcial que afecta, básicamente, a la fase 1, sin formular reserva alguna ninguna de ellas. Con fecha de 10 de febrero de 2015, el director de las obras efectúa una propuesta de redacción del denominado 'proyecto complementario nº 2 al proyecto modificado de Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia'. Esta propuesta fue remitida a Puertos del Estado el día 17 de septiembre de 2015, al objeto de su posterior remisión para informe por la Subdirección General de Inspección de Servicios y Obras del Ministerio de Fomento.

En este estado de situación, el día 19 de febrero de 2015 el Presidente de la Autoridad Portuaria de Pasajes remite escrito al Presidente de Puertos del Estado solicitando la realización de una auditoría técnico- económica de la totalidad de las actuaciones relativas a las nuevas instalaciones en el área pesquera del puerto de Pasaia, ante la 'falta de previsión de determinadas actuaciones entre ellas el proyecto complementario nº 2 o la liquidación del contrato principal, y dada la cuantía de los mismos'.

A la vista de la petición descrita en el párrafo precedente, un equipo de trabajo de Puertos del Estado se desplazó, los días 16 y 17 de marzo, a la Autoridad Portuaria para analizar 'in situ' la documentación respectiva al objeto de poder realizar la auditoría solicitada.

El día 6 de julio de 2015 la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado emite informe (...) en atención a las conclusiones puestas de manifiesto por el informe de la auditoría técnico-económica de Puertos del Estado, ya que se detectaron ciertas irregularidades con relación a la práctica contractual. Así las cosas, y sobre la base del informe jurídico de Puertos del Estado de 6 de julio de 2015, la Autoridad Portuaria de Pasajes comenzó la tramitación de un expediente de responsabilidad patrimonial por el concepto de enriquecimiento injusto para regularizar las siguientes actuaciones:

- Obra complementaria ejecutada y pendiente de abono.
- Obra ejecutada que no podía ser subsumida en el concepto de obra complementaria, ya que se trataba de auténticas modificaciones del contrato y pendiente de abono.

Precisamente, la cuestión que constituye el objeto de esta petición de dictamen se ha suscitado durante la tramitación del aludido expediente de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto. Con la finalidad de facilitar la labor de dar respuesta a la cuestión que nos ocupa, y con carácter previo a su formulación en términos exactos, se estima necesario añadir a la relación fáctica precedente, lo siguiente:

Por un lado, no podemos dejar de apuntar que la UTE adjudicataria realizó una baja significativa, de más del 18% del presupuesto de licitación. En relación con lo anterior, cabe destacar que, en los diferentes informes de la asistencia técnica a la dirección de obra de la Autoridad Portuaria, se reflejan observaciones del siguiente tenor literal:

'Por último, dejar constancia de nuestra preocupación por las continuas modificaciones propuestas por la UTE que, como ya se ha podido constatar, bajo el aspecto de mejora para el proyecto sólo pretenden un cambio de diseño que le permita utilizar el modelo contradictorio con el correspondiente incremento económico de la nueva solución que, en el caso menos desfavorable, supone el valor de la contrabaja.'

Por otra parte, y presumiblemente conectado con lo precedente, no podemos obviar que a partir de la certificación nº 7 (junio de 2012) se introduce en la misma en el concepto de presupuestos un nuevo capítulo denominado 'precios contradictorios' con sus correspondientes mediciones. Destacar que estos precios contradictorios se abonan a la UTE. A título

de ejemplo, en la certificación nº 10, correspondiente al mes de septiembre, se incluyen 5 precios contradictorios nuevos que alcanzan un presupuesto en ejecución material de 85.462 euros. En la certificación nº 11, correspondiente al mes de octubre, se incluyen 14 precios contradictorios que en ejecución material suponen un importe de 417.647 euros. En las sucesivas certificaciones se incluye el capítulo de 'precios contradictorios'. Añadir que estos precios contradictorios se corresponden con las obras referidas al denominado 'proyecto complementario nº 2' (proyecto que no ha sido aprobado) y al proyecto modificado que se estaba tramitando.

En este punto señalar que la última certificación que incluye el capítulo de 'precios contradictorios' es la nº 35 correspondiente al mes de octubre de 2014. La cuantía de dicho capítulo asciende a 1.919.227,32 euros e incluye 130 precios contradictorios. En términos exactos, de las unidades contempladas en este capítulo cabe afirmar que 37 unidades se corresponden con el proyecto modificado (el contrato de obras, una vez incorporada la modificación aludida, se firmó entre la UTE adjudicataria y la Autoridad Portuaria el día 30 de diciembre de 2014) y las restantes unidades, desde el punto de vista técnico, se asignan al 'hipotético' proyecto complementario nº 2.

En la siguiente certificación, esto es, en la nº 36, correspondiente al mes de noviembre de 2014, desaparece el capítulo de 'precios contradictorios', de tal manera que las unidades de obra que formaban parte de la modificación contractual aprobada se incorporaron en sus respectivos capítulos y las restantes unidades vinculadas con lo que hemos denominado el 'hipotético' proyecto complementario nº 2 fueron descontadas”.

2º) Tras efectuar una serie de consideraciones jurídicas, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004, relativa a intereses de demora en obras realizadas fuera de contrato, el escrito de consulta concluye solicitando la emisión de informe sobre las siguientes cuestiones:

“En definitiva, se plantea por este Organismo Público si la doctrina contenida en la sentencia reproducida resulta de aplicación al supuesto de hecho que nos ocupa, de tal modo que el devengo de intereses de demora en el pago de las unidades de obra realizadas al margen del contrato de 'Nuevas Instalaciones en el área pesquera del puerto de Pasaia' coincidirá con el momento temporal en el que se convaliden dichas obras, esto es, con la resolución del expediente de enriquecimiento injusto. No podemos concluir este tema sin mencionar los posibles efectos que la recepción parcial realizada con fecha de 6 de febrero de 2015, sin que ninguna de las partes formulara protesta, pudiera tener en la solución de la cuestión planteada. En este sentido, en la Sentencia de 23 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo señala que 'asimismo, resulta que la Sección tercera de la Sala de Madrid recordó la sentencia de 27 de abril de 2005, la cual, apoyándose en otras anteriores, señala que para decidir si procede en estos casos de obras realizadas fuera de contrato con conocimiento de la Administración el abono de intereses habrá que considerar las circunstancias del caso y, en particular, si la Administración al recibirlas formuló o no protesta o reserva'.

Al hilo de lo anterior, y en función de la solución que se adopte con relación al momento temporal del devengo de los intereses de demora en el pago de obras realizadas al margen del contrato, se estima preciso plantear si las cantidades que corresponda abonar, en su caso, por la Autoridad Portuaria de Pasajes en el concepto de intereses de demora en el pago de obras realizadas al margen del contrato han de ser calificadas como un perjuicio económico para las cuentas públicas de la Autoridad Portuaria y, de ser así, cómo se articularía su posible resarcimiento”.

3º) Se acompañan al escrito de consulta los siguientes documentos:

- “Informe de auditoría técnico-económica en relación con las nuevas instalaciones en el área pesquera de Pasaia” emitido por Puertos del Estado (documento nº 1).

- “Informe definitivo de control financiero de auditoría de cumplimiento y operativa de contratación de la Autoridad Portuaria de Pasaia referente al ejercicio 2012”, de 26 de febrero de 2014 (documento nº 2).
- “Informe jurídico relativo a las actuaciones puestas de manifiesto por el informe de auditoría técnico-económica de Puertos del Estado en relación con las obras de las nuevas instalaciones en el área pesquera de Pasaia”, emitido el 6 de julio de 2015 por el Jefe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado (documento nº 3)
- “Informe de auditoría operativa y de cumplimiento de la Autoridad Portuaria de Pasaia, Contratación ejercicio 2014”, emitido por la Intervención Territorial de Guipúzcoa el 19 de febrero de 2016 (documento nº 4).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Se formula consulta sobre el momento en el que, con arreglo a Derecho, se produce el devengo de intereses de demora en caso de ejecución por el contratista de actuaciones al margen del contrato.

Del relato de hechos que antecede y de la documentación que se adjunta al escrito de consulta se desprende que en el seno del contrato de obra para la construcción de “Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia” se han ejecutado determinadas actuaciones que no contaban con la adecuada cobertura procedimental y documental, actuaciones supuestamente vinculadas a un proyecto de modificado que se encontraba en tramitación, y a un proyecto complementario nº 2 que no había sido tramitado por el órgano de contratación.

Así, en el Informe de Auditoría Técnico-Económica emitido por Puertos del Estado (documento nº 1) se afirma que “la tramitación administrativa de la obra no ha acompañado a la ejecución de la misma. En efecto: las modificaciones se producen desde el inicio de las obras (diciembre de 2011) pero no es hasta julio de 2013 cuando se solicita a Puertos del Estado la redacción del proyecto modificado y la Presidencia de la Autoridad Portuaria de Pasaia autoriza la continuación provisional de las obras durante la tramitación del modificado. El proyecto, tras informe favorable de la solicitud para su redacción por parte de la Inspección de Fomento, se envía a Puertos del Estado en junio de 2014 y es informado favorablemente por este Organismo en julio de 2014. El contrato del Proyecto Modificado se firma el 30 de diciembre de 2014, esto es, tres años después de iniciadas las obras y dos años y medio después de que se comience a certificar unidades nuevas, no contempladas en el contrato inicial. (...) El retraso en la tramitación del proyecto modificado no impidió que en las diferentes certificaciones de obra se fueran incorporando precios contradictorios que se correspondían con unidades nuevas, las cuales se fueron certificando y abonando a medida que se ejecutaba la obra.” Y concluye, en la valoración final de la auditoría, que “se han ejecutado, certificado y abonado (y posteriormente descertificado) obras adicionales no contempladas en el proyecto original, que han sido incluidas en la propuesta de proyecto Complementario nº 2, que carece de tramitación administrativa y cobertura presupuestaria. Además durante la realización de la obra se ejecutaron, certificaron y abonaron obras contempladas en el proyecto modificado con carácter previo a su tramitación administrativa.”

El referido informe de Auditoría técnico-económica también pone de manifiesto que parte de las obras ejecutadas fuera de contrato tienen su origen en decisiones de la Autoridad Portuaria (“las actuaciones incluidas en el proyecto complementario Nº 2 en gran medida tienen su origen en la decisión por parte de la APP de explotar la lonja de forma directa durante la fase transitoria 2. (...) otras actuaciones surgen por requerimientos de los depar-

tamentos de explotación y servicio de limpieza de la APP, usuarios de la lonja y peticiones de las empresas de suministro...”), lo que no obsta, a los efectos que posteriormente se expondrán, a que la UTE contratista tuviera conocimiento de la falta de cobertura contractual y procedimental de las obras que iba ejecutando.

La ejecución de tales actuaciones ha dado lugar a la tramitación por la Autoridad Portuaria de Pasajes de un expediente de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto, de acuerdo con lo dictaminado por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado en su informe de 6 de julio de 2015 (documento nº 3), que también consideró necesario incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir por ejecutar obras no autorizadas. Este Centro Directivo considera dichas conclusiones ajustadas a la doctrina del Consejo de Estado y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Efectivamente, ya en el anterior informe de este Centro Directivo de 27 de octubre de 2014 (Ref.: A.G. Entes Públicos 57/2014, R- 791/2014), se formularon, en un supuesto de ejecución de actuaciones fuera de contrato, las siguientes consideraciones jurídicas:

“Pues bien, el Tribunal Supremo (sentencias de 21 de noviembre de 1981, 16 de mayo de 1986, 12 de marzo de 1991 o 29 de enero de 1993, entre otras muchas) viene admitiendo la aplicación de la doctrina de prohibición de enriquecimiento injusto en la realización de obras, mejoras, subsanación de deficiencias, excesos de obras u obras suplementarias ejecutadas en virtud de órdenes o instrucciones impartidas por quien revista apariencia suficiente de autoridad para impartirlas, o en virtud de órdenes verbales, autorizaciones tácitas, o actuaciones que impliquen aplicación a la entidad contratante de la doctrina de los propios actos, reconociendo en tales casos el derecho a ser indemnizado del contratista que ejecutó la obra, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades de las autoridades o funcionarios cuya actuación u omisión haya propiciado o permitido su ejecución. A tal efecto, basta que se aprecie la concurrencia de ‘hechos y actitudes que impliquen la existencia de una nueva voluntad sobreentendida o implícita’ (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1990), siendo así que ‘las autorizaciones tácitas de la Administración son suficientes para el abono de las obras no contempladas en el proyecto’ (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1991). En fin, ‘si las obras se han realizado y si han contribuido a completar el proyecto y suplir sus deficiencias, presentando un acabado ajustado a los fines propuestos, por un principio de Derecho Natural no se puede consentir la consumación de un desequilibrio económico entre los beneficios obtenidos por una parte con la realización de tales obras, y las cargas sufridas por la otra con su ejecución, desequilibrio que al surgir de una relación contractual no puede corregirse a través de la técnica de la negotiorum gestio sino por medio de la regla prohibitiva del enriquecimiento sin causa (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991).

El Consejo de Estado también ha dictaminado que, en los casos de reformados anticipados, ‘por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar su aprobación y contraviniendo de forma flagrante el procedimiento legalmente establecido’ y ‘antes de que se emitan los dictámenes preceptivos’, cabe, a la vista de las circunstancias concurrentes, la convalidación a posteriori de la situación creada y consumada de facto con la ejecución material de la modificación, sin perjuicio de la obligación de la Administración de depurar las responsabilidades administrativas, conjugando esta doctrina en ocasiones con la del enriquecimiento sin causa en los casos de obras ejecutadas por orden o de conformidad con la dirección.

Así, en el dictamen 454/96, de 8 de febrero de 1996, se afirma lo siguiente por el Alto Órgano consultivo:

‘Finalmente, no puede pasar por alto este Consejo de Estado que la mayor parte de las obras cuya modificación se tramita hayan sido ejecutadas, como se infiere del informe del Inspector General, de 30 de junio de 1994, obrante en el expediente, y pone de relieve el

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

informe emitido por la Intervención General. La modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado, primero, y de la novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente establecido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificación de obras está sujeta a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente (Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado).

En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado de 'reformado anticipado', por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo de forma flagrante el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en numerosos dictámenes relativos a expedientes análogos al presente- ha venido recordando de modo reiterado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues como apuntan los dictámenes nº 1.281/94, de 21 de julio de 1994, y 1.834/95, de 11 de octubre de 1995, 'la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública'; sin que puedan conferir virtualidad justificativa alguna al quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, razones de urgencia o de eficiencia económica, como las argüidas en la presente consulta.

En este sentido, a tenor del informe del Inspector General, resulta que 'las obras se encuentran en ejecución'. Esto es, las obras se están llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Inspección General, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo, Asesoría Jurídica y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado 'a posteriori' para convalidar, sin duda, la situación creada y consumada 'de facto' con la ejecución material de la modificación.

Tales anomalías, que contravienen frontalmente las prescripciones legales, han trascendido al aspecto de financiación de la obra pública, pues, como aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del consiguiente crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado expedido por el Jefe de Contabilidad precedente.

Por todo ello, el Consejo de Estado, en el ejercicio de su función garantista, aprecia -por razones de interés público- la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación propuesta, si bien ello no obsta las consideraciones realizadas en torno a las anomalías detectadas, ni releva al Departamento ministerial de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir, por ejecutar obras no autorizadas.

Y en el dictamen 3.371/1996, de 28 de noviembre, indicó el Consejo de Estado lo siguiente:

'En el caso objeto de la presente consulta, se ha producido lo que algún sector de la doctrina ha calificado como de 'reformado anticipado', por haberse introducido modificaciones en la obra sin esperar a su aprobación y contraviniendo el procedimiento legalmente establecido. El Consejo de Estado -en no pocas ocasiones (entre ellas, dictámenes nº 1.834/95, de 11 de octubre, 454/96, de 8 de febrero, etc.)- ha recordado la necesidad de que se cumplan las disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa, pues la búsqueda de una mayor agilidad y eficacia en la gestión del interés público desencadena, a veces, efectos contraproducentes y, desde luego, puede implicar una merma de las garantías jurídicas que deben presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública.

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

En este sentido, a tenor del anteriormente mencionado informe de la Inspección de la Contratación de la Obra Pública, resulta que las obras se estaban llevando a efecto sin la aprobación del oportuno proyecto reformado y antes de que se emitieran los informes preceptivos exigibles (Oficina de Supervisión de Proyectos, Asesoría Jurídica, Consejo de Obras Públicas y Urbanismo y dictamen del Consejo de Estado), que se han recabado 'a posteriori' para 'convalidar', sin duda, la situación creada y consumada 'de facto' con la ejecución material de la modificación.

Tales anomalías, que rebasan y contravienen frontalmente las prescripciones legales, por lo demás, han trascendido al aspecto de la financiación de la obra pública, pues, como se infiere de las actuaciones remitidas y aduce el propio informe de la Intervención General, se ha realizado un gasto público sin fiscalización previa y sin la retención del crédito presupuestario adecuado y suficiente, acreditando la cobertura del gasto mediante el oportuno certificado.

Por todo ello, el Consejo de Estado en el ejercicio de su función de garantía, aunque en la situación a que se ha llegado -con mejora en las soluciones técnicas advenida por los órganos técnicos informantes- puede aceptar la conveniencia de formalizar la aprobación de la modificación, debe señalar, con especial énfasis y severidad, que ello no enerva el valor esencial de las consideraciones efectuadas -habida cuenta las deficiencias e imprevisiones advertidas en el proyecto de obras originario- ni releva a ese Departamento de la obligación de incoar el oportuno expediente encaminado a depurar las eventuales responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir.

En fin, el dictamen del Consejo de Estado 488/2012, de 21 de junio, entre otros muchos, manifiesta el criterio favorable al abono al contratista de una indemnización, 'pues en caso contrario la Administración incurriría en un enriquecimiento sin causa, al haberse beneficiado de unos trabajos que sin duda fueron consentidos y que no han sido abonados, ni pueden satisfacerse dentro del precio del contrato que en su día fue objeto de aprobación'.

Como afirma el Consejo de Estado en su dictamen 828/2003, de 29 de mayo, relativo a un supuesto en el que se ejecutaron unos trabajos sin aprobación del oportuno proyecto de reformado, "es claro que resulta procedente abonar a la empresa contratista los trabajos ejecutados, pues, de otro modo, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración. Por ello, debe quedar a salvo el eventual derecho del contratista a que se le liquiden los trabajos ejecutados y recibidos, pues, como ha señalado la jurisprudencia, 'incluso en la hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular en beneficio de la Administración no cuente con base paccionada por elemental que sea... lo procedente, ante la situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes, es configurar esta situación como cuasicontrato de gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*) en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasicontratista ... disponiendo éste de una *actio in rem verso* en el enriquecimiento sin causa...' (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979, Ar. 3448)".

Bajo la anterior premisa (procedencia de la decisión de tramitar, con base en el principio de prohibición de enriquecimiento injusto, un expediente de responsabilidad patrimonial para regularizar las obras ejecutadas al margen del procedimiento de contratación), procede examinar cuándo se produce el devengo de los intereses de demora correspondientes a las obras ejecutadas fuera de contrato, cuestión que, cabe adelantar, no es clara ni unívoca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- II -

Con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que en los casos de obra ejecutada fuera del contrato el devengo de intereses correspondiente al exceso de obra se produce desde el momento en que la Administración la recibe y disfruta

sin formular protesta ni reserva alguna, esto es, desde la recepción provisional o definitiva de las obras.

Cabe citar, a estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 (Ar. 8157), en cuyo fundamento de derecho cuarto se afirma lo siguiente (los subrayados son nuestros):

“**CUARTO.-** Por lo que hace al fondo del asunto, sobre el que la recurrente alega que es improcedente la petición de intereses por el hecho de que el exceso de obra realizada requería un trámite convalidatorio mediante la elaboración del proyecto pertinente y su aprobación subsiguiente, que no se había llevado a cabo, lo que hacía que la obligación de pago no fuera exigible, hasta septiembre de 1986, es preciso afirmar: A) Que la exigibilidad de los intereses se produce cuando se está en presencia de una deuda exigible, líquida, la Administración haya incurrido en mora, y haya transcurrido el plazo legal establecido desde la recepción provisional o definitiva de las obras. Todo ello en los casos en que la obra entregada coincide con la contratada. B) Pero la exigibilidad de intereses se da también cuando, en supuestos como el presente, en los que no hay coincidencia entre la obra contratada y la efectivamente realizada y recibida, la Administración entra a ocupar la edificación en que las obras consistían, sin formular protesta ni reserva alguna por el exceso de obra efectuada. Tal conducta equivale a aceptar la prestación realizada por la contraparte, con la secuela de estar obligado a realizar, también, la contraprestación que de dicho exceso se deriva, y ello con independencia del contenido de las obligaciones contractuales establecidas. Entender las cosas de otra manera supondría un privilegio intolerable en favor de la Administración pues la prestación a cargo de la Administración, en supuestos como el presente, no sería exigible como consecuencia de omisiones y vicios procedimentales imputables no al contratista, sino a la propia Administración, lo que es claramente rechazable, por no poder consagrarse que las omisiones e infracciones produzcan beneficios a quien las origina.

Quiere decirse con todo ello que el exceso de obra realizado es susceptible de generar intereses a favor del contratista, pese a no haber sido formalmente aprobada la obra por la Administración, desde el momento en que ésta la recibe y disfruta durante el plazo legal a contar desde la recepción provisional o definitiva de las obras sin formular protesta ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance, y características de la obra.”

La sentencia parcialmente transcrita se invoca y aplica en las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2003 (Ar. 1074), 11 de mayo de 2004 (Ar. 3500), 2 de julio de 2004 (Ar. 5094), 27 de abril de 2005 (Ar. 3940), 9 de abril de 2008 (Ar. 2422), ó 23 de febrero de 2015 (Ar. 1402). En esta última, el Alto Tribunal declara lo siguiente:

“En fin, sucede que la sentencia recurrida tuvo en cuenta el criterio recogido en la sentencia de 2 de julio de 2004, alegado en la contestación a la demanda, criterio ya esgrimido en otra anterior de 28 de octubre de 1997 (apelación 1029/1992). No obstante, reparó en que esta última admitía la exigibilidad de intereses cuando, pese a no haber coincidencia entre la obra contratada y la efectivamente realizada y recibida, la Administración entra a ocupar la edificación sin formular protesta ni reserva alguna. También se fijó en que para esa sentencia, el exceso de obra realizada es susceptible de generar intereses a favor del contratista pese a no haber sido aprobada la obra por la Administración desde el momento en que ésta la recibe y disfruta durante el plazo legal a contar desde la recepción provisional o definitiva de las obras sin presentar protesta ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance y características de la obra.

Asimismo, resulta que la Sección Tercera de la Sala de Madrid recordó la sentencia de 27 de abril de 2005 (casación 930/2003), la cual, apoyándose en otras anteriores, señala que para decidir si procede en estos casos de obras realizadas fuera de contrato con conocimiento de la Administración el abono de intereses habrá que considerar las circunstancias del caso y, en particular, si la Administración al recibirlas formuló o no protesta o reserva. Por eso, en esta ocasión concreta, la sentencia concluye que debe darse la razón a la recurrente porque

(i) no se formuló en la recepción de las obras protesta o reserva alguna; (ii) no se incluyó en anexo al acta de ocupación total de las obras ningún reparo; (iii) carece de justificación la falta de convalidación de las mismas pese al tiempo transcurrido; (iv) los cambios introducidos en el proyecto inicial estaban en íntima conexión con él, fueron informados favorablemente por la Comunidad de Madrid (documento que obra al folio 244 del expediente) y parte del principal respecto del que se reclaman intereses –2.911.261,17 €– formaba parte del importe de adjudicación del contrato originario que formalizaron las partes”

De acuerdo con la línea jurisprudencial expuesta, para determinar si procede el abono de intereses de demora por obra ejecutada fuera del contrato hay que estar a las concretas circunstancias del caso, siendo un dato relevante, entre otros, que la Administración haya recibido las obras y haya ocupado la edificación sin efectuar ninguna reserva o protesta.

Ahora bien, en la sentencia de 2 de julio de 2004 (Ar. 5094), citada en el escrito de consulta, se establece una importante matización en aquellos casos en los que la Administración sí efectúa alguna reserva o protesta en el acto de recepción:

“En relación con los intereses derivados de una obra realizada fuera del contrato pero aceptada por la Administración, la sentencia de 28 de octubre de 1997, declaró que la Administración debía abonarlos desde la fecha de la recepción al haberlas recibido sin formular protesta, ni reserva alguna durante ese tiempo por la naturaleza, alcance y características de la obra, y, en la sentencia de 11 de mayo de 2004, se declaró que no procedía el pago de intereses desde el año 1992, fecha en que se solicitaba, por ser esta la de la entrega de las obras y si la a partir de 1995, de acuerdo con una resolución de la Administración de 13 de junio de 1994, que había sido aceptada por el contratista Dragados y Construcciones, SA

Pues bien a partir de tal doctrina, de las normas aplicables y de las circunstancias que en el caso de autos concurren, es procedente declarar que los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de 1998, en atención, por un lado, a que la Administración en el acta de recepción de las obras expresamente hizo constar cuales eran las obras realizadas fuera del contrato, por otro, a que el abono de las mismas obligó a una modificación del contrato y a la tramitación de un crédito extraordinario aprobado, por Real Decreto Ley, y cuando en fin la convalidación definitiva de las obras se produce por acuerdo del Consejo de Ministros de 1998, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las obras, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos.

Y no obsta en nada a lo anterior el que se pudiera producir un desequilibrio entre la obligaciones de los contratantes, pues, por un lado, era una situación conocida para ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera del contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y en fin, porque se trata de una situación de hecho, que han posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato.

Y no hay que olvidar, como más atrás se ha expuesto, de una parte, que en otra ocasión un contratista en situación similar al de autos, ya aceptó el cobro de los intereses de las obras realizadas fuera del contrato a partir de la fecha de la convalidación y no de la recepción, y esta Sala a tal situación le dio su conformidad, y de otra, que si esta Sala en otra ocasión declaró que los intereses se producían a partir de la fecha de la recepción de las obras, ello lo fue, valorando entre otros, que la Administración no había hecho reserva alguna y en el caso de autos la Administración en el acta de recepción sí que hizo constar la realidad de las obras que se habían realizado fuera del contrato.”

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

Por lo tanto, cuando la Administración efectúa en el acto de recepción alguna reserva o protesta e inicia seguidamente un procedimiento de convalidación de las obras ejecutadas fuera de contrato, ha de entenderse que el devengo de intereses de demora asociado a las mismas se produce desde la fecha de la convalidación, pues resulta determinante que, pese a existir un acto de recepción, el contratista supiese que las obras realizadas fuera de contrato exigían los trámites oportunos, siendo ésta una circunstancia conocida por ambas partes (contratista y Administración).

La jurisprudencia menor de los Tribunales Superiores de Justicia aplica la aludida doctrina del Tribunal Supremo de forma casuística, tal y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2015 antes citada, ponderando las concretas circunstancias concurrentes.

Así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de julio de 2015 se indica lo siguiente:

“La Sentencia apelada ha concedido la cantidad de 95.999,81 euros en concepto de intereses de demora por el pago tardío de dicha factura, calculándolos desde su fecha de expedición hasta el 19 de marzo de 2014 fecha de la demanda, concediendo asimismo por tal concepto la suma que corresponda a partir del 20 de marzo de 2014 hasta la fecha de su completo pago, intereses de demora calculados en la forma prevista en el TRLCAP y en la Ley 3/2004 cuyo importe se determinará en su caso en ejecución de Sentencia, es decir, concede los intereses, conforme a lo solicitado por el recurrente, como si tal factura fuera una certificación ordinaria de obra, criterio que no compartimos, por cuanto que no es de aplicación la regulación que sobre la materia contiene la legislación de contratos, ya que el fundamento de la concesión de la factura es la teoría del enriquecimiento injusto.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 2 de Julio del 2004 declara que ‘los intereses de las obras realizadas fuera del contrato solo se podían devengar a partir de la convalidación definitiva de la obra, pues hasta ese momento la Administración no podía abonar el importe de las mismas, y si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos.’

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta no procede conceder los intereses de demora solicitados, por cuanto que en el caso debatido, ni se ha expedido certificación por la Dirección Facultativa, ni se ha tramitado ni aprobado en forma ningún proyecto modificado ni existe solicitud alguna de ello y tampoco ha existido fiscalización previa, por lo que era necesario someter a autorización y convalidación del Consejo de Gobierno el gasto y las actuaciones administrativas del expediente, siendo así que en el caso presente al no haber existido actuación administrativa alguna y concederse tal cantidad únicamente por aplicación de la doctrina que prohíbe el enriquecimiento sin causa (al margen de la normativa y regulación de los contratos administrativos), los únicos intereses que pueden ser concedidos son los intereses legales desde la fecha de la reclamación administrativa (13 de marzo de 2013), así lo tiene reiteradamente declarado esta Sala y Sección, entre otras en Sentencia de fecha 06/06/2013, dictada en el recurso 1333/2011, de fecha 09/03/2015 dictada en el recurso 849/2013 y de fecha 20/04/2015, dictada en el recurso 368/2013”

En la sentencia de 6 de junio de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004, declara lo siguiente:

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma esta tesis del pago por la Administración en los casos de enriquecimiento sin causa derivado de la ausencia o nulidad del contrato administrativo en todas las ocasiones en las que ha tratado la cuestión, y así lo proclama la Sentencias de 22 de Mayo y 21 de septiembre del 2000 , 30 de septiembre de 1999 y 14 de Enero de 1997 , entre otras, afirmando la Sentencia de 22 de Mayo del 2000 antes citada que las cantidades a cuyo pago se condena al Ayuntamiento no se derivan de un contrato

administrativo, refiriéndose al abuso que supone el desentenderse la Administración de obligaciones contraídas basándose en la nulidad de las mismas por infracciones formales, justificando la procedencia del pago de la cantidad reclamada en la llamada gestión de negocios de la Administración, trasplante al campo del Derecho público de la teoría de la “negotiorum gestio” como fuente de las obligaciones, afirmando que existe un cuasi contrato de gestión de negocios ajenos entre la Corporación demandada y la sociedad reclamante, y, además de ello, basando el aludido pago en el principio de evitar el enriquecimiento sin causa. Continua diciendo dicha resolución judicial que no se trata pues de que la obligación de pago tenga su origen en un contrato administrativo, ni por tanto se ha incurrido por la sentencia de instancia en infracción de los preceptos relativos a la contratación administrativa al estimar el recurso, ya que se hace nacer la referida obligación de fuente o causa distinta.

La sentencia de TS de 18 de julio de 2003 , afirma que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos, dimanantes de la Administración pública, que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración, y así se ha admitido tal doctrina en el ámbito de los contratos de obras en modificaciones ordenadas por el Director Técnico del Proyecto con el consentimiento tácito o expreso de la administración afectada (20 de diciembre de 1983, 2 de abril de 1986, 11 de mayo de 1995, 8 de abril de 1998) o modificaciones ordenadas por el Director no contempladas en el Proyecto pero, en general, ajustadas a las circunstancias previstas en su desarrollo (sentencias de 12 de febrero de 1979 , 12 de marzo de 1991 , 4 de marzo de 1997), u obras efectivamente realizadas por el contratista y que fueron efectivamente ejecutadas con pleno conocimiento y consentimiento del Equipo Técnico Municipal sin objeción alguna (sentencia de 22 de noviembre de 2004), así como un pago a un subcontratista a consecuencia de una subcontrata con consentimiento tácito de la administración en que hubo incumplimiento contractual por ambas partes contratantes.

Dicho lo anterior, la prueba documental practicada, ratificada en presencia judicial por el Director de la obra, pone de relieve que con fecha Noviembre de 2007, fue expedida la certificación nº 2 y final del proyecto complementario de las obras, que aparece suscrita por él mismo, por el aparejador y por la contrata, que corresponde a unidades ejecutadas, siendo su cuantía de 67.974,11 euros, que es la cantidad reclamada por el recurrente.

A la vista de lo expuesto procede estimar el recurso, declarando el derecho de la entidad mercantil OZ, SA al abono de la cantidad de 67.974,11 euros, importe de la referida certificación, por tratarse de obras realizadas y certificadas por el Director de la Obra.

TERCERO. En cuanto a la petición de abono de intereses moratorios desde el 13 de abril de 2008, (es decir 2 meses para expedir la certificación desde el acta de comprobación material de Proyecto Complementario (13 de diciembre de 2007) y 2 meses más para su abono), la Sala estima que no deben concederse ya que no es de aplicación la regulación que sobre la materia contiene la legislación de contratos, sino que el fundamento de la estimación del recurso es la teoría del enriquecimiento injusto”

Procede examinar la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al supuesto objeto de consulta, a la vista, tal y como previene el Alto Tribunal, de las concretas circunstancias concurrentes.

- III -

Concurren en las obras para la construcción de las “Nuevas instalaciones en el área pesquera del puerto de Pasaia” circunstancias muy singulares que, a juicio de este Centro Directivo, no permiten concluir, sin más, que la Administración haya recibido y ocupado las obras ejecutadas fuera de contrato sin formular reserva o protesta alguna (presupuesto fáctico que se considera en la sentencia de 28 de octubre de 1997). Por el contrario, aun siendo la

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

situación fáctica compleja, se aprecia fundamento para sostener que la Administración realizó (aun cuando sea tardíamente) actuaciones que suponen reaccionar, con conocimiento de la UTE contratista, frente a las obras ejecutadas fuera de contrato.

Efectivamente, las obras fueron objeto de recepción parcial, en su fase 1, el día 6 de febrero de 2015, sin que conste que la Autoridad Portuaria de Pasajes formulara en ese momento reserva o protesta alguna respecto a la obra ejecutada fuera de contrato. Se indica, además, que desde junio de 2012 hasta octubre de 2014 se han venido emitiendo certificaciones de obra que recogían precios contradictorios asociados al modificado que, tras su aprobación, fue suscrito por las partes el 30 de diciembre de 2014 y al proyecto de complementario nº 2 que no ha llegado a ser aprobado. Ahora bien, existen actuaciones posteriores de la Administración que reflejan claramente una reacción de la Autoridad Portuaria frente a la obra ejecutada sin cobertura contractual ni procedimental. En concreto:

- El 19 de febrero de 2015 la Autoridad Portuaria solicita a Puertos de Estado la realización de una auditoría técnico-económica de la totalidad de las actuaciones, al detectar falta de previsión en algunas de ellas.
- Se realiza dicha auditoría técnico-económica, dando lugar a un informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado que concluye que, ante la existencia de obras ejecutadas fuera de contrato, procede iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto para atender a su pago, así como incoar un expediente para depurar las eventuales responsabilidades disciplinarias o administrativas en las que se hubiera podido incurrir.

Ambos procedimientos (de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto y de depuración de las eventuales responsabilidades administrativas) se han iniciado por la Autoridad Portuaria de Pasajes.

- Si bien se incluyeron en las certificaciones 7 a 35 precios contradictorios que se corresponden con el proyecto de modificado que se encontraba en tramitación y con el proyecto de complementario nº 2 que no se había tramitado, se indica en el escrito de consulta que en la certificación nº 36, correspondiente al mes de noviembre de 2014, desaparece el capítulo de precios contradictorios, de tal forma que las unidades de obra que formaban parte de la modificación contractual aprobada en diciembre de 2014 pasaron a incorporarse a sus respectivos capítulos, y las restantes unidades, vinculadas al proyecto de complementario nº 2 (no tramitado) fueron descontadas.

Existen, en suma, actuaciones administrativas que, lejos de permitir presuponer una conformidad o aquietamiento de la Autoridad Portuaria, sin reservas ni protestas, ante las obras ejecutadas fuera de contrato, ponen de manifiesto la firme voluntad de regularizar tales actuaciones, una vez detectadas las irregularidades procedimentales concurrentes.

La “descertificación” efectuada a partir de la certificación nº 36 exige examinar si la previa certificación de obra por la Administración contratante implica una aceptación tácita de la obra ejecutada fuera de contrato, con los efectos que de ello podrían derivarse en cuanto al devengo de intereses de demora.

Conforme al artículo 232.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP) aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, “a los efectos del pago, la Administración expedirá mensualmente, en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan, certificaciones que comprendan la obra ejecutada durante dicho período de tiempo, salvo prevención en contrario en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuyos abonos tienen el concepto de pagos a cuenta sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer en forma alguna, aprobación y recepción de las obras que comprenden”.

Por su parte, el artículo 216.4 del TRLCSPP dispone que “la Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las

certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con lo dispuesto en el contrato de los bienes entregados o servicios prestados,....”

De los preceptos parcialmente transcritos se desprende que las certificaciones se han de emitir por la Administración en función, y previa comprobación, de la obra ejecutada de conformidad con lo dispuesto en el contrato. Pero también que dichas certificaciones tienen la consideración de pagos a cuenta, quedando sujetos a rectificaciones y variaciones, y sin que, por expresa previsión legal, impliquen aprobación y recepción de las obras que comprenden.

El Consejo de Estado, partiendo de que “las certificaciones mensuales que expide la autoridad contratante deben responder a la obra realmente ejecutada” y de que “la certificación debe siempre responder a una realidad ejecutada y valorada, y no puede convertirse en un mero instrumento de financiación” (dictamen, entre otros muchos, 1836/1995, de 11 de octubre), admite expresamente que, en caso de no ser así, la Administración haya de efectuar la correspondiente rectificación en la liquidación final de la obra, lo que resulta coherente con el interés público que subyace en la contratación y con la exigencia de rigor en la gestión de los fondos públicos. Así, en el dictamen 822/1993, de 8 de julio, el Alto Órgano Consultivo efectúa las siguientes consideraciones:

“...el contratista tiene derecho a que se le abone la obra realmente ejecutada y que fuere de recibo, previa verificación de los servicios administrativos. A tal fin, deberán realizarse, en su caso, los correspondientes actos de recepción y liquidación de las obras. Debe señalar este Consejo la incorrección de la actuación de la Dirección de Obras que certificó trabajos como terminados cuando ‘estaban pendientes de ser acabados’, ‘dado que una certificación de obra es un pago a cuenta de la totalidad del importe de las obras que figuran en el proyecto’ y ello ‘para facilitar la continuidad’ de las mismas. En efecto, el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, según establecen los artículos 47 de la Ley de Contratos del Estado y 142 del Reglamento dictado en su ejecución. La Administración, por otra parte, facilita la financiación de la obra mediante pagos a cuenta del precio definitivo. La realización de esos pagos está sujeta a un procedimiento de medición de la obra ejecutada, su valoración y certificación. La certificación acredita la obra ejecutada, de tal suerte que debe responder a lo verdaderamente hecho. Ello explica que, como momentos previos a la expedición de la certificación, las disposiciones reguladoras de la materia establezcan como obligatorias la medición y valoración de los trabajos. La medición de la obra no es una pura operación aritmética de fijación de las unidades realizadas sino que tiene el alcance de una verdadera comprobación de las prestaciones ejecutadas por el contratista en un determinado período de tiempo. En otros términos, que la certificación debe siempre responder a una realidad ejecutada y valorada y no puede convertirse en un mero instrumento contable de financiación de la obra futura mediante su expedición respecto de trabajos no llevados a efecto. Por consiguiente, en el caso presente, deberá determinarse qué trabajos correspondientes a las certificaciones números 3 y 4, expedidas en su día, fueron realmente ejecutados y cuáles no, mediante la correspondiente liquidación final de la obra, toda vez que en el informe emitido e incorporado al expediente no los contempla.”

En definitiva, el contratista no tiene un auténtico derecho al cobro hasta el momento de la recepción de las obras, por lo que los pagos parciales realizados con anterioridad tienen el carácter de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, sin que las certificaciones de obra implique, en modo alguno, la aprobación y recepción de las obras a las que se refieren. Es inconcuso que la obligación del contratista, tratándose de un contrato de obra, es una obligación de resultado y no de actividad para llegar a un resultado; a la Administración sólo le interesa la total y definitiva construcción de la obra pactada y no la actividad mediante la cual llega el contratista a este resultado; es por ello por lo que la Administración no debe el precio sino cuando el resultado final ha sido realizado a satisfacción.

Así las cosas, aunque la certificación suponga el reconocimiento por la Administración de la efectiva realización de las unidades a que se refieren, no dejan de ser documentos que no

II. RÉGIMEN CONTRACTUAL

tienen, en cuanto lo que en ellos se constata, un valor definitivo, sino provisional, pues quedan supeditadas a las oportunas mediciones o comprobaciones.

En el supuesto que se examina, una actuación irregular de la Dirección de Obra, certificando actuaciones no incluidas en el contrato y carentes de toda cobertura documental, no obsta a que la Administración rectifique dichas certificaciones de obra, a resultados de las comprobaciones pertinentes.

Siendo las certificaciones de obra, por expresa disposición legal, pagos a cuenta sujetas a las rectificaciones y variaciones que posteriormente puedan producirse, no cabe concluir que la indebida expedición de certificaciones relativas a obra ejecutada fuera de contrato, posteriormente rectificadas por la Administración contratante, implique una irrevocable aceptación de dicha obra. Distintamente, lo que se pone de manifiesto, a la vista de la documentación que se acompaña, es que la Administración reaccionó expresa y claramente contra la indebida expedición de certificaciones de obra regularizando una situación que estaba dando cobertura provisional a unas obras ejecutadas al margen del contrato.

Cabe añadir que, como se apuntó anteriormente, el informe de auditoría técnico-económico permite concluir que la UTE contratista no ha sido ajena a las irregularidades procedimentales que se han producido. Así, los informes emitidos por la asistencia técnica a la dirección de obra ponen de manifiesto:

- "... nuestra preocupación por las continuas modificaciones propuestas por la UTE que, como ya se ha podido constatar, bajo el aspecto de mejora para el proyecto sólo pretende un cambio de diseño que le permita utilizar el modelo de contradictorio con el correspondiente incremento económico de la nueva solución que, en el caso menos favorable, supone el valor de la contrabaja" (junio 2012).
- "...la dinámica de cambios de las soluciones de proyecto bien por imprevistos, bien por soluciones alternativas propuestas por la UTE o por nuevas necesidades o mejoras hacen difícil el controlar el presupuesto de la obra y sus desviaciones económicas" (agosto 2013).

El informe de auditoría técnico-económica también refleja, a raíz del informe de la asistencia técnica de septiembre de 2013, que "durante estos meses se indica que la UTE plantea precios contradictorios desorbitados para algunas de las soluciones que son necesario ejecutar para poner en servicio la Fase 1".

Las circunstancias anteriores (extraídas, se insiste, de los informes de la asistencia técnica de la obra), pondrían de manifiesto, si no la participación, sí, indudablemente, el conocimiento de la UTE contratista respecto de las irregularidades procedimentales que se consideran, y hacen decaer, a juicio de este Centro Directivo, la ratio o fundamento de justicia material en el que se asienta la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de octubre de 1997 ("entender las cosas de otra manera supondría un privilegio intolerable en favor de la Administración pues la prestación a cargo de la Administración, en supuestos como el presente, no sería exigible como consecuencia de omisiones y vicios procedimentales imputables no al contratista, sino a la propia Administración..."). Y, al mismo tiempo, aproximan más el supuesto de hecho que se examina al considerado en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2004 ("y no obsta en nada a lo anterior que se pudiera producir un desequilibrio entre las obligaciones de los contratantes, pues, por un lado, era una situación conocida por ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera de contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y, en fin, porque se trata de una situación de hecho, que ha posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato").

Por todo lo expuesto, y a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, se aprecia fundamento jurídico para sostener que el contratista no tiene derecho al abono de los intereses de demora correspondientes al pago de las obras ejecutadas fuera del contrato desde

la fecha de la recepción parcial, sino desde la fecha en la que se produzca la convalidación de tales obras con la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto tramitado al efecto.

- IV -

Se plantea en el escrito de consulta una segunda cuestión, en función de la solución que se adopte respecto de la primera, relativa a si las cantidades que, en su caso, correspondan abonar a la Autoridad Portuaria de Pasajes en concepto de intereses de demora por el pago de las obras realizadas al margen del contrato han de ser calificadas como un perjuicio económico para las cuentas públicas de la Autoridad Portuaria y, de ser así, cómo se articularía su posible resarcimiento.

Dado que en el fundamento jurídico precedente se ha concluido en sentido contrario al devengo de dichos intereses desde la fecha de la recepción parcial, no procedería entrar a examinar esta segunda cuestión, siendo conveniente evitar el devengo de intereses efectuando el pago inmediato a la UTE contratista de las cantidades resultantes del procedimiento de responsabilidad por enriquecimiento injusto.

A efectos meramente dialécticos cabe señalar que este Centro Directivo no puede entrar en consideraciones de tipo contable, como serían las atinentes al reflejo de los intereses de demora en las cuentas públicas de la Autoridad Portuaria, por circunscribirse el ámbito de nuestro asesoramiento a las cuestiones estrictamente jurídicas. Dicho lo anterior, debe indicarse que, en principio, no resulta jurídicamente admisible exigir los hipotéticos intereses de demora a los responsables de la irregular tramitación del procedimiento, habida cuenta de que dichos intereses de demora se devengan por el retraso en que incurre la Autoridad Portuaria en el abono del principal, y ese retraso sólo sería imputable a la Autoridad Portuaria.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico III del presente informe, se aprecia base suficiente para sostener que la UTE adjudicataria del contrato de “Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia” no tiene derecho al abono de los intereses de demora correspondientes al pago de las obras ejecutadas fuera del contrato desde la fecha de la recepción parcial, sino desde la fecha en la que se produzca la convalidación de dichas obras con la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto tramitado al efecto.

Segunda.- No corresponde a este Centro Directivo efectuar consideraciones de tipo contable, como serían las atinentes al reflejo de los intereses de demora en las cuentas públicas de la Autoridad Portuaria.

42.- Informe sobre procedencia de tramitar expediente de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto para abonar al contratista las obras ejecutadas al margen del contrato.

Resumen

Consulta sobre la procedencia de tramitar expediente de responsabilidad patrimonial por enriquecimiento injusto para abonar al contratista las obras ejecutadas al margen del contrato. Aplicación de la doctrina de prohibición de enriquecimiento injusto derivado de la ausencia de contrato. Idoneidad del procedimiento de responsabilidad patrimonial para determinar el derecho del contratista a ser indemnizado.

REF: A.G. ENTES PÚBLICOS 71/16 (R – 587/2016)

Fecha: 28 de julio de 2016

Ponente: Raquel Ramos Valles

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Presidente del Organismo Público Puertos del Estado, sobre diversas cuestiones procedimentales relacionadas con el expediente de responsabilidad patrimonial derivado de las obras ejecutadas al margen del contrato de “Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia”. Con relación a dicha consulta, este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos:

-I-

Se plantea, en primer lugar, si las obras ejecutadas bajo las instrucciones de la Autoridad Portuaria, sin cobertura contractual y no abonadas, causan un enriquecimiento injusto a favor de la Autoridad Portuaria y, correlativamente, un empobrecimiento injusto del contratista que le dé derecho a percibir una compensación económica.

Dicha cuestión ha sido extensamente abordada en el fundamento jurídico I del informe de este Centro Directivo de 22 de julio de 2016 (Ref. A.G. Entes Públicos 65/2016, R-548/2016), en el que, con cita de abundante doctrina del Consejo de Estado y de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se concluyó que, en estos casos, “es claro que resulta procedente abonar a la empresa contratista los trabajos ejecutados, pues, de otro modo, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración. Por ello, debe quedar a salvo el eventual derecho del contratista a que se le liquiden los trabajos ejecutados y recibidos, pues, como ha señalado la jurisprudencia, ‘incluso en la hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular en beneficio de la Administración no cuente con base paccionada por elemental que sea... lo procedente, ante la situación fáctica irreversible y los intereses subyacentes, es configurar esta situación como cuasicontrato de gestión de negocios ajenos (negotiorum gestio) en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasicontratista ... disponiendo éste de una actio in rem verso en el enriquecimiento sin causa...’ (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1979, Ar. 3448)”.

En consecuencia, cabe reiterar que las obras ejecutadas por la UTE contratista al margen del contrato y bajo las instrucciones de la Autoridad Portuaria generan un enriquecimiento injusto a favor de ésta y un correlativo empobrecimiento de la UTE contratista, que ha de compensarse a través del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

-II-

La segunda cuestión se plantea para el hipotético supuesto de que la primera consulta obtuviese una respuesta negativa, lo que no es el caso. En concreto, se plantea si deben estimarse las alegaciones de la UTE contratista, que muestra su disconformidad con el procedimiento seguido para el abono de las cuantías que reclama, y que considera que su pago ha de realizarse con la liquidación final del contrato, o si ha de entenderse que existe una contratación verbal de las obras ejecutadas fuera de proyecto constitutiva de un supuesto de nulidad de pleno derecho, por lo que procedería la declaración de nulidad por el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y la compensación económica a favor del contratista.

La doctrina y la jurisprudencia aludidas consideran, como se ha indicado, que el procedimiento de responsabilidad patrimonial es cauce adecuado para el resarcimiento de los daños derivados del enriquecimiento injusto a favor de la Administración, por ejecución de obras al margen del contrato.

Conviene recordar, a estos efectos, que tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia vienen considerando que existen cuatro títulos distintos de imputación de responsabilidad a la Administración, como son el funcionamiento normal de la organización administrativa, el funcionamiento anormal de los servicios públicos, el riesgo creado por la Administración en interés de la misma, y el enriquecimiento injusto. En concreto, numerosas sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 11 de mayo y 6 de junio de 1976, 6 de junio de 1977, 26 de marzo y 29 de octubre de 1980, 11, 13 y 14 de abril y 25 de junio de 1981, 8 de marzo de 1982, entre otras muchas) concluyen que en los casos de obras o servicios realizados sin contrato o en virtud de contrato no formalizado o inválido, debe procederse al pago, por estar prohibido en nuestro Derecho el enriquecimiento sin causa a costa de otro, enriquecimiento injusto que constituye título de imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración.

A la vista de la jurisprudencia y de la doctrina aludidas, y por razones de economía procedimental, no se considera procedente incoar un procedimiento de declaración de nulidad al amparo del artículo 102 de la LRJ-PAC en cuya resolución se determine, en su caso, la indemnización que proceda reconocer al contratista (artículo 102.4 de la LRJ-PAC), sino continuar la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial en curso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

En consideración a lo expuesto, la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Las obras ejecutadas por la UTE contratista al margen del contrato de “Nuevas Instalaciones en el área pesquera del Puerto de Pasaia” y bajo las instrucciones de la Autoridad Portuaria, generan un enriquecimiento injusto a favor de ésta y un correlativo empobrecimiento de la UTE contratista, siendo el procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado por la Autoridad Portuaria de Pasajes cauce procedimental adecuado para determinar la compensación económica que haya de reconocerse a la UTE contratista

III.- RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO

III.- RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO

43.- Informe sobre la viabilidad jurídica de solicitar préstamos de carácter colectivo con cargo a los fondos de fines sociales de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias.

Resumen

Consulta sobre la viabilidad jurídica de solicitar préstamos de carácter colectivo con cargo a los fondos de fines sociales de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias para dar “cobertura a las crecientes necesidades de ayudas sociales y económicas derivadas de la crisis económica.” Imprudencia de los mismos al no tener encaje entre los fines previstos para dicho Fondo de Fines Sociales en el artículo 49 del II Convenio Colectivo del Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias. Su otorgamiento, por otro lado, supondría un claro supuesto de fraude de ley al vulnerarse las previsiones sobre reducción de salario derivadas del Real Decreto- Ley 8/2010. En ningún caso de ese préstamo podría ser beneficiario personal fuera de Convenio.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 44/11 (R- 538/11)

Fecha: 19 de mayo de 2011

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

Esta Abogacía General del Estado–Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la solicitud de dictamen formulada por el Presidente de Puertos del Estado sobre la viabilidad jurídica de solicitar préstamos de carácter colectivo con cargo a los fondos de fines sociales de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias.

La solicitud de informe viene acompañada de una copia del Acta de Acuerdos entre Puertos del Estado, UGT y CCOO, en la reunión celebrada el pasado día 30 de marzo de 2011, cuyo punto 4, se refiere a la cuestión objeto de consulta, así como copia del Acta Extraordinaria de la Comisión Negociadora del III Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, de 29 de marzo de 2011, en especial la propuesta 1 del sindicato CCOO (página 3), relacionada, de nuevo, con la cuestión anterior.

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

- I -

De los términos de las Actas remitidas con la solicitud de dictamen, a las que se ha hecho mención anteriormente, se deduce, con bastante claridad, que la propuesta de solicitar préstamos de carácter colectivo con cargo a los Fondos de Fines Sociales de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias tiene por objeto compensar de alguna forma la reducción del 5% que ha sufrido la masa salarial de los trabajadores de dentro y de fuera del Convenio colectivo consecuencia del Real Decreto- Ley 8/2010, de 20 de mayo, de ordenación económica y por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Baste, en este sentido, con tener presente, en primer lugar, uno de los párrafos del Acta Extraordinaria de la Comisión Negociadora del III Convenio Colectivo, de 29 de marzo de 2011 (página 2), donde la representación empresarial se hace eco de última reunión con la CECIR, informándose a los trabajadores, entre otras cosas, “... que los objetivos prioritarios (por todos conocidos de contención del gasto) impiden de momento avanzar en la línea de los porcentajes adicionales y, en ningún caso, se puede tomar en consideración cualquier alternativa de compensación al 5% de reducción del Real Decreto-Ley 8/2010. Una de ellas, la primera de la representación de UGT (punto 1. Página 2), fue:

“Proponer a Puertos del Estado realizar las gestiones ante los Organismos Competentes, para la desaparición o eliminación del descuento del 5% de las nóminas de los trabajadores de dentro y fuera de Convenio:”

En esa misma línea, pero de una forma más concreta, el apartado 1 de la propuesta realizada por CCOO (Página 3 del Acta Extraordinaria de la Comisión Negociadora del III Convenio Colectivo, de 29 de marzo de 2011), dice ya textualmente lo que sigue:

“La reserva de la dotación efectuada en muchos puertos para la posible pérdida de la sentencia, se ingrese en la cuenta del Fondo para Fines Sociales para su reparto a los trabajadores en las cuantías deducidas y pendientes de deducir hasta el 31 de diciembre de 2011, derivada del recorte salarial del 5% referente al Real Decreto 8/2010, de tal forma y que una vez se tenga por definitiva la sentencia, en caso favorable, no haya repercutido negativamente en los trabajadores y por el contrario, de ser ésta desfavorable, se puedan retrotraer en un plazo de 10 años con cargo al propio fondo de fines sociales.”

Puertos del Estado, como resulta del punto 4 del Acta de Acuerdos entre Puertos del Estado, UGT y CCOO, en su reunión del día 30 de marzo de 2011, se compromete a estudiar el encaje legal de la solicitud de préstamos de carácter colectivo con cargo a los Fondos de Fines Sociales de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, que den cobertura a las crecientes necesidades de ayudas sociales y económicas derivadas de la crisis económica, y que afecte a los trabajadores tanto de fuera como de dentro del convenio, que deberían satisfacer los respectivos Fondos de Fines Sociales con cargo a sus presupuestos anuales corrientes, comprometiéndose a recabar el informe de la Abogacía del Estado.

- II -

Como se observa inmediatamente, la propuesta concreta que ha realizado CCOO en el Acta de la Comisión Negociadora del III Convenio Colectivo (punto 1, página 3 del Acta) no tiene, sobre el papel, nada que ver con el compromiso adquirido por Puertos del Estado en el Acta de Acuerdos entre dicho ente, UGT y CCOO, sobre el encaje legal de la solicitud de préstamos de carácter colectivo, con cargo a los Fondos de Fines Sociales (punto 4), y sobre el que se solicita el parecer de esta Abogacía General del Estado. Se desconoce, por tanto, si, esta última, es la forma en que Puertos del Estado ha intentado dar cauce a la propuesta formulada por CCOO en la reunión de la Comisión Negociadora del Convenio (punto 1) o la forma igualmente de encauzar la petición inicial contenida de la parte social, contenida en el punto 1 del Acta de Acuerdos, en el que esta última insta a Puertos del Estado a realizar las gestiones ante los organismos competentes para la recuperación de la capacidad económica de todos los trabajadores del sistema portuario.

Pues bien, con referencia, en primer término, a la propuesta realizada por CCOO resulta bastante obvio que, de existir en algunos puertos una reserva de dotación para hacer frente a la posible pérdida derivada de la sentencia (esa sentencia no puede ser otra que la dicte la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la reclamación formulada por los trabajadores de puertos a través de sus representantes sindicales, en el caso de que el TC estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por dicha Sala contra el Real Decreto –Ley 8/2010, de reducción salarial), ésta no podría ingresarse en absoluto en la cuenta del Fondo para Fines Sociales, dotada únicamente con el 1% de la nómina correspondiente de cada trabajador (artículo 49 del II Convenio Colectivo vigente de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, aprobado por Resolución de 21 de diciembre de 2005), ni repartirse, por tanto, entre los trabajadores en las cuantías reducidas y pendientes de deducir hasta el 31 de diciembre de 2011, derivada del recorte salarial del 5% de ese Real Decreto-Ley. Por otro lado, de existir esa reserva de dotación e ingresarse en el Fondo, su importe sería muy superior al 1% citado, suponiendo su reparto entre los trabajadores portuarios un evidente fraude de ley y, en todo caso, un incremento retributivo que requeriría el informe previo de la CECIR que, a la vista de las circunstancias actuales, no podría ser más que negativo

Pasando ya a la cuestión que es objeto de la solicitud de dictamen, la relativa al encaje legal de la solicitud de préstamos de carácter colectivo con cargo a los Fondos de Fines Sociales de Puertos del Estado y de las distintas Autoridades Portuarias, con el fin de dar “cobertura a las crecientes necesidades de ayudas sociales y económicas derivadas de la crisis económica y que afecte a los trabajadores tanto de fuera como de dentro del convenio”, esta Abogacía General del Estado es de la opinión, en principio, que los préstamos en cuestión no tendrían encaje entre los fines previstos para dicho Fondo de Fines Sociales, de nuevo, en el artículo 49 del II Convenio, citado, donde como fines concretos del Fondo están la promoción de los trabajadores, las ayudas de estudios para los hijos de los mismos, las actividades culturales y deportivas y las situaciones excepcionales en lo asistencial.

No parece de recibo y supondría también un claro supuesto de fraude de ley que, con el fin de compensar a los trabajadores portuarios sujetos a convenio por la reducción de su salario derivada del Real Decreto- Ley 8/2010, se comenzaran a otorgar préstamos colectivos con cargo a ese 1%, distraendo del mismo importantes cantidades, hasta prácticamente agotarlo, para fines distintos de los previstos para ese Fondo en el propio Convenio. Sólo, singularmente, se podría pensar en atender con cargo al mismo situaciones “excepcionales” en lo asistencial.

Por supuesto, de ese préstamo no podría ser beneficiario el personal fuera de Convenio, que no tiene autorizadas cuantías en concepto de acción social. Si, no obstante, se pretendiese otorgar a los mismos un préstamo con cargo a ese Fondo, habría que tener presente que, cualquier cuantía adicional que se hiciera efectiva a este personal en concepto de acción social supondría un incremento retributivo para cuya validez necesitaría el informe favorable de la CECIR que, en estos momentos y a la vista de las circunstancias económicas existentes que propiciaron la aprobación del Real Decreto –Ley 8/2010, no podría ser, otra vez, más que negativo.

A la vista de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.- Los préstamos de carácter colectivo con cargo a los Fondos de Fines Sociales de Puertos del Estado y de las distintas Autoridades Portuarias, con el fin de dar “cobertura a las crecientes necesidades de ayudas sociales y económicas derivadas de la crisis económica y que afecte a los trabajadores tanto de fuera como de dentro del convenio” no tendrían encaje entre los fines previstos para dicho Fondo de Fines Sociales en el artículo 49 del II Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias donde, como fines concretos del Fondo, están la promoción de los trabajadores, las ayudas de estudios para los hijos de los mismos, las actividades culturales y deportivas y las situaciones excepcionales en lo asistencial.

Segunda.- El otorgamiento de esos préstamos colectivos supondría también un claro supuesto de fraude de ley, pues, con cargo al 1% de la nómina de todos los trabajadores sujetos a convenio, que constituiría la dotación de ese Fondo y con el fin de compensar a los mismos por la reducción de su salario derivada del Real Decreto- Ley 8/2010, se estarían distraendo de ese Fondo importantes cantidades, hasta prácticamente agotarlo, para fines distintos de los previstos en el propio Convenio. Sólo, singularmente, se podría pensar en atender con cargo al mismo situaciones “excepcionales” en lo asistencial.

Tercera.- Por supuesto, de ese préstamo no podría ser beneficiario el personal fuera de Convenio, que no tiene autorizadas cuantías en concepto de acción social. Si, no obstante, se pretendiese otorgar a los mismos un préstamo con cargo a ese Fondo, habría que tener presente que, cualquier cuantía adicional que se hiciera efectiva a este personal en concepto de acción social supondría un incremento retributivo para cuya validez necesitaría el informe favorable de la CECIR que, en estos momentos y a la vista de las circunstancias económicas existentes que propiciaron la aprobación del Real Decreto –Ley 8/2010, no podría ser, otra vez, más que negativo.

44.- Informe sobre la interpretación de una cláusula de un contrato de crédito suscrito entre Puertos del Estado y la Autoridad Portuaria de Gijón.

Resumen

Consulta sobre la interpretación de una cláusula del contrato de crédito suscrito por Puertos del Estado y la Autoridad Portuaria de Gijón. Imposibilidad de destinar el importe del crédito concedido para una finalidad distinta de la financiación del proyecto modificado de la obra de ampliación del Puerto de Gijón. En caso de incumplimiento de esa finalidad Puertos del Estado podría dar por vencido dicho contrato en su totalidad.

Una hipotética declaración de vencimiento anticipado y consiguiente obligación de reintegro, traería también aparejado como consecuencia que el Banco Europeo de Inversiones pudiera declarar extinguido de pleno derecho total o parcialmente el crédito que ha concedido a la Autoridad Portuaria, de acuerdo todo ello con los términos de su propio contrato de crédito

Ref.: A. G. Entes Públicos 73/11 (R-899/11)

Fecha: 29 de julio 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 el contrato de crédito suscrito en 1 de febrero de 2010 entre el organismo público Puertos del Estado y la Autoridad Portuaria de Gijón. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

Tal y como se indica en la solicitud de informe, el 1 de febrero de 2010 se suscribió un contrato de crédito entre el organismo público Puertos del Estado y la Autoridad Portuaria de Gijón por un importe de hasta 215 millones de euros para atender el coste adicional que iba a tener la obra de ampliación del Puerto de Gijón como consecuencia del “Modificado de ampliación del Puerto de Gijón”, redactado en el mes de octubre de 2007. Dicho coste adicional se puso de manifiesto en un documento complementario suscrito entre la Autoridad Portuaria y el contratista en la misma fecha en la que se firmó el citado contrato de crédito.

El organismo público Puertos del Estado recaba el parecer de este Centro Directivo sobre la obligatoriedad de destinar al pago del coste adicional las cantidades de las que ha dispuesto la Autoridad Portuaria de Gijón en virtud del referido contrato de crédito (en la actualidad ha dispuesto de la totalidad del importe del crédito), si es posible que se destinen a otras obligaciones que hayan surgido en la ejecución del proyecto original o modificado que no constituyan estrictamente el coste adicional mencionado y, en caso de que se concluya que no pueden destinarse a otros fines, que se analice si es exigible, para no incurrir en causa de extinción o vencimiento anticipado de aquel contrato, que la Autoridad Portuaria no aplique esas cantidades hasta que se pague al contratista el coste adicional.

Por último, se solicita que se analice la incidencia que, sobre el contrato de crédito que también suscribió la Autoridad Portuaria de Gijón con el Banco Europeo de Inversiones, podría tener una eventual exigencia de devolución de las cantidades dispuestas que no hubieran sido destinadas al fin establecido, en caso de estimarse que no pueden formar parte del crédito concedido.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

Para dar una respuesta precisa a la cuestión planteada en la solicitud de informe, resulta necesario tener presente, en primer término, que el 9 de febrero de 2005 se concertó el contrato de ejecución de obras del Proyecto de Ampliación del Puerto de Gijón, suscrito, de una parte, por la Autoridad Portuaria de Gijón y, de otra, por la Unión Temporal de Empresas “Dique Torres” con un presupuesto de 579.241.559,00 euros, que coincidía con el importe de la oferta variante realizada por la citada Unión Temporal, de acuerdo con las cláusulas contenidas en el mencionado contrato.

Ante determinadas dificultades sobrevenidas en la ejecución de la obra, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Gijón, en sesión celebrada el 20 de noviembre de 2007, acordó continuar la gestiones oportunas para concluir el trámite de aprobación del modificado por importe de 216.314.095,10 euros, promoviendo igualmente la solicitud, por parte de la Administración General del Estado, de la modificación de la decisión de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2004, con el fin de obtener la asignación de nuevos fondos europeos para la financiación del modificado de ampliación del Puerto de Gijón, con una fórmula mixta similar a la del contrato principal. Tras realizarse los trámites oportunos y a la vista del volumen de financiación que se esperaba obtener de la Unión Europea, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Gijón aprobó, el 18 de diciembre de 2007, el proyecto “Modificado de ampliación del Puerto de Gijón”, que supone un incremento de la inversión cifrado en 216.314.095,10 euros, IVA excluido, bien que dicha aprobación quedó condicionada a la situación de fondos y a la asignación presupuestaria correspondiente.

El 30 de julio de 2009, al no existir expectativa cierta y a corto plazo de obtener de la Unión Europea el compromiso de ampliar la financiación del contrato, el Consejo de Administración acordó autorizar, bien que condicionada a su aprobación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010, una operación de endeudamiento por importe máximo de 215 millones de euros, para la financiación definitiva de las obras del proyecto de “Ampliación del Puerto de Gijón”. Esta operación en la que el prestamista fue el organismo público Puertos del Estado se materializó en el contrato de crédito suscrito entre la Autoridad Portuaria de Gijón y el organismo público Puertos del Estado el 1 de febrero de 2010, suscribiéndose ese mismo día entre la Autoridad Portuaria de Gijón y el contratista un documento complementario del contrato de ejecución de obra para reflejar el coste adicional del contrato.

- II -

Partiendo de los anteriores datos y contestando a la primera cuestión planteada, relativa a la obligatoriedad de destinar al pago del coste adicional citado las cantidades de las que ha dispuesto la Autoridad Portuaria de Gijón en virtud de referido contrato de crédito y, si es posible, que se destinen a otras obligaciones que hayan surgido en la ejecución del proyecto original o modificado que no constituyan estrictamente el coste adicional mencionado, es preciso acudir al texto del propio contrato de crédito que de forma taxativa en su estipulación segunda, que lleva por rúbrica “Finalidad”, dispone textualmente:

“La APG (se refiere a la Autoridad Portuaria de Gijón) se obliga a destinar el importe del crédito concedido (hasta un importe máximo de 215.00.000 euros -estipulación primera-) a financiar el Proyecto Modificado de la obra de ampliación del Puerto de Gijón. El OPPE (se alude al organismo público Puertos del Estado) podrá realizar cuantas auditorías considere necesarias para comprobar el destino dado a los fondos y, en todo caso, hará una liquidación de la obra para verificar la aplicación de los fondos a la finalidad prevista en esta cláusula.”

A juicio de esta Abogacía General del Estado, la claridad de esta estipulación en cuanto al destino del importe del crédito concedido que no es otro que “financiar el Proyecto Modificado de la obra de ampliación del Puerto de Gijón”, entendiéndose por tal ese exclusivo concepto, esto es, el “modificado” o coste adicional del contrato de ejecución de obras debido a las dificultades sobrevenidas, y no otro concepto relacionado con la ejecución de la obra o el modificado posterior, no admite duda al respecto, no siendo posible, por tanto, que la Autoridad Portuaria de Gijón destine el importe del crédito a financiar conceptos distintos de los derivados estrictamente del coste adicional de la obra de ampliación que supone el modificado.

Es más, la estipulación undécima del contrato establece expresamente que el contrato podrá ser dado por vencido por el organismo público Puertos del Estado cuando concurra, entre otras, la circunstancia siguiente:

“(…)

- c) Utilización de los fondos dispuestos con una finalidad distinta de la especificada en el presente contrato.”

En este sentido, y para reforzar jurídicamente esta interpretación de la estipulación segunda del contrato, nada mejor que tener presente el contenido del artículo 1281 del Código Civil, según el cual “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas (…):”

La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1998 declara, en relación con el alcance del primer párrafo del artículo 1281, lo siguiente:

“Segundo.-La doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del contrato la ha resumido, entre otras muchas, la Sentencia de 17 mayo 1997 en los siguientes términos, que distinguen el concepto y aplicación de las normas de interpretación, por una parte y, por otra, la función del órgano jurisdiccional en esta materia.

La interpretación del contrato -o de cláusulas contractuales- pretende la averiguación y comprensión del sentido y alcance del consentimiento, es decir, de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes. El Código Civil da una serie de normas de interpretación a partir del artículo 1281 combinando los criterios subjetivos (averiguación de la voluntad real o intención común de los contratantes) y objetivo (significado objetivo, de acuerdo con los usos de las declaraciones). El punto de partida de la interpretación es la letra de la cláusula o cláusulas del contrato, tal como dispone el primer párrafo del artículo 1281: si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. La jurisprudencia de esta Sala ha sido reiteradísima en este sentido: dice la Sentencia de 13 noviembre 1985 que por su meridiana claridad, no puede ser objeto de otra interpretación que la resultante de sus propios términos gramaticales, a lo que se viene obligado, tanto para las partes como para el juzgador, por imperio del artículo 1281.1.º del Código Civil y añade la de 7 julio 1986 que no debe admitirse cuestión sobre la voluntad cuando en las palabras no existe ambigüedad, lo que plasma el texto de Paulo: «quam in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio» (Digesto, 37,1) y concluye la de 29 marzo 1994: las normas o reglas interpretativas contenidas en los arts. 1281 a 1289 ambas inclusive del Código Civil, constituyen un conjunto subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del art. 1281 de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subordinarias respecto de la que preconiza la interpretación literal. La de 10 febrero 1997 dice que no se tiene en cuenta que, como ha dicho reiteradamente...”

En resumen, y reiterando lo expuesto, los términos literales de la estipulación segunda del contrato de crédito de 1 de febrero de 2010 impiden destinar el importe del crédito concedido por el organismo público Puertos del Estado a la Autoridad Portuaria de Gijón para una fina-

lidad distinta de la financiación del proyecto modificado de la obra de ampliación del Puerto de Gijón, sin que, por consiguiente, sea posible destinar el mismo a otras obligaciones derivadas del contrato de ejecución de obra y de su ampliación que no constituyan estrictamente el coste adicional del proyecto financiado con un crédito por importe máximo de 215 millones de euros.

- IV -

Resuelta en los términos indicados la primera cuestión, debe analizarse si es exigible, para no incurrir en causa de extinción o vencimiento anticipado del contrato de crédito, que la Autoridad Portuaria de Gijón no aplique las cantidades hasta que haga efectivo el pago de ese coste adicional al contratista.

Pues bien, respondiendo a esa pregunta, y como se ha expuesto anteriormente, se debe señalar que la estipulación undécima del contrato, que lleva por rúbrica “Causas de declaración de vencimiento anticipado”, dispone textualmente que:

“El presente contrato podrá ser dado por vencido por el OPPE cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

(...)

c) Utilización de los fondos dispuestos con una finalidad distinta a la especificada en el presente contrato.”

Del tenor literal de esa estipulación se deduce con suficiente claridad que la misma sanciona una facultad (“podrá”) del organismo público Puertos del Estado para dar por vencido el contrato de crédito por razón de la utilización, por parte de la Autoridad Portuaria de Gijón, de los fondos dispuestos con una finalidad distinta de la especificada en el contrato, que no es otra, como se indicó, que la financiación del proyecto modificado de la obra de ampliación del Puerto de Gijón.

La misma estipulación undécima añade que “cuando la declaración de vencimiento de este contrato sea instada por PUERTOS DEL ESTADO, con arreglo a lo previsto en las letras anteriores, la APG vendrá obligada, dentro del plazo de SESENTA (60) días naturales contados a partir de la notificación de vencimiento que a tales efectos le realice Puertos del Estado, a reintegrar la totalidad del principal dispuesto y no amortizado, más los intereses ordinarios, intereses moratorios en su caso, comisiones y demás gastos siempre que sean razonables y documentalmente justificados. Para la liquidación se aplicará el último tipo de interés vigente, que se entenderá aceptado por la APG al sólo y exclusivo efecto de practicar aquélla.”

De acuerdo con lo expuesto, y aunque, como se ha indicado, la declaración de vencimiento anticipado del crédito en el caso de tener lugar la utilización de los fondos dispuestos por la Autoridad Portuaria de Gijón con una finalidad distinta a la especificada en el contrato es facultativa, dependiendo exclusivamente de la voluntad del organismo público Puertos del Estado, es obvio que, si la Autoridad Portuaria de Gijón no quiere incurrir en esa causa de declaración de vencimiento anticipado del contrato de crédito, no debería aplicar esas cantidades a una finalidad distinta del pago al contratista del coste adicional derivado de la modificación contractual.

En este sentido, de la documentación que se adjunta a la solicitud de informe, en especial, de la copia parcial del acta del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Gijón, en la que se refleja el acuerdo adoptado sobre la liquidación provisional de las obras, y del informe de la Abogacía del Estado en Asturias, de fecha 15 de junio de 2011, sobre la referida liquidación, se deduce con claridad que, si bien es cierto que el coste adicional previsto a resultas de modificado se ha visto reducido notablemente, existiendo a priori un

sobrante de cierta entidad, también lo es que el contratista ha formulado una reclamación de elevada cuantía, desestimada por la Autoridad Portuaria de Gijón, pero que previsiblemente se residenciará en vía judicial, por lo que, en la parte en que esa reclamación quede referida al modificado, lo más prudente es no aplicar el crédito dispuesto a una finalidad distinta de la estipulada en el contrato, consignando, en su caso, la diferencia entre el importe de la liquidación provisional y lo reclamado por el contratista, a reserva de la decisión definitiva que adopten los Tribunales de Justicia.

Aunque, como se ha expuesto, la aplicación del importe total del crédito a una finalidad distinta del pago al contratista del coste adicional derivado de la modificación contractual puede determinar que Puertos del Estado, de acuerdo con los términos del contrato, declare el vencimiento anticipado del crédito con el obligado reintegro de la totalidad del principal dispuesto y no amortizado, sería también jurídicamente admisible que ese Organismo, renunciando de forma tácita a esa facultad y sin declarar ese vencimiento anticipado, exigiera sólo la devolución de aquella parte del crédito destinada a una finalidad distinta de la especificada en el contrato.

- V -

Por último, el escrito de consulta interesa que se analice la incidencia que, sobre el contrato de financiación que suscribió el 17 de marzo de 2005 la Autoridad Portuaria de Gijón con el Banco Europeo de Inversiones, podría tener una eventual exigencia de devolución o reintegro de las cantidades dispuestas que no hubieran sido destinadas al fin establecido, en caso de estimarse que no pueden formar parte del crédito concedido.

Pues bien, la respuesta a esta última cuestión se encuentra en la cláusula 10 (“Exigibilidad anticipada del préstamo”) del contrato de financiación suscrito entre el Banco Europeo de Inversiones y la repetida autoridad portuaria.

El apartado 10.01 de dicha cláusula dispone que “el Banco puede declarar el presente préstamo exigible de pleno derecho total o parcialmente, sin necesidad de cumplir ninguna formalidad judicial, en los siguientes supuestos:

A- Inmediatamente de producirse alguno de los casos siguientes:

(...)

- c) falta de reembolso en la fecha debida de los importes adeudados por cualquier título, por el PRESTATARIO, por cualquier préstamo, crédito o empréstito y en particular, cuando, como consecuencia de una falta de cumplimiento de sus compromisos, EL PRESTATARIO se ve obligado a reembolsar por anticipado cualquier otro préstamo, crédito o empréstito, o se produce una ejecución de garantías reales sobre los bienes de su activo”

El apartado 10.03 de esta misma cláusula detalla las sumas a abonar en caso de exigibilidad anticipada.

Pues bien, dados los términos de la cláusula transcrita, parece bastante claro que una hipotética declaración de vencimiento anticipado del crédito, otorgado el 1 de febrero de 2010 por el organismo público Puertos del Estado, debido a la utilización de los fondos dispuestos con una finalidad distinta a la especificada en el contrato (lo que llevaría aparejado, como se ha visto, una obligación de reintegro o reembolso de la totalidad del principal dispuesto y no amortizado por parte de la Autoridad Portuaria de Gijón) traería como consecuencia que el Banco Europeo de Inversiones, de acuerdo con la cláusula 10 del contrato de financiación entre el citado Banco y la Autoridad Portuaria de Gijón por importe de 50 millones de euros y destinado, en su totalidad, también al proyecto de ampliación del Puerto de Gijón, pueda (de nuevo es una facultad del propio Banco) declarar exigible de pleno derecho total o parcial-

mente el préstamo, sin necesidad de cumplir ninguna formalidad judicial y con los efectos previstos en la citada cláusula 10.3.

En el caso de que, de acuerdo con lo expuesto en el último párrafo del fundamento jurídico anterior, Puertos del Estado no optara por una declaración de vencimiento anticipado del crédito con exigencia de la totalidad del principal dispuesto y no amortizado, sino por exigir únicamente la devolución de aquella parte del crédito destinada a una finalidad distinta de la especificada en el contrato, no puede asegurarse que el Banco Europeo de Inversiones, de acuerdo con la estipulación anterior, entienda que se trata de una falta de cumplimiento de sus compromisos por parte de la Autoridad Portuaria de Gijón y, sobre esta base, pueda declarar exigible su propio préstamo.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Los términos literales de la estipulación segunda del contrato de crédito de 1 de febrero de 2010 suscrito por el organismo público Puertos del Estado y la Autoridad Portuaria de Gijón impiden destinar el importe del crédito concedido para una finalidad distinta de la financiación del proyecto modificado de la obra de ampliación del Puerto de Gijón, sin que, por consiguiente, sea posible destinar el mismo a otras obligaciones derivadas del contrato de ejecución de obra y de su ampliación que no constituyan estrictamente el coste adicional del proyecto por razón del modificado.

Segunda.- El organismo público Puertos del Estado, de acuerdo con el tenor literal de la estipulación undécima del contrato de crédito suscrito con la Autoridad Portuaria de Gijón, podría dar por vencido dicho contrato en caso de utilización de los fondos dispuestos para una finalidad distinta a la especificada en el contrato, siendo, por tanto, obvio que, si la Autoridad Portuaria de Gijón no quiere incurrir en esa causa de declaración de vencimiento anticipado, no debería aplicar dichos fondos a una finalidad distinta del pago del coste adicional al contratista derivado de la modificación contractual. A lo sumo, y ante la previsible reclamación judicial del contratista contra la liquidación provisional del contrato y en la parte que dicha reclamación quede referida al modificado, debería consignar la diferencia entre el importe de dicha liquidación y lo reclamado por aquél, a reserva de la decisión definitiva que adopten los Tribunales de Justicia.

Tercera.- Dados los términos del contrato de financiación suscrito entre el Banco Europeo de Inversiones y la Autoridad Portuaria de Gijón, parece bastante claro que una hipotética declaración de vencimiento anticipado del crédito otorgado el 1 de febrero de 2010 por parte de la organismo público Puertos del Estado, debida a la utilización de los fondos dispuestos con una finalidad distinta a la especificada en el contrato (lo que llevaría aparejado una obligación de reintegro o reembolso de la totalidad del principal dispuesto y no amortizado por parte de la Autoridad Portuaria de Gijón —estipulación undécima del contrato—), traería como consecuencia que el Banco Europeo de Inversiones, de acuerdo con la cláusula 10 del contrato de financiación concertado el 17 de marzo de 2005, pueda (de nuevo es una facultad del propio Banco) declarar exigible de pleno derecho total o parcialmente el préstamo, sin necesidad de cumplir ninguna formalidad judicial y con los efectos previstos en la citada cláusula 10.3.

IV.- RÉGIMEN TRIBUTARIO

IV.- RÉGIMEN TRIBUTARIO

45.- Informe sobre la sujeción de las Autoridades Portuarias al Impuesto sobre Sociedades por los ingresos obtenidos por ellas en concepto de tarifas por prestación de servicios.

Resumen

Consulta sobre sujeción de las Autoridades Portuarias al Impuesto sobre Sociedades durante los ejercicios 2000 y 2001 por los ingresos obtenidos por aquéllas en concepto de tarifas por prestación de servicios. Evolución de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en materia de exenciones a entidades públicas (Ley 61/1978; Ley 27/1992, Ley 43/1995; Ley 66/1997; Ley 24/2001; Ley 49/2002 y Ley 48/2003). Criterios doctrinal y jurisprudencial sobre la exención consistente en: “actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica”; incidencia de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional el art. 70, apartados 1 y 2, de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante por calificar estos preceptos las tarifas por prestación de servicios portuarios como precios privados; imposibilidad de apreciar explotación económica cuando como contraprestación se perciben tasas. Carácter interpretativo de la norma del artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995 introducida por la Ley 44/2002: aplicación retroactiva de la misma por tal condición. Conclusión favorable a la no sujeción de las Autoridades Portuarias al Impuesto sobre Sociedades por los ejercicios indicados y por razón de las “tarifas” cobradas por prestación de servicios portuarios indicados en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 39/05

Fecha: 5 de julio de 2005

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la interpretación y efectos de la modificación introducida en el artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (hoy artículo 121.1.a) del Texto Refundido del Impuesto, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) por la disposición adicional segunda de la Ley 49/2002, sobre régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, en relación con el régimen jurídico tributario por ese Impuesto de las Autoridades Portuarias, y en particular si, en los ejercicios 2000 y 2001, los ingresos obtenidos por las citadas Autoridades en concepto de tarifas por prestación de servicios portuarios se encontraban exentos o sujetos al impuesto.

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

ANTECEDENTES

Ha tenido entrada en esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado un escrito firmado por el Presidente de Puertos del Estado en el que, después de realizar una exposición sucinta de los antecedentes que motivan la consulta, solicita el parecer de este Centro sobre la interpretación y alcance de la modificación introducida en el artículo 134 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en particular, y como se ha expuesto en el encabezamiento de este Informe, si, en los ejercicios 2000 y 2001, los ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias en concepto de tarifas por prestación de servicios portuarios se encontraban exentos o sujetos a dicho impuesto. La consulta tiene su origen en el inicio de unas actuaciones de comprobación e inspección parcial del referido impuesto

por los ejercicios citados cerca de las Autoridades Portuarias de Gijón y Avilés, motivadas por sendos informes de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, AEAT) y de la Dirección General de Tributos (en adelante, DGT).

FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

A fin de centrar convenientemente la cuestión que es objeto de consulta, resulta oportuno hacer una referencia al régimen jurídico tributario por el Impuesto sobre Sociedades de las Autoridades Portuarias desde la antigua Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reguladora de ese impuesto, hasta la última reforma introducida en la vigente Ley 43/1995, de 27 de diciembre (hoy Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo) por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, sobre régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo que, en su disposición adicional segunda, nº 5, modificó, por lo que ahora importa, el artículo 134 de la Ley 43/1995.

La Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, después de señalar en su artículo 4.1 que son sujetos pasivos del impuesto todos aquellos sujetos de derechos y obligaciones, con personalidad jurídica, que no estén sometidos al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, declaraba en su artículo 5.1 exentos del mismo, entre otros, al Estado, a las Comunidades Autónomas y a los Organismos autónomos de carácter administrativo y los Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, encajando dentro de estos últimos las antiguas Juntas del Puerto y Puertos en régimen de autonomía de la Ley 27/ 1968, de 20 de junio, sobre Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía. Como se deduce del tenor literal de ese artículo 5, lo que primaba para el reconocimiento de la exención del Impuesto a esa serie de entes públicos era la forma jurídica que adoptaban, al margen del contenido real de sus actividades.

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) mantuvo esa exención a favor de las Autoridades Portuarias, al disponer en su artículo 5.1 que “las Autoridades Portuarias quedan sometidas al mismo régimen tributario que corresponde al Estado”.

Las únicas excepciones, ya recogidas en la Ley 61/1978 (artículo 5.1, penúltimo párrafo, y 3), eran los rendimientos que esas entidades pudieran obtener por el ejercicio de explotación económica, los derivados de su patrimonio, cuando su uso se halle cedido, los incrementos de patrimonio y los rendimientos sometidos a retención por este Impuesto.

La situación cambió con la aprobación de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, que entró en vigor el 1 de enero de 1996 y que es aplicable a los periodos impositivos iniciados a partir de esa fecha (disposición final undécima de la misma). Dicha Ley deroga la Ley 61/1978, así como todas las normas anteriores referentes a la obligación de contribuir por este impuesto.

El artículo 9.f) de la Ley 43/1995, en su redacción originaria, declaraba totalmente exentos del Impuesto a “los entes públicos del artículo 6.5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre”. Dentro de la definición de entes públicos que se hacía en el artículo 6.5 del Texto Refundido citado encontraban acomodo las Autoridades Portuarias que, por lo tanto, pudieron seguir manteniendo la exención con la nueva Ley 43/1995 durante los ejercicios 1996 y 1997.

Sin embargo, y como ya se indica en el punto 1, relativo a los antecedentes, del escrito de consulta, ese régimen de exención de las Autoridades Portuarias quedó modificado en lo que

se refiere a los entes públicos del antiguo artículo 6.5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, consecuencia de la reestructuración de los Organismos públicos contenida en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Esa reestructuración llevó aparejada la modificación, por la Ley 66/1997, del artículo 9.f) de la Ley 43/95 que, a partir del 1 de enero de 1997, fecha de entrada en vigor de la primera de esas Leyes, declaraba exentos totalmente a “los restantes organismos públicos mencionados en las disposiciones adicionales novena y décima, apartado 1, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, así como las Entidades de Derecho Público de análogo carácter de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.” Entre esos Organismos no se encontraban las Autoridades Portuarias.

No obstante, para atenuar el impacto que supuso ese cambio de régimen, se estableció una especie de moratoria en la disposición transitoria primera de esa Ley 66/97. En efecto, la citada disposición estableció que las entidades que estuvieran exentas con la redacción originaria del artículo 9.f) continuarían exentas en los periodos impositivos que se iniciaran antes del día en que finalizase el plazo previsto en el apartado 3 de la disposición transitoria tercera de la Ley 6/97. La disposición transitoria tercera de esta Ley se refiere a la adaptación de los organismos autónomos y demás entidades de derecho público a la misma, señalando que el proceso correspondiente debería finalizar en un plazo máximo de dos años a partir de su entrada en vigor, lo que tuvo lugar el 6 de mayo de 1997, por lo que debía concluir el 6 de mayo de 1999. Esa previsión hizo que la exención de la que gozaban las Autoridades Portuarias se mantuviera durante los ejercicios 1998 y 1999.

A partir de 1 de enero de 2000, a las Autoridades Portuarias les resultaba ya aplicable el nuevo régimen, estando, por tanto, desde esa fecha sujetas al impuesto. Así vino a ratificarlo la Dirección General de Tributos en la contestación a la Consulta 0899/00, de 19 de abril, sobre diversas cuestiones acerca del régimen fiscal del Ente Público Puertos del Estado y de la Autoridades Portuarias en el Impuesto sobre Sociedades, precisando que las mismas ya no podrían seguir disfrutando de la exoneración de retención a cuenta del Impuesto a que se refiere el artículo 146.4.a) de la Ley, circunstancia que debía ser notificada a los sujetos retenedores, entidades financieras fundamentalmente, que les satisfagan intereses u otros rendimientos del capital mobiliario sometidos a retención, para que practicasen la misma.

Esta situación se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social que, en su artículo 2, modificó el artículo 9 de la Ley 43/1995, incluyendo, expresamente, en su apartado 3.f), entre las entidades parcialmente exentas del impuesto, en los términos previstos en el capítulo XV del Título VIII de la Ley, a la “Entidad de Derecho público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias”.

La disposición final tercera.dos de la Ley 24/2001 estableció que el régimen aplicable a la Entidad de Derecho público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, al amparo de sus previsiones, resultaba de aplicación a los periodos impositivos cuyo plazo reglamentario de declaración hubiera finalizado a partir de 1 de enero de 2001. Teniendo en cuenta que la declaración del Impuesto sobre Sociedades debe presentarse en el plazo de los veinticinco días siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo (artículo 142 de la Ley 43/1995), resultaba claro que esa nueva previsión legal afectaba, con carácter retroactivo, al ejercicio 2000, cuyo plazo de declaración finalizaba, de acuerdo con ese artículo, con posterioridad al 1 de enero de 2001, fecha de entrada en vigor de la Ley 24/2001. Por supuesto, el ejercicio 2001 se rige ya por la nueva Ley. A ambos ejercicios (2000 y 2001) se refiere la consulta.

Es importante poner de manifiesto que, unas semanas antes de la aprobación de la Ley 24/2001, concretamente, el 3 de diciembre de 2001, la DGT respondió a una consulta (la nº

2121/2001) relacionada con la posible aplicación a las Autoridades Portuarias del régimen de entidades parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades, señalando que las citadas Autoridades pueden ser consideradas como entidades sin ánimo de lucro y, por tanto, parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades, por cuanto no tienen naturaleza empresarial y su objeto es la consecución de fines de interés general como es la suficiencia del sistema portuario español, en el sentido de que los excedentes que generan no son objeto de distribución sino que se destinan por obligación legal a la construcción y conservación de bienes integrantes del dominio público portuario.

Por último, la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, sobre régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, en su disposición adicional segunda, apartado 5, modificó el artículo 134 de la Ley 43/1995, introduciendo, en su apartado 1.a), un nuevo párrafo. El apartado 1.a) de ese artículo, aplicable, por expresa remisión del artículo 9.3 a las entidades parcialmente exentas, declara exentas las rentas obtenidas por esas entidades que procedan de la “realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica” (redacción originaria), añadiendo la Ley 49/2002 que, “a los efectos de la aplicación de este régimen a la Entidad de Derecho Público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias se considerará que no proceden de la realización de explotaciones económicas los ingresos de naturaleza tributaria y los procedentes del ejercicio de la potestad sancionadora y de la actividad administrativa realizados por las Autoridades Portuarias, así como los procedentes de la actividad de coordinación y control de eficiencia del sistema portuario realizado por el Ente Público Puertos del Estado”.

El apartado 2 de ese artículo 134, también modificado por la citada Ley 49/2002, dispone que “la exención a que se refiere el apartado anterior no alcanzará a los rendimientos de explotaciones económicas, ni a las rentas derivadas del patrimonio, ni a las rentas obtenidas en transmisiones distintas de las señaladas en él”.

Finalmente, el apartado 3 de ese mismo artículo establece que “se considerarán rendimientos de una explotación económica todos aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”.

- II -

Como se indica en el escrito de consulta y se refleja el antecedente de este informe, las Autoridades Portuarias de Gijón y Avilés han comunicado a la Entidad de Derecho Público “Puertos del Estado” que la AEAT ha iniciado actuaciones de comprobación e inspección parcial del Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2000 y 2001, motivadas por un informe de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la misma, de 15 de febrero de 2005, al que se incorporan las conclusiones de otro informe de la DGT de 26 de octubre de 2004. En dichos informes se indica que la modificación del artículo 134 de la Ley 43/1995 sólo opera a partir del ejercicio 2002, por lo que, en los ejercicios 2000 y 2001, los ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias en concepto de tarifas por prestación de servicios portuarios tienen la consideración de rendimientos de una explotación económica y, por ello, son rentas sujetas al impuesto.

Puertos del Estado ha mostrado su disconformidad con dicha interpretación por considerar que la modificación tiene como objeto aclarar la norma y reflejar la interpretación que debe darse a la expresión “actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica” de los Organismos Portuarios y la delimitación de las rentas que, derivadas de dichas actividades, no proceden de la realización de “explotaciones económicas.” Ante ello se solicita informe a esta Abogacía General del Estado.

La cuestión jurídica suscitada en el escrito de consulta se refiere, como se ha expuesto, al régimen de tributación en el Impuesto sobre Sociedades, durante los ejercicios 2000 y 2001, de los ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias en concepto de tarifas por prestación de servicios portuarios, contraponiéndose la tesis de la AEAT y la de esa Entidad de Derecho Público.

La tesis de la AEAT está plasmada en el informe C/3/12/05 de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica, de 15 de febrero de 2005, relativo a "Cuestiones sobre tributación en el Impuesto sobre Sociedades del Ejercicio 2001 de la Autoridad Portuaria de Gijón", dirigido al Inspector Regional de la Delegación Especial de la AEAT de Asturias y emitido a raíz del inicio de actuaciones de comprobación e inspección parcial de ese Impuesto cerca de la citada Autoridad Portuaria correspondientes a los ejercicios 2000 y 2001. El citado Informe se basa, a su vez, en una contestación a una consulta formulada por esa Subdirección a la DGT sobre el alcance de la exención de las Autoridades Portuarias y, en concreto, de las tarifas que perciben, de fecha 26 de octubre de 2004, llegándose, en síntesis, a las siguientes conclusiones:

- a) El segundo párrafo del artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995, fue introducido por la Ley 49/2002 no con un carácter interpretativo o aclaratorio, por lo que no resulta de aplicación al ejercicio 2001.
- b) Las tarifas que las Autoridades Portuarias perciben, al margen de su calificación jurídico tributaria, constituyen ingresos de las Autoridades Portuarias en contraprestación de los servicios que prestan.
- c) Las Autoridades Portuarias desarrollan una explotación económica, por cuanto que ordenan medios de producción con la finalidad de intervenir en la prestación de los servicios portuarios, siendo las referidas tarifas, como se ha dicho, contraprestación de los servicios citados y puesto que en el ejercicio 2001 no estaba en vigor el mencionado segundo párrafo del artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995, por el que se excluía de la explotación económica los ingresos de naturaleza tributaria, los ingresos de dichas tarifas estarán sujetos y no exentos del Impuesto sobre Sociedades en el ejercicio 2001.

Posteriormente, la DGT, en otro informe de 19 de mayo de 2005, emitido en contestación a una carta que el Secretario General de Transportes dirigió al Secretario General de Hacienda planteando diversos problemas de tributación de las entidades portuarias, reitera su parecer al respecto, remitiéndose a los informes anteriores y dejando claro que los ingresos de dichas tarifas están sujetos y no exentos del Impuesto sobre Sociedades en los ejercicios 2000 y 2001.

Puertos del Estado, como se ha indicado ya, discrepa de la interpretación de la AEAT, entendiendo que esa modificación pretendía aclarar el alcance del artículo 134.1.a) de la Ley y delimitar las rentas que, derivadas de actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, no proceden de la realización de explotaciones económicas.

Llegados a este punto, es necesario partir, en primer lugar, de la situación vigente el 1 de enero de 2000 en la que, como se ha expuesto en el fundamento jurídico I de este informe, las Autoridades Portuarias estaban exentas parcialmente del Impuesto sobre Sociedades (artículo 9.3.f) de la Ley 43/1995, por mor de lo prevenido en la Ley 24/2001 que, en su artículo 2, dio nueva redacción a ese artículo 9 de la Ley 43/1995, fijando su disposición final tercera el momento en que sus previsiones resultaban de aplicación).

El propio artículo 9.3 de la ley 43/1995, en la redacción de la Ley 24/2001, da la oportuna pauta en cuanto al régimen jurídico de esa exención cuando establece que "estarán parcialmente exento(a)s del Impuesto en los términos previstos en el Capítulo XV del Título VIII de esta Ley".

Ello obliga a acudir al Capítulo XV del Título VIII de la Ley, relativo al "Régimen de entidades parcialmente exentas" (artículos 133 a 135). El artículo 134.1.a) de ese Capítulo, en su

redacción originaria, relativo a las rentas exentas, comienza señalando que “estarán exentas las siguientes rentas obtenidas por las entidades que se citan en el artículo anterior: ...”

La redacción de ese precepto puede suscitar la duda de su aplicación a las Autoridades Portuarias, ya que las mismas no se encuentran entre las entidades citadas en el artículo 133, en su redacción originaria. A pesar de ello, ha de entenderse que la remisión que se hace en el artículo 9.3 al Capítulo XV del Título VIII de la Ley para determinar el régimen jurídico de las entidades parcialmente exentas es suficiente para postular la aplicación de ese artículo 134 a las mismas. El artículo 2.º46 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, vino a solventar ese evidente lapsus del artículo 133, extendiendo ya, desde el 1 de enero de 2002, fecha de entrada en vigor de ese artículo, su ámbito de aplicación a “las entidades a las que se refiere el artículo 9.3 de esta Ley”.

Solventado el primer problema relativo a la aplicación a las Autoridades Portuarias, desde el 1 de enero de 2000 y para los ejercicios 2000 y 2001, de las previsiones del artículo 134 de la Ley 43/1995, en su primitiva redacción, vigente en esa fecha, y antes de abordar el problema del alcance de la modificación introducida en el mismo por la Ley 49/2002, es preciso interpretar el auténtico sentido de la exención de rentas contenidas en el mismo.

El artículo 134.1.a) declara, entre otras, exentas las rentas obtenidas por las entidades que se citan en el artículo anterior (las entidades parcialmente exentas) “que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica.” El apartado 1.b) de dicho precepto extiende también la exención a las rentas derivadas de adquisiciones y de transmisiones a título lucrativo, siempre –insiste– que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica.” Por último, el apartado 1.c), declara exentas las rentas que se pongan de manifiesto en la transmisión onerosa de bienes afectos a la realización del objeto o finalidad específica cuando el total producto obtenido se destine a nuevas inversiones relacionadas con dicho objeto o finalidad específica.

Como se observa, en todos los casos la exención de las rentas se liga a la realización de actividades, adquisiciones o transmisiones de bienes ligados al objeto social o finalidad específica del ente exento.

Por otro lado, el apartado 2 de ese artículo 134 de la Ley 43/95, en su redacción originaria, de nuevo, establecía que “la exención a que se refiere el apartado anterior no alcanzará a los rendimientos derivados del ejercicio de explotaciones económicas, ni a los derivados del patrimonio, ni tampoco a los incrementos de patrimonio distintos de los señalados en el artículo anterior”.

Por último, el apartado 3 del mismo artículo, define lo que se entiende por rendimientos de una explotación económica, considerando como tales “todos aquellos que procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios”.

- III -

Pues bien, teniendo en cuenta la redacción de los preceptos legales aplicables a los ejercicios 2000 y 2001, es preciso analizar ya el alcance del artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995, primero con un carácter general y luego en relación con las actividades que realizan las Autoridades Portuarias.

Como se ha expuesto, el apartado en cuestión declara exentas las rentas obtenidas por esas entidades (las parcialmente exentas) que “procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o actividad específica.” Al mismo tiempo, el apartado 2 de ese precepto dispone que “la exención no alcanzará a los rendimientos de explotaciones

económicas ni a los derivados de su patrimonio ni tampoco a los incrementos de patrimonio distintos de los señalados en el apartado anterior”.

Tanto en el informe de la AEAT como en la contestación a la consulta de la DGT se hace especial hincapié en el hecho de que las Autoridades Portuarias desarrollan una “explotación económica” en los términos definidos en el artículo 134.3 de la Ley, por cuanto que ordenan medios de producción con la finalidad de intervenir en la prestación de servicios portuarios, siendo las tarifas la contraprestación de tales servicios. Esta circunstancia es, para esos órganos, un dato esencial para predicar la sujeción al impuesto, durante los dos ejercicios discutidos, de los ingresos obtenidos por esas tarifas.

Los aludidos órganos administrativos, sin citar precedente alguno, siguen un criterio restrictivo, acerca de la interpretación de ese artículo 134, apartados 1.a) y 2, de la Ley, consistente en hacer primar, en todo caso, la forma de obtención de la renta a través de una explotación económica sobre el objeto o finalidad específica perseguido por la entidad y que encuentra su antecedente legal más próximo en los artículos 5.2 de la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades, y 349 de su Reglamento de 15 de octubre de 1982, preceptos que mantenían, en esencia, una regulación similar a la contenida en los artículos 9.3 y 134 de la Ley vigente y que dieron lugar a opiniones encontradas de la doctrina.

El artículo 349.1 del citado Reglamento, precisando el alcance de la exención del artículo 5.2 de la Ley 61/1978 y artículo 30 del propio Reglamento, señalaba que la exención abarcará a los rendimientos obtenidos directa o indirectamente por el ejercicio de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica. Pues bien, y esto es importante, en la Memoria que se acompañó al Proyecto de Ley del Impuesto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, se presta especial atención al dato de la ausencia de lucro de estas entidades, señalándose textualmente que:

“Un segundo nivel (de exención de carácter subjetivo) está constituido por aquellas entidades que estatutariamente no persiguen un fin de lucro, aunque ocasionalmente puedan tenerlo. Estas entidades están exentas por razón de las actividades desarrolladas para la consecución de sus fines, con la salvedad de los ingresos objeto de retención en la fuente. Esta exención no se extiende tampoco a los rendimientos y ganancias de capital que puedan obtener fuera de sus actividades estatutarias si bien se sujetan a un tipo reducido. Esta exención se justifica por el carácter socialmente protegible de sus actividades, que son necesarias en una sociedad pluralista moderna, bien desde una óptica social, religiosa, ética, económica o política”.

Ahora bien, no toda obtención de una renta implica que el perceptor de la misma tenga aptitud para ser sujeto pasivo de un impuesto o capacidad económica para contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. En determinados casos, y el planteado en este informe es uno de ellos, la consecución de fines de interés general y la carencia de ánimo de lucro, que no cabe confundir con la necesidad de obtener un lucro para financiar sus actividades, determina que en la tributación de esas entidades no pueda prescindirse del objeto o finalidad específica de las mismas que debe prevalecer sobre el concepto de explotación económica.

La dificultad de fijar los límites entre exención y no exención estribaba, como es obvio, en el hecho de que los rendimientos que derivados directa o indirectamente de actividades que constituyen su objeto o finalidad (en principio, exentos) tienen al mismo tiempo la naturaleza de rendimientos de explotaciones económicas (no exentos).

Pues bien, la doctrina que se ocupó de esta cuestión, en especial en relación con las fundaciones, incluidas en el artículo 5.2 de la Ley 61/1978, mostró cierta división. Los partidarios del reconocimiento de la exención, en los casos en que la entidad obtiene rentas procedentes del ejercicio de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica, ponen en relación la exención prevista en ese artículo —en el que se exceptuaban los rendimientos obtenidos por las mismas por el ejercicio de una explotación económica— con los rendimientos sujetos al impuesto que establecía el artículo 3.2.a) —rendimientos de

las explotaciones económicas de toda índole—, para llegar a la conclusión de que, si se acudía a una interpretación literal de esos preceptos, esas entidades no estarían exentas por ninguno de los rendimientos gravados por el impuesto. Es decir, tras reconocerse la exención, quedarían sin exención. La exención sería, por tanto, meramente ficticia, ya que cualquier rendimiento derivado de una explotación económica quedaría incluido en la base imponible del impuesto con independencia de que tuviese su origen o se destinase al cumplimiento de su objeto social o finalidad específica. Bajo esta interpretación, se dijo, sólo los donativos y subvenciones que pudieran recibir estarían exentos de tributación, pero no la financiación derivada de su propia explotación asistencial. Sin embargo, se afirmó, si no quiere reducirse el alcance de la exención a ese extremo habrá de interpretarse que todos aquellos rendimientos derivados de las actividades estatutarias de las fundaciones y destinados a sus fines asistenciales no deben incluirse como partida positiva de la base imponible. En ésta únicamente deberían integrarse los rendimientos de explotaciones económicas ajenas a la actividad fundacional que, ocasionalmente, puedan realizar con previa y expresa autorización del Protectorado.

Otros autores, por el contrario, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 61/1978 y artículo 349.1 de su Reglamento, entendieron que si la entidad sin fin de lucro realizaba su objeto social o finalidad específica en forma de explotación, reuniendo, en consecuencia, los requisitos exigidos por la Ley, tal explotación debía ser tratada conforme a las normas generales y su rendimiento estar sujeto al impuesto. La base gravable sería la diferencia entre los ingresos obtenidos por las prestaciones y el coste de dichas prestaciones, produciéndose normalmente un resultado negativo.

Esta diversidad de criterios doctrinales se puede trasladar a la vigente Ley 43/1995 respecto de los artículos 9.3 y 134 de la misma, que contienen una regulación semejante a la de la derogada Ley 61/1978, surgiendo, de nuevo, el problema respecto a las actividades económicas que estas entidades pueden realizar en cumplimiento de su objeto social o finalidad específica.

La DGT, como se ha dicho, ha mantenido con el antiguo y el actual texto legal una tesis restrictiva sobre la exención, siendo el mejor ejemplo de ello las numerosas contestaciones a consultas formuladas al efecto (pueden citarse, entre otras, las de 29 de Noviembre de 1996, 5 de febrero de 1997, 6 de marzo de 2002, 12 de junio de 2003, o las más recientes de 19 de noviembre de 2004, 4 de febrero de 2005) en las que dicho Centro Directivo ha negado, con carácter general, la exención respecto a los rendimientos derivados de explotaciones económicas aunque dicha explotación se integre en el objeto social o finalidad específica de la entidad, utilizando a tal fin un concepto de explotación económica muy amplio en el que se incluyen no sólo los servicios prestados a terceros sino también los prestados a los propios miembros de la entidad.

La consulta de 29 de noviembre de 1996, por ejemplo, se formuló por una entidad sin ánimo de lucro cuyo fin es prestar servicios de transporte en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de vehículos para lo que realiza acciones de apoyo tecnológico. Pues bien, para el Centro Directivo indicado “la actividad que realiza la consultante puede considerarse como una explotación económica, ya que mediante el cumplimiento de sus fines realiza una actividad dirigida al mercado de servicios, en este caso de consultoría y formación en el sector de las empresas de transporte. Por ello las rentas que obtenga por la prestación de los servicios que constituyen su finalidad específica no estarán exentas del Impuesto sobre Sociedades, incluidas las cuotas de los asociados, ya que pueden considerarse rentas derivadas de una explotación económica, en cuanto financien la prestación de los servicios que constituyen la finalidad específica de la consultante a sus asociados.”

En la consulta de 4 de febrero de 2005, la más reciente, suscitada por una asociación deportiva sin ánimo de lucro cuyo objeto social es la práctica del deporte, la DGT establece que “cabe señalar, con carácter general, que las rentas que obtenga la entidad consultante procedentes de las cuotas satisfechas por sus asociados estarán exentas cuando se destine

a actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica, siempre que el desarrollo de tales actividades no determine la existencia de una explotación económica.”

Los Tribunales Económico Administrativos, encargados de fiscalizar en primer término las decisiones adoptadas por los órganos del Ministerio de Economía y Hacienda y de la AEAT sobre el particular estudiado, junto a pronunciamientos favorables a la tesis de la DGT, como el de 20 de julio de 1994, en el que el Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante, TEAC) declara no procedente la exención de los rendimientos obtenidos por una clínica de tratamiento de diálisis explotada por una fundación al considerar que constituye una auténtica explotación económica, no pudiendo alcanzar la exención a los rendimientos derivados de la misma, ha dictado otras resoluciones en las que se muestra mucho más flexible, como la de 22 de marzo de 1992, dictada sobre la base del texto de la Ley 61/1978, cuyo artículo 5.2 suscitaba una cuestión similar. En dicha resolución se parte como premisa de que estas entidades parcialmente exentas están sujetas a un particular régimen de tributación analítica en el que es necesario separar los rendimientos derivados de su objeto social o finalidad específica, que se encuentran exentos, del resto de rendimientos obtenidos por ellas que se encuentran sujetos y no exentos. Esa distinción está también presente y explicitada en las resoluciones del TEAC de 23 de julio de 1999 y 6 de octubre de 2000, en las que ya se aplica la Ley 43/1995. Así, en la de 23 de julio de 1999 se trataba de determinar la aplicabilidad de la exención a los ingresos obtenidos por los servicios de visado obligatorio de documentos y el descuento colegial sobre honorarios prestado por un Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, reconociéndose la exención por el impuesto de que se trata respecto a estas actividades, ya que:

“..el Colegio no pretende intervenir en la producción y distribución de bienes o servicios a través del mercado, sino dar cumplimiento a normas jurídicas que regulan el ejercicio de la actividad de aparejadores y arquitectos técnicos. Por otro lado, tales servicios se prestan en exclusiva por los Colegios, lo que determina que la aplicación de una exención a los ingresos que constituyen su contraprestación no altere las condiciones normales de competencia entre los sujetos que los proveen, preocupación que sin duda está latente en la regulación de las exenciones subjetivas parciales en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades. A la vista de lo que antecede hay que entender que los ingresos o rendimientos aquí cuestionados provienen propiamente de las actividades que constituyen su objeto social o su finalidad específica, debiendo en consecuencia quedar exentos del Impuesto, ya que la normativa del Impuesto sobre Sociedades distingue entre tales rendimientos y los provenientes de explotaciones económicas como conceptos diferentes.”

Por su parte, la resolución del mismo Tribunal de 6 de octubre de 2000, relativa al régimen de tributación de una mutua de previsión social, afirma que en las entidades parcialmente exentas el ámbito de la exención está delimitado de forma que “la misma ampara exclusivamente los rendimientos directamente derivados del objeto social de tales entidades ya que éste es precisamente el hecho que justifica la exención”.

Pasando ya al ámbito judicial, se puede decir que, en general, los Tribunales de Justicia se han mostrado favorables al reconocimiento de la exención siempre que la explotación económica realizada coincida con el objeto o finalidad específica de la entidad que solicita la exención.

En este sentido se puede destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 4 de diciembre de 1996, que considera sujetos a tributación los rendimientos obtenidos por un Ayuntamiento derivados de la promoción de viviendas, al no tratarse de un servicio esencial para la comunidad que el Ayuntamiento deba prestar de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, dando claramente a entender que, si ese servicio entrara dentro de las funciones que debe efectuar un Ayuntamiento, las rentas derivadas del mismo deberían quedar exentas del Impuesto. Esa misma idea está presente en la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 1993 que declara exentas las rentas obtenidas por una entidad constructora benéfica por la realización de sus actividades, concretadas en la construcción

y venta de viviendas de renta limitada, llegando el Tribunal a la conclusión de que las rentas obtenidas lo son en el ejercicio de su objeto social o finalidad específica. En la sentencia de la misma Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 1994 vuelve a insistirse en la exención de los ingresos obtenidos por una Fundación Hospital por los servicios prestados a beneficiarios del INSALUD, porque su obtención tiene lugar en cumplimiento de su objeto social, añadiendo –lo cual, es importante, por lo que luego se dirá–, que se está en presencia de una entidad sin ánimo de lucro que no lleva a cabo realmente una explotación económica, puesto que los rendimientos son obtenidos en el ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto social.

Más recientemente, en relación con la exención de la que disfrutaban las fundaciones, cuyas rentas están exentas si proceden de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica, se encuentran pronunciamientos de la Audiencia Nacional en la misma línea, es decir, en la de declarar exentos los rendimientos aunque procedan de una explotación económica si existe una coincidencia plena de la misma con el objeto social o finalidad específica de la entidad. Ejemplos de ello serían las sentencias de 15 de febrero de 2001, 30 de enero y 24 de febrero de 2003, 10, 17 y 24 de junio, 16 de septiembre y 21 de octubre de 2004. En la última de ellas se dice:

“El artículo 48 de la Ley 30/1994, establece: «1. Las entidades que cumplan los requisitos previstos en las secciones anteriores, gozarán de exención en el Impuesto sobre Sociedades por los resultados obtenidos en el ejercicio de las actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, así como por los incrementos patrimoniales derivados tanto de adquisiciones como de transmisiones a títulos lucrativos, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica. 2. Los resultados obtenidos en el ejercicio de una explotación económica resultarán gravados, si bien el Ministerio de Economía y Hacienda podrá, a solicitud de la entidad interesada, extender la exención mencionada anteriormente a estos rendimientos siempre y cuando las explotaciones económicas en que se hayan obtenido coincidan con el objeto o finalidad específica de la entidad, en los términos que se desarrollen reglamentariamente. A estos efectos, se entenderá que las explotaciones económicas coinciden con el objeto o finalidad específica de la entidad cuando las actividades que en dichas explotaciones se realicen persigan el cumplimiento de los fines contemplados en el art. 42.1.a), que no generen competencia desleal y sus destinatarios sean colectividades genéricas de personas». Como ya ha señalado esta Sala en sentencias de fecha 15 de febrero de 2001 y 30 de enero y 24 de febrero de 2003, entre otras, de la lectura de este precepto, se aprecia que el legislador contempla dos supuestos en los que la exención del Impuesto sobre Sociedades puede ser aplicada. En el primero, la exención se predica de los «resultados» obtenidos por una entidad en el ejercicio de su actividad social, y por los rendimientos obtenidos por las adquisiciones y transmisiones, cuando se hayan aplicado al cumplimiento de su fin social. En este caso, «actividad desarrollada» coincide con «finalidad social». En el segundo supuesto, la fuente de los «rendimientos» obtenidos no derivan de la «actividad social» que sirve para cumplir el «fin social», sino de «explotaciones económicas» que, si bien las desarrolla la entidad, no constituyen actividades de su fin social, sino una fuente más de obtención de rendimientos, ajena a la actividad principal, y aunque se apliquen al cumplimiento de los fines contemplados en los Estatutos de la entidad. En este caso, para que los «rendimientos obtenidos» por la entidad a través de esas «explotaciones económicas» puedan acogerse a la «exención», es necesario que se dé una «coincidencia» de la «explotación económica» con el «objeto o finalidad específica» de la entidad que solicita la «exención». Esa «coincidencia» significa que el fin social perseguido por la entidad debe ser el mismo que el desarrollado en la explotación económica, fines que pueden ser diversos, agropecuarios, forestales, educativos, tuitivos, docentes, etc. Por tanto, se ha de mantener esa paridad entre fin social y actividad desarrollada en la explotación económica. No se habla de «aplicación» o «afectación» de rendimientos obtenidos, como en el primer supuesto, sino de paralelismo finalístico entre «fin social» y «explotación económica».”

El Tribunal Supremo ha tenido oportunidad también de manifestarse al respecto para dar también primacía al objeto social o finalidad específica de la entidad sobre el concepto aislado

de explotación económica. En este sentido se pueden destacar las sentencias de 11 de junio de 1990, 26 de febrero de 2002 y la más reciente de 20 de julio de 2004.

En la primera de ellas, referente a los ingresos obtenidos por una entidad dedicada a la construcción de viviendas de renta limitada analiza el concepto de explotación económica que pone en relación con el destino otorgado a los beneficios en los estatutos de la entidad, diciendo textualmente que:

“..esta Sala ha tenido ocasión de examinar el concepto de explotación económica al pronunciarse en otros impuestos, y concretamente, el que grava el Incremento del Valor de los Terrenos, exigiendo para que pueda hablarse de explotación económica, los mismos requisitos que enumera la Ley del Impuesto sobre Sociedades, la cual en su art. 5.º concreta que «... se entenderán por rendimientos de una explotación económica todos aquéllos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno sólo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo, la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de los bienes o servicios». Hay que analizar, por tanto, si en el caso de autos, al tratarse de una entidad benéfica constituida al amparo de lo dispuesto en el art. 5.º i) de la Ley de 15 de julio de 1954 y artículo 17 del Reglamento de 24 de junio de 1955, teniendo, por ende, como objeto la construcción de Viviendas de Renta Limitada (hoy de Protección Oficial), constituye «explotación económica» generadora de «rendimientos» para la entidad el ejercicio de su objeto social.

TERCERO.- La respuesta a lo anterior ha de buscarse a través de los Estatutos de la Entidad, donde se dice que «Los beneficios que resulten en cada ejercicio económico pasarán a incrementar el capital propio de la Entidad de los cuales un 10% por lo menos se destinará a la constitución de un fondo de reserva y el resto a la construcción de nuevas viviendas. Podrá también la Entidad organizar en su seno un fondo de garantía especial para el aseguramiento de los bienes de la misma» (art. 35); así como que «El objeto principal de la Entidad es la construcción de Viviendas de Renta Limitada» (art. 4.º). Resulta de ello que, en conjunción con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 30.1.f) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, de 15 de octubre de 1982, estamos en presencia de una Entidad sin ánimo o fin de lucro, puesto que para atribuirles la finalidad lucrativa han de perseguir «de modo primordial la obtención de rentas» mediante «el ejercicio de explotaciones económicas», circunstancias que no concurren, estatutariamente, en la «C. B. S. F.». De ahí que, con arreglo a lo que dispone el art. 30 del mencionado Reglamento, se trate de una Entidad que se rige por lo dispuesto en los arts. 349 a 358 del mismo, el primero de los cuales comienza diciendo que «La exención abarcará los rendimientos obtenidos, directa o indirectamente, por el ejercicio de las actividades que constituyen el objeto social o su finalidad específica».

En la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2002, que vino precedida por las de 26 de febrero del mismo año y la de 10 de marzo de 2001, aunque referida a un caso de exención del Impuesto sobre Bienes Inmuebles respecto de un bien de una entidad benéfica, está presente también ese criterio, es decir, que el bien en este caso esté afecto a la realización de actividades que estén dentro del objeto social o finalidad específica de la entidad. El fundamento de derecho tercero de ese fallo señala lo que sigue:

“**TERCERO:** En realidad, el «desideratum» del presente recurso se concentra en el final de la fundamentación del mismo, en el que se afirma por el Ayuntamiento recurrente que «... no se cumple en el presente supuesto uno de los requisitos exigidos para conceder la exención, ya que en el local de la c/ Miguel de Unamuno no se realizan las actividades señaladas en el citado artículo 6 que constituyen su objeto social».

Es decir, lo que se discute es la conclusión probatoria, pero no la interpretación ni la aplicación del ordenamiento, tal y como señalan en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la propia entidad recurrida.

Por el contrario, la ortodoxia del texto judicial impugnado resplandece en el apartado d) del segundo de sus fundamentos, en el que, ajustadamente a la normativa citada, dice: «Consecuencia de todo lo anterior es que el bien en cuestión estará exento del pago del IBI para el ejercicio 1999 siempre y cuando no se trate de bien cedido a terceros mediante contraprestación, esté afecto a las actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica y no se utilicen principalmente en el desarrollo de explotaciones económicas que no constituyan su objeto o finalidad específica. No contradice el Ayuntamiento que se trata de un inmueble destinado, en dicho año, a centro administrativo-asistencial, lo que, en consecuencia, determina su exención conforme a todo lo ya expresado, dada la configuración del mismo dentro de la actividad o finalidad de la Organización».

Por último, en la más reciente sentencia de 20 de julio de 2004, el Tribunal Supremo afirma que:

“TERCERO: La primera cuestión a determinar es la del alcance de la exención contenida en el apartado segundo del artículo quinto de la Ley 61/1978. Dicho precepto establece: «2. Están igualmente exentos del Impuesto sobre Sociedades: a) Las Administraciones públicas territoriales distintas del Estado y de las Comunidades Autónomas. b) La Iglesia Católica y las asociaciones confesionales no católicas legalmente reconocidas. c) Los montepíos y mutualidades de previsión social, siempre que la naturaleza y cuantía de sus prestaciones esté comprendida dentro de los límites legalmente fijados. d) La Cruz Roja Española. e) Los establecimientos, instituciones, fundaciones o asociaciones, incluso las de hecho de carácter temporal para arbitrar fondos calificados o declarados benéficos o de utilidad pública por los órganos competentes del Estado siempre que los cargos de patronos, representantes legales y gestores de hecho sean gratuitos y se rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente. f) Los partidos políticos, las centrales sindicales, los colegios profesionales, las organizaciones patronales, las Cámaras Oficiales y las asociaciones sin ánimo de lucro, siempre que en cada supuesto exista reconocimiento legal expreso de la personalidad jurídica de la entidad en cuestión. La exención a que se refiere este número no alcanzará a los rendimientos que estas entidades pudieran obtener por el ejercicio de explotación económica, ni a los derivados de su patrimonio cuando su uso se halle cedido, ni tampoco a los incrementos de patrimonio. A estos efectos, se entenderán rendimientos de una explotación económica todos aquéllos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

Es patente, por tanto, que las entidades citadas gozan de exención por los «beneficios» que obtienen por el ejercicio de su actividad fundacional. Pero cuando todo o parte del beneficio obtenido es colocado en una cuenta corriente, o, adquiere títulos de Deuda Pública, la entidad fundacional está manejando por cuenta propia unos beneficios y ejerciendo una actividad distinta de la fundacional. De este modo, los rendimientos obtenidos quedan fuera de la exención contemplada en el precepto citado. La exención analizada opera respecto de las rentas obtenidas en el ejercicio de la actividad fundacional, y no en el ejercicio de actividades extrafundacionales, por mucho que los beneficios así conseguidos se destinen posteriormente al fin fundacional.

De este modo se hace necesario rechazar la tesis que preconiza para las entidades del tipo de la demandante un ámbito omnicompreensivo de la exención, no circunscrito a su actividad fundacional. Conclusión, por otra parte, acorde con lo dispuesto en el artículo 23.3 de la LGT, que prohíbe la interpretación amplia, extensiva o analógica en materia de exenciones.

CUARTO: Resuelto el tema precedente se hace preciso decidir si la adquisición de Letras del Tesoro conforma el ejercicio de la actividad de la demandante, o, por el contrario, constituye una actividad ajena a lo que constituye su objeto.

Desde luego, ha de dejarse sentado que la cuestión sobre la exención de retención de los rendimientos producidos por las Letras del Tesoro es cuestión totalmente extraña al problema que estamos debatiendo que, como hemos dicho en el fundamento segundo, estriba en decidir si tales rendimientos integran o no la base imponible del impuesto. En cualquier caso, no está demás recordar y afirmar que la exención de retención no implica exención en el Impuesto sobre la Renta o de Sociedades que corresponda.

Es indudable, desde esta perspectiva, que la obtención de rendimientos procedentes de la adquisición de Letras del Tesoro no constituye el ejercicio de la actividad fundacional de la recurrente dedicada a la promoción de las condiciones de vida de la Comunidad Asturiana, fomentando actividades culturales, científicas, educativas y humanísticas, objeto que tiene poco que ver, activa o pasivamente, con los rendimientos que dichos títulos producen.

Siendo esto así, es insoslayable la conclusión obtenida por los actos originarios y por la sentencia recurrida en el sentido de que dichos rendimientos se encuentran sujetos a tributación”.

Aunque sigue siendo un tema controvertido, que ha dado lugar a opiniones encontradas, este Centro Directivo se muestra favorable al reconocimiento de la exención en estos casos, compartiendo el parecer de una parte de la doctrina, a la que se ha hecho antes mención y, sobre todo, el de los Tribunales de Justicia, pudiendo, por tanto, entenderse exentas las rentas obtenidas por las entidades del artículo 9.3.f) de la Ley 43/1995, en relación con el artículo 134, apartados 1.a), 2) y 3), de la misma, incluso las derivadas de una explotación económica, cuando exista, eso sí, una coincidencia entre esa explotación y la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica.

Sobre esa base, y partiendo de que las Autoridades Portuarias son entidades sin ánimo de lucro, siendo su objeto la consecución de fines de interés general, como es la suficiencia del sistema portuario español en el sentido de que los excedentes que generan no son objeto de distribución sino que se destinan por obligación legal a la construcción y conservación de los bienes integrantes del dominio público portuario (consulta 2121/2001 de la DGT), es esencial delimitar ese objeto social o finalidad específica perseguidos por la entidad de que se trate, en este caso las Autoridades Portuarias, y que, en una primera aproximación, llevaría a concluir que los rendimientos derivados de los mismos, aunque se pudiera entender obtenidos en el desarrollo de una explotación económica, estarían exentos del Impuesto sobre Sociedades.

Se trataría de dar primacía, por tanto, a los fines perseguidos sobre la concreta calificación de explotación económica de las actividades realizadas, a pesar de que el ejercicio de las funciones coincidentes con su objeto social o finalidad específica puedan identificarse con el ejercicio de una explotación económica, en especial, en la medida en que los rendimientos obtenidos se destinen al mantenimiento del adecuado desarrollo de la actividad propia de la entidad.

Pero, es más, siendo ello también muy importante, hay que precisar si los ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias en concepto de tarifas por prestación de servicios portuarios, durante los ejercicios 2000 y 2001, son ingresos obtenidos del ejercicio de una actividad que pueda considerarse explotación económica en los términos del apartado 3 del artículo 134 de la Ley 43/1995, de acuerdo con el artículo 134.2, para que queden sujetos los mismos al Impuesto sobre Sociedades, lo que necesariamente obliga a profundizar en la naturaleza de las tarifas portuarias. Todo ello, es preciso indicarlo, antes de la modificación introducida en el artículo 134 de la Ley 43/1995 por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, sobre cuya interpretación y efectos se ha solicitado el informe a este Centro y a la que luego se hará cumplida referencia.

- IV -

Para precisar las rentas que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica y que, de acuerdo con la interpretación que se ha mantenido de los artículos 9.3 y 134 de la Ley 43/1995, deban considerarse exentas del Impuesto sobre Sociedades, todo ello en relación con las Autoridades Portuarias, hay que comenzar haciendo referencia a la naturaleza de las mismas, para lo que es preciso acudir a la LPMM, cuyo artículo 35.1 las considera Entidades de Derecho Público de las previstas en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios e independientes de los del Estado, y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

El artículo 36 de esa Ley, en la redacción dada al mismo por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, detalla las competencias de las Autoridades Portuarias, y que son las siguientes:

- a) 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 la competencia de otras autoridades.
- b) 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.
- c) La planificación, proyecto, construcción, conservación y explotación de las obras y servicios del puerto, y el de las señales marítimas que tengan encomendadas, con sujeción a lo establecido en esta Ley.
- d) La gestión del dominio público portuario y de señales marítimas que le sea adscrito.
- e) La optimización de la gestión económica y la rentabilización del patrimonio y de los recursos que tengan asignados.
- f) El fomento de actividades industriales y comerciales relacionadas con el tráfico marítimo o portuario.
- g) La coordinación de las operaciones de los distintos modos de transporte en el espacio portuario.

Para el ejercicio de estas competencias de gestión atribuidas por el precepto que acaba de transcribirse, el artículo 37 de la LPMM, también en la redacción dada por la Ley 62/1997, atribuye a las Autoridades Portuarias un abanico de funciones, entre las que merecen destacarse, por lo que ahora importa, las siguientes:

“b) Gestionar, administrar y controlar los servicios portuarios(*), los de señalización marítima y las operaciones y actividades que requieran su autorización o concesión.”

(...)

“k) Aprobar las tarifas de los diferentes servicios que presten directamente, con sujeción a lo previsto en el artículo 70 de esta Ley, así como proceder a su aplicación o recaudación.”

“l) Otorgar las concesiones y autorizaciones y elaborar y mantener actualizado los cánones.”

“m) Recaudar los cánones o precios públicos por las concesiones y autorizaciones otorgadas, vigilar el cumplimiento de las cláusulas y condiciones impuestas en el acto del otorgamiento, aplicar el régimen sancionador y adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección y adecuada gestión del dominio público portuario.”

Para el desarrollo de dichas funciones y de las demás asignadas por el artículo 37, el artículo 45, relativo al régimen económico, establece los recursos de las Autoridades Portuarias que están constituidos por:

“a) Los productos y rentas de su patrimonio, así como los procedentes de la enajenación de sus activos y los remanentes resultantes del ejercicio económico anterior.

- b) Los ingresos ordinarios y extraordinarios obtenidos en el ejercicio de sus actividades, que tendrán el carácter de recursos de Derecho privado.
- c) Los cánones procedentes de la utilización de bienes de dominio público portuario, de la prestación de servicios al público o del ejercicio de actividades industriales y comerciales en el ámbito portuario.
- d) Las aportaciones recibidas de Puertos del Estado.
- e) Los que pudieran asignarse en los Presupuestos Generales del Estado o en los de otras Administraciones Públicas, así como las subvenciones y auxilios, cualquiera que sea su procedencia.
- f) Los procedentes de los créditos, préstamos y demás operaciones financieras que puedan concertar.
- g) El producto de la aplicación del régimen sancionador previsto en esta Ley.
- h) Cualquier otro que les sea atribuido.”

Por último, se debe resaltar que, según el artículo 68 de la LPMM, los ingresos de las Autoridades Portuarias deberán responder al objetivo de lograr la rentabilidad global del conjunto del sistema portuario y de cada uno de los puertos. A tal fin, la suma de sus productos en el conjunto del sistema y en cada Entidad portuaria, deberá cubrir, al menos, los siguientes gastos:

- a) Los de explotación, conservación y administración propios de las entidades públicas portuarias.
- b) Las cargas fiscales y, en su caso, los intereses de los empréstitos emitidos y de los préstamos recibidos.
- c) La depreciación de sus bienes e instalaciones.
- d) Un rendimiento razonable de la inversión neta en activos fijos, para el conjunto del sistema portuario.

Pues bien, de todo lo expuesto hasta ahora queda claro que las Autoridades Portuarias son entidades públicas encargadas, entre otras funciones, de la gestión, administración y control de los servicios portuarios y que los ingresos obtenidos en el ejercicio de esa actividad, así como los obtenidos en el resto de las actividades desarrolladas por la misma se destinan a lograr la rentabilidad global del sistema portuario y de cada uno de los puertos.

Si esto es así, se puede llegar, con relativa facilidad, a una primera conclusión, consistente en entender que la exención parcial, reconocida en el artículo 9.3 en relación con el artículo 134.a) de la Ley 43/1995, cubriría todos los ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias en la realización de las actividades que constituyen su finalidad específica, en este caso los derivados de la gestión de los servicios portuarios, aunque se pueda entender que la gestión indicada supone el ejercicio de una explotación económica en los términos del artículo 134.3 de la Ley citada.

No obstante, y como se ha indicado, no es cuestión pacífica la interpretación de esos preceptos legales, habiéndose postulado, como se ha visto, por algún sector doctrinal que los ingresos que se obtengan de una explotación económica estarían, en todo caso, sujetos al impuesto, aunque procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica. Con fundamento en este planteamiento, sería posible someter a tributación a todas las entidades, en este caso a las Autoridades Portuarias que, carentes de ánimo de lucro, alcanzan su finalidad específica a través del desarrollo de una explotación económica.

Dado que los ingresos que se cuestionan son los obtenidos por las Autoridades Portuarias en concepto de tarifas por prestación de servicios portuarios, para determinar si los mismos se pueden entender obtenidos en el desarrollo de una explotación económica es preciso analizar la naturaleza jurídica de esas tarifas.

Pues bien, formalmente, en los ejercicios discutidos, las tarifas por la prestación de los servicios portuarios tenían la consideración de precios privados (artículo 70 de la LPMM,

modificado por la Ley 62/1997), debiendo garantizar el objetivo de autofinanciación, evitar prácticas abusivas en relación con los tráficos cautivos, así como actuaciones discriminatorias y otras análogas.

Sin embargo, y a raíz, fundamentalmente, de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 185/1995 (con anterioridad ya se habían suscitado dudas acerca de si eran tasas o precios públicos) se cuestionó la naturaleza de las tarifas portuarias o, lo que es lo mismo, si realmente tenían la consideración de precios privados o, más bien, se trataba de tasas, llegándose, en general a la conclusión, de la que son muestra 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 la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2000, declaró lo que sigue:

“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 del principio de reserva de ley.

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, por auto de 24 de septiembre de 2002, 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 LPMM, 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, apartados 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, más en concreto tasas. 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.

Con el fin de precisar al máximo el alcance del primero de esos fallos y tal y como se indica en el fundamento jurídico 4 del mismo, los “servicios portuarios” regulados en la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 13 de abril de 1993, sobre aplicación de las tarifas por servicios prestados por las autoridades portuarias, recurrida en el proceso contencioso-administrativo a que dio lugar la cuestión de inconstitucionalidad, son los previstos en los apartados 1 y 3 del artículo 66 de la LPMM, razón por la cual –añade la sentencia del Tribunal Constitucional nº 1202/2005– les resulta aplicables los apartados 1 y 2 del artículo 70 de la misma norma legal, aquí cuestionados. Dichos “servicios”, en efecto, son los siguientes: “Señalización marítima”, que comprende la “utilización del sistema de ayudas a la navegación marítima” (Tarifa T-0); “entrada y estancia de barcos”, que incluye “la utilización de las aguas del puerto, instalaciones de canales de acceso, esclusas (sin incluir el amarre, remolque o sirga de la misma), obras de abrigo y zonas de fondeo” (Tarifa T-1); “Atraque”, que abarca “el uso de las obras de atraque y elementos fijos de amarre y defensa” (Tarifa T-2); “Mercancías y pasajeros”, es decir, la “utilización por las mercancías y pasajeros de las aguas de puerto y dársenas, accesos terrestres, vías de circulación, zonas de manipulación (excluidos los espacios de almacenamiento o depósito) y estaciones marítimas y servicios generales de policía (Tarifa T-3); “Pesca fresca”, o, lo que es lo mismo, “la utilización por los buques pesqueros en actividad y los productos de la pesca marítima fresca, de las aguas del puerto, muelles, dársenas, zonas de manipulación y servicios generales de policía” (Tarifa T-4); “Embarcaciones deportivas y de recreo”, que igualmente integra la “utilización, por las embarcaciones deportivas o de recreo y por sus tripulantes y pasajeros, de las aguas del puerto, de las dársenas y zonas de fondeo, de los servicios generales de policía y, en su caso, de las instalaciones de amarre en muelles o pantalanes (Tarifa T-5); “Grúas de pórtico”, a saber, “la utilización de las grúas de pórtico convencionales o no especializadas” (Tarifa T-6); “Almacenes, locales y edificios”, que comprende “la utilización de explanadas, cobertizos, tinglados, almacenes, depósitos, locales y edificios, con sus servicios generales correspondientes, no explotados en régimen de concesión” (Tarifa T-7); “Suministros”, que incluye “el valor de los productos o energías suministrados y la utilización de las instalaciones para la prestación de los mismos (Tarifa T-8); y finalmente, “Servicios diversos” que son “cualesquiera otros servicios prestados por la autoridad portuaria no enumerados en las restantes tarifas” (Tarifa T-9).

A la luz de su propia jurisprudencia, el Tribunal Constitucional afirma que la Orden de 13 de abril de 1993 regula “tarifas” que constituyen verdaderas prestaciones patrimoniales de carácter público sujetas al artículo 31.1 de la Constitución, mencionando en su fundamento jurídico 5, entre los servicios que se encuentran monopolizados, todos los que determinan la exigencia de las tarifas antes reseñadas. .

Esta misma conclusión puede mantenerse con la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998 (modificada en aspectos no esenciales por las Ordenes de 16 de diciembre de 1998 y 22 de diciembre de 2000), aplicable a los ejercicios 2000 y 2001 y que, en su artículo 12, con una mejora en la definición de las mismas y con algún reajuste (la Tarifa T-1 se denomina "Buques", exigiéndose por el acceso marítimo de los buques al puerto y su atraque o fondeo); la Tarifa T-2 se denomina " Pasaje" y la T-3 "Mercancías", mientras la antigua T-3 de la Orden de 13 de abril de 1993 englobaba "Mercancías y pasajeros"), contiene una clasificación de las tarifas por servicios de gestión directa, que luego va regulando la propia Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, en términos muy similares a los contenidos en las Ordenes precedentes, como la de 13 de abril de 1993 y la de 19 de abril de 1995.

En definitiva, y tal y como también se señala en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 121/2005, de 10 de mayo, que declaró inconstitucional y nulo el artículo 70, apartados 1 y 2, de la LPMM, en la redacción dada a este precepto por la Ley 62/1997, a todos los servicios a los que se refiere el artículo 66, apartados 1 y 3, de la LPMM les resulta aplicable el artículo citado, siendo prestaciones patrimoniales de carácter público obtenidas por la realización de actividades en las que existe un monopolio de derecho, viéndose obligados los particulares a optar, como se ha dicho, entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación.

Declarado inconstitucional y nulo el artículo 70, apartados 1 y 2, de la LPMM y al margen de la determinación del alcance de esa declaración respecto a las liquidaciones dictadas con anterioridad y de la posible entrada en juego, ante el silencio de las sentencias citadas del Tribunal Constitucional sobre el particular, del principio de seguridad jurídica, lo cierto es que, en estos momentos, no puede decirse que los ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias por la prestación de los servicios portuarios durante los ejercicios 2000 y 2001 tengan la consideración de precios privados, sino que son auténticas tasas o, si se prefiere, prestaciones patrimoniales de carácter público de naturaleza tributaria.

Si esto es así, no puede decirse con fundamento que los ingresos procedentes de esas prestaciones de carácter público de naturaleza tributaria son rentas o rendimientos de una explotación económica que, como reza el artículo 134.3 de la Ley 43/1995, son aquéllos que, procediendo del trabajo y del capital conjuntamente, o de uno solo de esos factores, suponen, por parte del sujeto pasivo, la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. La existencia de un monopolio de derecho a favor de las Autoridades Portuarias y la circunstancia de que los particulares se vean obligados a optar entre no recibir los servicios o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación generan, en la práctica, como dice el Tribunal Constitucional, una situación de monopolio que muy poco tiene que ver con el desarrollo de una explotación económica, tal y como se entiende legal y habitualmente la misma. Está absolutamente claro, y así ha tenido oportunidad de manifestarlo la doctrina, que cuando una entidad pública que presta un determinado servicio percibiendo en contraprestación del mismo una tasa, no es posible sujetarla al Impuesto sobre Sociedades, porque, sencillamente, no hay "explotación económica" a efectos fiscales.

Aunque no sea aplicable, por razón del tiempo, a la cuestión que es objeto de este informe la nueva Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, este texto legal ha venido a ratificar este planteamiento, reconvirtiendo las antiguas tarifas de servicios que implicaban la utilización del dominio público, previa redefinición de sus hechos imposables, en verdaderas tasas por la utilización especial de las instalaciones portuarias, desapareciendo de ellas la actividad prestacional (apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley y artículos 14 a 30 de la misma) y dejando sólo las "tarifas" como precios privados para los servicios comerciales que las Autoridades Portuarias presten en régimen de concurrencia.

Ante ello, el artículo 45 de la Ley 48/2003, relativo al régimen tributario de las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado, establece que estas entidades quedan sometidas al mismo régimen tributario que corresponde al Estado, sin perjuicio de la aplicación a las mismas del régimen de entidades parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades, “a cuyo efecto los ingresos por la prestación de servicios comerciales tendrán la consideración de ingresos procedentes de explotaciones económicas”.

En otras palabras, a partir de la entrada en vigor de la Ley 48/2003 queda claro que todos los ingresos procedentes de tasas exigidas por las Autoridades Portuarias, como prestaciones patrimoniales públicas de carácter tributario, están exentos del Impuesto sobre Sociedades, estando amparados por la exención del artículo 9.3 en conexión con el artículo 134.1.a), segundo párrafo, de la Ley 43/1995, en la redacción dada al mismo por la Ley 49/2002, a la que luego se hará referencia, que considera, en la línea de lo antes expuesto, que no proceden de la realización de una explotación económica los ingresos de naturaleza tributaria. Por el contrario, los ingresos por la prestación de servicios comerciales que presten las Autoridades Portuarias en régimen de concurrencia, que tienen la consideración de tarifas y el carácter de precios privados (artículo 31 de la Ley 48/2003), son ingresos procedentes de explotaciones económicas, estando sujetos plenamente al Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con el artículo 134.2 de la Ley 43/1995.

Debiendo diferenciarse, pues, tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, entre ingresos procedentes de la prestación de servicios portuarios que tienen la calificación legal de tasas (exentos en el Impuesto sobre Sociedades) e ingresos procedentes de la prestación de servicios comerciales que tienen la calificación legal de precios privados (no exentos en el Impuesto sobre Sociedades), es importante destacar, a los efectos que aquí interesan, que la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005, antes citada, se encarga de precisar la correspondencia entre las tarifas de la Orden Ministerial de 13 de abril de 1993 (recuérdese que la estructura de las tarifas de dicha Orden Ministerial es sustancialmente coincidente con la de la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, aplicable esta última a los ejercicios de los años 2000 y 2001) y las tasas que establece la Ley 48/2003. Puede, de esta forma, determinarse cuáles son los servicios portuarios que, en relación con los ejercicios indicados (2000 y 2001), daban lugar a la exigencia de precios privados y que, tras la Ley 48/2003, dan lugar a la exigencia de tasas. Así, la indicada sentencia, en su fundamento jurídico 6, dice:

“Y es que, en efecto, un análisis del articulado de la citada Ley pone de manifiesto que las tarifas reguladas en la Orden Ministerial impugnada ante el órgano judicial cuestionante merecen ahora la calificación en la norma legal de “tasas”. Así ocurre con la Tarifa T-0, que se convierte en la “Tasa por señalización marítima” (arts. 14.2.b) , 29.1, 30 y 58.2.c); por su parte, el presupuesto de hecho de las tarifas T-1 y T-2 se integra ahora en el hecho imponible de la llamada “Tasa del buque” (art. 21); la Tarifa –3 se desagrega en la “Tasa del pasaje” (art. 23), la “Tasa de la mercancía” (artículo 24) y la “Tasa por servicios generales” (art. 29); la anterior Tarifa T-4 se incorpora al hecho imponible de la “Tasa de la pesca fresca” (artículo 25) y en parte al de la “Tasa por servicios generales” (artículo 29); la tarifa T-5 pasa a calificarse como la “Tasa de las embarcaciones deportivas y de recreo” (art. 22); el presupuesto de hecho de la tarifa T-6 se incluye en la nueva “Tasa de mercancías” (art. 24); la tarifa T-7 se integra en la “Tasa por ocupación privativa del dominio público portuario” (art. 19) y la tarifa T-8, por lo menos en lo que a la utilización de las instalaciones se refiere, se incorpora a la “Tasas del buque” (art. 21), a la “Tasa de las embarcaciones deportivas y de recreo” (art.22) y a la “Tasa de la pesca fresca”.

La promulgación de la Ley 48/2003, en la que, como se ha dicho, se opta claramente por la reconversión de las antiguas tarifas de servicios en auténticas tasas –conociendo ya el permanente cuestionamiento por diversos Tribunales Superiores de Justicia y sobre todo por la Audiencia Nacional de la naturaleza de las tarifas portuarias, configuradas como precios privados en el artículo 70 de la LPMM –lo que propició el planteamiento en el mes de septiembre de 2002 por el Tribunal Supremo de una cuestión de inconstitucionalidad de

ese artículo, resuelta por la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 2005, en el sentido de considerar las mismas como auténticas prestaciones patrimoniales de carácter público (tasas)– no deja de suponer un claro reforzamiento de la tesis favorable al reconocimiento de la exención de los ingresos por tarifas de los ejercicios discutidos.

- V -

Así se llega a la modificación introducida en el artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995 por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo que, en su disposición adicional segunda.5 y con vigencia desde el 25 de diciembre de 2002, añadió un segundo párrafo a ese artículo 134.1.a), cuyo tenor literal es el siguiente:

“A efectos de la aplicación de este régimen a la Entidad de Derecho Público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, se considerará que no proceden de la realización de explotaciones económicas los ingresos de naturaleza tributaria y los procedentes del ejercicio de la potestad sancionadora y de la actividad administrativa realizadas por las Autoridades Portuarias, así como los procedentes de la actividad de coordinación y control de la eficiencia del sistema portuario realizada por el Ente Público Puertos del Estado.”

Como se ha expuesto en el fundamento jurídico I de este informe, la DGT y la AEAT parten de la base de que la inclusión de un párrafo nuevo en el artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995, especificando los ingresos que no proceden de la realización de explotaciones económicas, entre los que se encuentran, los de naturaleza tributaria, es innovativa y no interpretativa de la normativa vigente hasta ese momento, por lo que sólo surtiría efectos a partir de 1 de enero de 2002, no siendo aplicable, por tanto, a los ejercicios 2000 y 2001. Al mismo tiempo, insisten en que las tarifas que las Autoridades Portuarias perciben constituyen ingresos de las mismas en contraprestación a los servicios que prestan y que la Autoridades Portuarias desarrollan una explotación económica en los términos de la ley, para concluir, lo cual es importante, que, no estando en vigor en el año 2001 (y en el 2000 tampoco) la reforma introducida en el artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995 por la Ley 49/2002, que excluía del concepto de explotación económica los ingresos de naturaleza tributaria, los ingresos por tarifas de los años 2000 y 2001 estarían sujetos y no exentos del Impuesto. Puertos del Estado, como se ha dicho también, insiste en el carácter interpretativo de la modificación que ha tratado de delimitar las rentas que, derivadas de actividades que constituyen su objeto social o finalidad específica, no proceden de explotaciones económicas.

Así las cosas, y teniendo presente las conclusiones a las que se ha llegado de momento en este informe, se debe intentar averiguar el auténtico sentido o alcance de esa modificación.

De las diversas interpretaciones posibles sobre el alcance de esa nueva previsión añadida al artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995 por la Ley 49/2002, la primera es entender que lo que se ha querido es aclarar o interpretar el alcance de la exención recogida en el precepto que, como ya se ha dicho, declara exentas las rentas obtenidas por las Autoridades Portuarias, como antes parcialmente exentos, procedentes de la realización de actividades que constituyan su objeto o finalidad específica, bien que dicha exención no alcanza a los rendimientos de explotaciones económicas (art. 134.2 de la Ley), considerando que no proceden de la realización de explotaciones económicas, entre otros, los ingresos de naturaleza tributaria, los procedentes del ejercicio de la potestad sancionadora y de la actividad administrativa realizada por las Autoridades Portuarias.

En el campo tributario es bastante frecuente la presencia de normas legales que se limitan a aclarar o precisar algún concepto de una norma anterior y que, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia (en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1930 y la resolución del TEAC de 17 de octubre de 1963), se las reconoce un tácito efecto retroactivo sobre la base de que lo único que hacen esas normas

es explicitar una conclusión a la que antes se podía también llegar con una interpretación adecuada de los correspondientes preceptos legales.

La norma interpretativa tiene por finalidad establecer cuál es la voluntad del legislador cuando dictó la norma que se trata de interpretar. Así entendida, esa norma interpretativa, como se ha dicho, goza de fuerza retroactiva, extendiendo, en consecuencia, su eficacia a la fecha de entrada en vigor de la norma que interpreta. Se trata de una retroactividad inherente, implícita o natural, ya que, si la norma interpretativa tiene por misión determinar el alcance o sentido de una norma jurídica anterior, necesariamente ha de extender sus efectos a situaciones nacidas tras la entrada en vigor de la norma aclarada o interpretada y antes, por tanto, de la propia norma interpretativa o aclarativa.

La justificación dogmática de este criterio estriba en que la norma que necesita ser interpretada es incierta y controvertida, por lo que no puede engendrar la confianza de sus destinatarios. Si el fundamento de la irretroactividad es la seguridad jurídica, la aclaración de normas imprecisas u oscuras no supone merma de dicha seguridad, sino, todo lo contrario, su plena consecución o reforzamiento. Por ello, se rechaza la eficacia retroactiva de las normas que enmascaran una modificación de la disposición que se pretende interpretar e incluso se niega la posibilidad misma de dictar normas interpretativas cuando es texto de la ley es lo suficientemente claro en su enunciado.

En cuanto al alcance de la norma tributaria interpretativa, ésta puede afectar a todos los supuestos de hecho que todavía no han sido objeto de liquidación definitiva o ganado firmeza, nunca a situaciones tributarias firmes.

Se pueden poner como ejemplo de ese carácter interpretativo o aclaratorio de la norma anterior, con efecto retroactivo a la fecha de entrada en vigor de la norma que se pretende aclarar, la modificación introducida en el artículo 66 de la derogada Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 por el apartado 2 del artículo 20 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, saliendo al paso de las dudas suscitadas acerca del efecto interruptivo de las actuaciones de regularización tributaria, previas a la incoación de un expediente sancionador. Lo mismo puede decirse de la exclusión de la deducción por doble imposición en caso de reparto de la prima de emisión (artículos 37.1 y 78 de la antigua Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, objeto de nueva redacción por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 1998 y 58 de la Ley 65/97, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para ese mismo año). De igual forma puede predicarse ese alcance interpretativo, con el efecto indicado, de la nueva regulación de los ajustes de cuota (artículo 76 de la citada Ley 18/1991, en la redacción dada por el artículo 1.8 de la citada Ley 66/1997) que no hace más que adaptar el ajuste a la existencia de un tipo reducido del 30% en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tipo que ya existía con anterioridad o, por fin, la precisión introducida en el artículo 20.Uno.24^º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido por la misma Ley 66/1997 (artículo 6.5), con la consecuencia de que, en las entregas de terrenos edificables, aportaciones a juntas de compensación, así como en las segundas y ulteriores entregas de edificaciones, debe admitirse necesariamente la renuncia a la exención y, por tanto, la tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido (siempre que se cumplan lógicamente los requisitos del artículo 20 de la Ley), tiene también una indudable carácter aclaratorio e interpretativo y debe aplicarse por tanto con carácter retroactivo.

Este carácter interpretativo o aclaratorio es el que más se ajusta no sólo a la dicción literal de ese párrafo añadido al artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995 por la Ley 49/2002, que comienza diciendo, “a efectos de la aplicación de este régimen...”, queriendo aclarar qué ingresos de las Autoridades Portuarias se considera que no proceden de la realización de explotaciones económicas (los señalados en ese apartado), sino al carácter incierto o controvertido, como se ha visto, de la locución “objeto social o finalidad específica”, así como a la necesidad de precisar al máximo los ingresos que no proceden de “explotaciones económicas” (exentos, de acuerdo con el apartado 2 de ese mismo artículo), lo cual no es incompatible con el hecho

de que, con anterioridad a la Ley 49/2002, que añade ese párrafo al precepto, no pudiera llegarse a la misma conclusión con una adecuada interpretación del alcance de las expresiones citadas, como demuestra este informe.

En efecto, en todos esos casos está presente una evidente finalidad pública o, si se quiere, el desarrollo por parte de las Autoridades Portuarias de actividades o funciones públicas propias de las mismas. Basta, en tal sentido, con tener presente de nuevo el artículo 37 de la LPMM, encontrándose esas funciones, como se ha dicho, dentro del objeto o finalidad específica de esas entidades. Resulta obvio que la prestación de servicios portuarios entra dentro de las actividades constitutivas de la finalidad específica perseguida por las Autoridades Portuarias y que, en una primera aproximación al tema, los ingresos –vía tarifas– obtenidos de la prestación de esos servicios estarían exentos del Impuesto

Ahora bien, como se ha visto, existe un criterio, compartido por la DGT, según el cual, esos ingresos procedentes de tarifas, al margen de la calificación jurídico tributaria de las mismas, son ingresos procedentes, en todo caso, de una explotación económica y, por tanto, sujetos al Impuesto.

El nuevo párrafo añadido al artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995 deja claro que no proceden de la realización de explotaciones económicas los ingresos de naturaleza tributaria. No se puede saber con certeza si el legislador, cuando en diciembre de 2002 consideró oportuno añadir ese nuevo párrafo al artículo 134.1.a), tuvo o no presente que los Tribunales de Justicia estaban cuestionando el carácter de precios privados de las tarifas recogidas en el artículo 70 de la LPMM y el planteamiento por el Tribunal Supremo, en el mes de septiembre de 2002, de una cuestión de inconstitucionalidad de ese precepto. Por ello, prudentemente, y dejando de lado la “finalidad específica” perseguida por las Autoridades Portuarias o, lo que es lo mismo, sus funciones y centrando exclusivamente la cuestión en la naturaleza de los ingresos percibidos por las mismas, se podría pensar que el indudable carácter interpretativo de ese párrafo, añadido al precepto, sólo alcanzaría a los ingresos de naturaleza propiamente tributaria existentes en esos momentos (fundamentalmente los cánones) y no a los precios privados.

Pues bien, aunque pueda mantenerse esa interpretación y, en consecuencia, postularse la sujeción al impuesto de los ingresos obtenidos por las tarifas en los ejercicios 2000 y 2001, lo cierto es que el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 102/2005, de 20 de abril de 2005, ha declarado inconstitucional el precepto citado, considerando, como se ha visto, que las tarifas en cuestión no son precios privados, sino prestaciones patrimoniales públicas de naturaleza tributaria o, si se quiere, tasas, por lo que, aunque la actuación inspectora ya iniciada afecte a los ejercicios 2000 y 2001, esta evidencia no puede obviarse en modo alguno y llevaría a entender que no pueden, realmente, considerarse procedentes de la realización de explotaciones económicas los ingresos obtenidos en esos dos años de esas tarifas, debiendo estar exentos del impuesto.

A una conclusión similar podría llegarse respecto a las actividades administrativas que realizan las autoridades portuarias con la lectura de la contestación a la consulta 2121/2001 de la DGT de 3 de diciembre de 2001 que, tras recordar el concepto de explotación económica y refiriéndose a las actividades de las Autoridades Portuarias, dice que las circunstancias que describe el artículo 134.3 no se aprecian “en el caso de realización de actividades administrativas”.

Siendo la opción por el carácter interpretativo o aclaratorio, con efecto retroactivo, la más correcta para determinar el alcance de la modificación introducida en el artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995 por la Ley 49/2002, se deben analizar, no obstante, otras posibles interpretaciones, como la que parece inducirse de los informes de la DGT y AEAT en los términos que seguidamente se indican. De dichos informes, partiendo siempre de la realización, por parte de las Autoridades Portuarias, de una explotación económica, se deduce la sujeción de los ingresos obtenidos por las tarifas en los años discutidos cuando textualmente dicen,

“puesto que en los ejercicios 2000 y 2001 no estaba en vigor el mencionado segundo párrafo de la letra a) del apartado 1 del artículo 121 del TRLIS (el antiguo artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995) por el que se excluían de la explotación económica los ingresos de naturaleza tributaria, los ingresos de dichas tarifas estarán sujetos y no exentos del Impuesto sobre Sociedades en los ejercicios 2000 y 2001”. (Punto 1 del Informe de 19 de mayo de 2005).

De acuerdo con esa afirmación, sólo a partir de la entrada en vigor de la reforma introducida en ese artículo por la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, que tuvo lugar el 25 de diciembre de 2002, afectando, por tanto, al ejercicio 2002, pero no a los anteriores 2000 y 2001, y partiendo, lógicamente, del carácter innovativo y no modificativo de esa reforma, podría entenderse que los ingresos de naturaleza tributaria son ingresos que no proceden de la realización de explotaciones económicas. Con anterioridad al año 2002 y, por tanto, en los ejercicios 2000 y 2001, todos los ingresos de naturaleza tributaria estarían sujetos al impuesto, al igual que los procedentes del ejercicio de la potestad sancionadora y de la actividad administrativa realizada por las Autoridades Portuarias, que sólo podrían considerarse exentos a partir de ese mismo año 2002, pero no antes.

Esta interpretación sobre el alcance de la modificación del artículo discutido choca frontalmente con la consideración de los ingresos a que se refiere la misma como ingresos derivados del ejercicio de una actividad pública por parte de las Autoridades Portuarias, desde el momento en que se crearon las mismas por la LPMM. En efecto, comenzando por los ingresos de naturaleza tributaria, aunque se quiera, en todo caso, sujetar al impuesto los ingresos derivados de una explotación económica, al margen de que coincida con la realización de actividades que constituyan el objeto social o finalidad específica de las entidades parcialmente exentas, no es posible sujetar al impuesto esos ingresos porque, en estos casos, no hay explotación económica. Los ingresos procedentes del ejercicio de la potestad sancionadora y de la actividad administrativa se consideran claramente ingresos derivados del ejercicio de una función pública y obtenidos en la realización de unas actividades que constituyen su finalidad específica, y, por tanto, están también exentos del Impuesto.

Poniendo el punto de atención, no obstante, en las tarifas portuarias, la única posibilidad de mantener esa interpretación sería considerar que las tarifas portuarias, en la fecha en que se promulgó la Ley 49/2002, tenían la naturaleza de precios privados, procedentes de la realización de una explotación económica, no teniendo, por tanto, el carácter de ingresos de naturaleza tributaria que la propia Ley considera no procedentes de la realización de explotaciones económicas.

Pues bien, aunque pueda mantenerse ese criterio acerca del alcance de la modificación en la fecha en que se promulgó la Ley 49/2002, no se puede perder de vista que, en la actualidad, existen dos claros pronunciamientos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional y nulo el artículo 70, apartados 1 y 2, de la LPMM, en las dos redacciones del mismo, en la medida en que se califica como precios privados a contraprestaciones por servicios portuarios que constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, más concretamente, de naturaleza tributaria.

Sobre esta base, aunque se mantuviera la tesis de que la modificación introducida en el artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995 sólo surte efectos a partir de la entrada en vigor de la Ley 49/2002 y no en los ejercicios de los años 2000 y 2001, no teniendo las tarifas portuarias la consideración de precios privados, sino de prestaciones patrimoniales de carácter público, de naturaleza tributaria (naturaleza que, al margen de la posible firmeza de las liquidaciones giradas por las Autoridades Portuarias a lo largo de estos años, cabría predicar de las mismas desde la aprobación de la LPMM), parece indudable que los ingresos procedentes de las tarifas portuarias se han hecho acreedores de la exención recogida en el precepto citado, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que los ingresos de naturaleza tributaria no pueden considerarse que procedan de la realización de explotaciones económicas y que esa conclusión debe mantenerse en todo tiempo y no sólo desde el año 2002, como antes se ha razonado.

Por último, de la contestación dada por la DGT y la AEAT a la cuestión que es objeto de este informe podría también deducirse una apuesta de los mismos por la naturaleza tributaria de las tarifas portuarias cuando se dice que el nuevo párrafo añadido al artículo 134.1.a), que excluye de la explotación económica los ingresos de naturaleza tributaria, no estaba en vigor en los ejercicios 2000 y 2001, dando a entender que, si hubiera estado en vigor en esos ejercicios, podría aplicarse la exención a las tarifas a las que, indirectamente y de esta forma, estaría considerando como ingresos de naturaleza tributaria, lo cual es un argumento más para entender que se está en presencia de ingresos de esa naturaleza, no procedentes, por tanto, de explotación económica, sino de actividades constitutivas de su finalidad específica y, por tanto, exentos del impuesto.

A modo de recapitulación de todo lo anteriormente expuesto, entiende este Centro Directivo que, en relación con los ejercicios de los años 2000 y 2001, están exentos del Impuesto sobre Sociedades todos aquellos ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias procedentes de la prestación de servicios portuarios que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005, se correspondan con las tarifas por prestación de servicios reseñadas en sus fundamentos jurídicos 4 y 5 (con los debidos ajustes derivados de la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, aplicable en esos ejercicios) y que, de acuerdo con las prescripciones de la Ley 48/2003, tienen actualmente la consideración de tasas.

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 interpretación más ajustada a Derecho del artículo 134.1.a) de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, modificado por la disposición adicional segunda de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, sobre régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, unida al evidente carácter interpretativo de esa modificación, con efectos retroactivos a los periodos impositivos cuyo plazo reglamentario de declaración hubiera finalizado a partir de 1 de enero de 2001, según la disposición final tercera.dos de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (que en su artículo 2 incluyó a la entidad Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias entre las entidades parcialmente exentas del Impuesto, en los términos previstos en el Capítulo XV del Título VIII de la Ley 43/1995), determina que estén exentos del Impuesto sobre Sociedades los ingresos obtenidos por las Autoridades Portuarias, en los ejercicios 2000 y 2001, procedentes de la prestación de servicios portuarios que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional nº 102/2005, se correspondan con las tarifas por prestación de servicios reseñadas en sus fundamentos jurídicos 4 y 5 (con los debidos ajustes derivados de la Orden Ministerial de 30 de julio de 1998, aplicable en esos ejercicios) y que, de acuerdo con las prescripciones de la Ley 48/2003, tienen actualmente la consideración de tasas.

46.- Informe sobre exigibilidad del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a la Autoridad Portuaria de Tarragona por razón de determinadas fincas sitas en la zona de servicio del puerto.

Resumen

Consulta sobre exigibilidad del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) a la Autoridad Portuaria de Tarragona por razón de determinadas fincas sitas en la zona de servicio del puerto. Examen del hecho imponible y del sujeto pasivo del IBI; titularidad dominical de los puertos de interés general; improcedencia de exigir el IBI a las Autoridades Portuarias al no ser propietarias de los puertos de interés general. Exigencia del IBI a la Administración del Estado, quedando obligado al pago del IBI el Ministerio de Fomento a la vista de las previsiones de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y de la posición institucional de las Autoridades Portuarias. Examen de distintos supuestos planteados en la consulta: 1) terrenos en la zona de servicio del puerto abiertos al uso público y gratuito; 2) terrenos de la zona de servicio del puerto por los que discurren vías ferroviarias; 3) terrenos en la zona de servicio del puerto objeto de concesión administrativa; y 4) terrenos de la zona de servicio del puerto objeto de autorización administrativa.

Observaciones

Por Ley 16/2007, de 4 de julio, se dio nueva redacción al artículo 63.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, cuyo alcance se analiza en el siguiente informe, el nº 47.

Ref.: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 5/07

Fecha: 4 de abril de 2007

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la exigibilidad del pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a la Autoridad Portuaria de Tarragona por razón de determinadas fincas sitas en la zona de servicio del puerto de Tarragona. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Con carácter previo al examen de la cuestión fundamental que suscita la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Tarragona, cual es la relativa al régimen tributario que, a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), han de seguir los inmuebles de dominio público integrantes del puerto (de interés general) de Tarragona, este Centro Directivo estima oportuno hacer las dos siguientes precisiones:

1.- Como quiera que la consulta tiene por base el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la aludida Abogacía del Estado contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto por la Autoridad Portuaria de Tarragona contra las liquidaciones giradas en dicho concepto tributario por el Ayuntamiento de Tarragona respecto de determinados inmuebles sitos en la zona de servicio del referido puerto, este Centro Directivo parte de la premisa de la certeza de las circunstancias o datos fácticos concurrentes en los referidos inmuebles a que se alude en el escrito de demanda y que en éste se consideran cumplidamente acreditados en virtud de prueba documental aportada (a la que no ha tenido acceso este Centro Directivo).

- 2.- Con el planteamiento de dar a la cuestión consultada un tratamiento de carácter general que pueda servir para dar respuesta a cuestiones similares que se susciten respecto de otros puertos de interés general, se prescindirá, por tratarse de cuestiones particulares del supuesto consultado, del examen de la consideración de una de las liquidaciones giradas por el Ayuntamiento de Tarragona como un supuesto de revisión material de un acto administrativo declarativo de derechos (resolución del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tarragona de 19 de febrero de 2003 que anuló la liquidación girada en concepto de IBI por una de las fincas que ahora ha sido objeto de liquidación), así como del examen de las consideraciones relativas a la inobservancia del procedimiento establecido en la normativa reguladora de dicho tributo para la exigibilidad del mismo (páginas 37 y siguientes del escrito de demanda).

- II -

Tras disponer el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL) que “el Impuesto sobre Bienes Inmuebles es un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles en los términos establecidos en esta Ley;” el artículo 61 de dicho texto legal, bajo la rúbrica de “Hecho imponible y supuestos de no sujeción;” dispone lo siguiente:

“1. Constituye el hecho imponible del impuesto la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales:

- a) De una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos.
- b) De un derecho real de superficie.
- c) De un derecho real de usufructo.
- d) Del derecho de propiedad.

2. La realización del hecho imponible que corresponda de entre los definidos en el apartado anterior por el orden en él establecido determinará la no sujeción del inmueble a las restantes modalidades en él previstas.

(...)”

El precepto que acaba de transcribirse en lo pertinente ha de ser completado, dado que la cuestión que se suscita es la relativa a la exigibilidad del IBI a la Autoridad Portuaria de Tarragona, con lo dispuesto en el artículo 63 del TRLHL, que dispone lo siguiente:

“1. Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4. de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto.

(...)”

A la vista de los preceptos de que se ha hecho mención, y puesto que, por una parte, el hecho imponible del IBI, a cuya peculiar estructura se vincula indisolublemente la condición del sujeto pasivo como resulta de poner en relación el artículo 61.1 con el artículo 63.1 del TRLHL, está constituido por la titularidad de los derechos indicados en el precepto primeramente citado por el orden que en el mismo se establece y, por otra parte, resulta indudable que las Autoridades Portuarias, en general, y la Autoridad Portuaria de Tarragona, en particular, no ostentan, respecto de los puertos de interés general (enumerados en el anexo de Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante –LPEMM–), ninguno de los derechos consignados en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 61 –derecho de concesión administrativa, derecho real de superficie y derecho real de usufructo–,

resulta necesario determinar si dichas entidades públicas son titulares dominicales de los respectivos puertos, es decir, si sobre los mismos les corresponde el derecho de propiedad, y ello en razón de que, de ser ello así, habría que reconocerles la condición de sujeto pasivo del tributo de que aquí se trata (independientemente y al margen de que no procediese atribuirles esa condición respecto de aquellas fincas o inmuebles sobre los que se hubiera otorgado una concesión administrativa, dada precisamente, como se ha dicho, la circunstancia de que la determinación del sujeto pasivo viene condicionada por la estructura con que está configurado el hecho imponible, y que da lugar a que la titularidad de una concesión administrativa excluya o elimine el hecho imponible consistente en la titularidad del derecho de propiedad).

Pues bien, la adecuada resolución de la cuestión planteada pasa necesariamente por determinar a quién corresponde el derecho de propiedad o titularidad dominical de los puertos de interés general.

Por su propio emplazamiento, los puertos (de interés general) se integran, como pertenencia, en el dominio público marítimo-terrestre, cualificándose el dominio público portuario como dominio público marítimo-terrestre afecto a los puertos e instalaciones portuarias (de interés general). Este aserto permite ya afirmar que si el dominio público marítimo-terrestre es de titularidad estatal, conforme resulta del artículo 132.2 de la Constitución y artículos 3 y 4 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC), igualmente ha de ser de titularidad estatal el dominio público sobre los puertos de interés general. En este sentido, tras indicar el artículo 3 de la LC los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal, el artículo 4 de dicho texto legal enumera, entre otros, como bienes que asimismo pertenecen al dominio público marítimo-terrestre estatal "los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regularán por su legislación específica" (apartado 11).

Si de la LC se deduce claramente que los puertos (de interés general) son bienes del dominio público estatal, es decir, que su titularidad dominical corresponde al Estado, este criterio queda plenamente confirmado, como no podía ser de otra forma, por la LPEMM. Así, el artículo 10 de este texto legal dispone que "corresponde a la Administración del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1 20ª de la Constitución, la competencia exclusiva sobre los puertos de interés general clasificados de acuerdo con lo previsto en la presente Ley". Aunque este precepto aluda a la competencia (llevando precisamente por rúbrica la de "competencias estatales") es lo cierto que el mismo ha de ser interpretado no sólo como una regla atributiva de competencia a la Administración del Estado, sino también, y a la vez, como una regla definidora de la titularidad dominical de la aludida Administración sobre los puertos de interés general; así lo corrobora el artículo 14 de la propia LPEMM que dispone lo siguiente "1. Las aguas marítimas, terrenos, obras e instalaciones fijas de los puertos de competencia de la Administración del Estado, son bienes de Dominio Público Portuario estatal. 2. Se considera dominio público portuario estatal el dominio público marítimo-terrestre afecto a los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal". Esta misma regla que define la titularidad dominical de la Administración del Estado sobre los puertos de interés general resulta del artículo 92 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, del Régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general que establece los principios o criterios con arreglo a los cuales ha de gestionarse el dominio público portuario que el propio precepto califica de estatal, así como del artículo 93 del mencionado texto legal que contiene la enumeración de los bienes que integran el dominio público portuario que esa misma norma adjetiva como dominio público portuario estatal (lo mismo podía decirse con los artículos 53 y 54 de la LPEMM, expresamente abrogados por la Ley 48/2003, según su disposición derogatoria única, apartado 1).

Una vez razonado que corresponde a la Administración del Estado la titularidad dominical de los puertos de interés general, es claro que, a la vista de los artículos 61 y 63 del TRLHL, la Autoridad Portuaria de Tarragona ni realiza el hecho imponible del IBI, dado que no ostenta esta entidad pública derecho de propiedad sobre el puerto ni, consiguientemente, ostenta la condición de sujeto pasivo, por cuanto que, vinculada esta condición a la titularidad del

derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible, no es la referida Autoridad Portuaria la titular del derecho de propiedad sobre los bienes de dominio público que constituyen el puerto de Tarragona.

En efecto, no sólo la LPEMM y la Ley 48/2003 atribuyen la titularidad dominical de los puertos de interés general a la Administración del Estado, sino que dichos textos legales no contienen ninguna previsión que, directa o indirectamente, haga atribución de la titularidad de los puertos de interés general a las respectivas Autoridades Portuarias. Éstas, configuradas ciertamente como entidades con personalidad jurídica propia y diferenciada de la personalidad de la Administración del Estado, no son sino entidades meramente instrumentales, vinculadas o dependientes de la Administración del Estado, para la gestión de los puertos de interés general, constituyendo el ejemplo típico de la denominada descentralización funcional o descentralización por servicios, consistente en la creación por una Administración matriz (Administración del Estado) y con una finalidad puramente instrumental, de entes a los que se les atribuye la gestión o prestación de determinados servicios de titularidad de aquella Administración, lo que se justifica en la necesidad de dar respuesta, para la más adecuada prestación del servicio (servicio portuario, en el caso de que se trata), a exigencias operativas, particularmente cuando se trata de servicios públicos de contenido especializado que precisen de gestión técnica separada. Si la caracterización institucional de estas entidades que surgen al amparo de la técnica de la descentralización funcional o descentralización por servicios determina que esas entidades sean meramente gestoras de servicios de titularidad del Estado, es decir, gestoras de intereses propios de la Administración del Estado, lo coherente con ello es que los bienes de propiedad de la Administración del Estado que constituyen el soporte físico o material para la prestación del servicio (dominio público portuario, en el caso que aquí se examina) no se entreguen a dichas entidades en propiedad, pues no se compagina bien el título dominical (entrega en propiedad de los bienes a las respectivas entidades u organismos) con la condición de gestores que tienen esas entidades, ya que esta condición no reclama el título dominical. Esta configuración general de los organismos o entidades que, al amparo del fenómeno de la descentralización funcional, surgen para la gestión de servicios públicos, pero que no determina la atribución a los mismos de la propiedad de los bienes que constituyen el soporte físico o material (dominio público) preciso para la prestación de esos servicios públicos queda confirmada, en lo que respecta a las Autoridades Portuarias, por el artículo 11 de la LPEMM, según el cual “las competencias que a la Administración del Estado corresponden en virtud de lo señalado en el artículo anterior serán ejercidas en los puertos e instalaciones de carácter civil por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (referencia que en la actualidad ha de entenderse hecha al Ministerio de Fomento), a través de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley y sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones o Departamentos de la Administración del Estado”. De la lectura de este precepto se desprende claramente que, en relación con los puertos de interés general, lo que corresponde a las Autoridades Portuarias no es la propiedad o titularidad dominical de aquéllos, sino, lo que es muy distinto, la gestión de los respectivos puertos, esto es, la prestación del servicio portuario que tiene como soporte material o físico el dominio público portuario, de titularidad de la Administración del Estado.

Debe, pues, concluirse, a la vista de las consideraciones precedentes, que, como se ha dicho, la Autoridad Portuaria de Tarragona ni realiza el hecho imponible del IBI ni, por tanto, ostenta la condición de sujeto pasivo de dicho tributo, al no corresponder a esa entidad pública la titularidad dominical del puerto de interés general de Tarragona, esto es, la titularidad de los bienes demaniales integrantes del puerto de Tarragona. La realización del hecho imponible y, consiguientemente, la condición de sujeto pasivo del referido tributo corresponde, salvo que se trate de bienes inmuebles del referido puerto sobre los que se haya otorgado concesión administrativa, a la Administración del Estado.

- III -

Si ad extra, es decir, en el aspecto externo de la relación jurídico tributaria, ésta se constituye entre el municipio de la imposición (Ayuntamiento de Tarragona) y la Administración del Estado, al ser esta última la que, según lo expuesto, realiza el hecho imponible del IBI y, por ende, ostenta la condición de sujeto pasivo del mismo (se prescinde de los bienes integrantes del dominio público portuario objeto de concesión administrativa, extremo que se examinará más adelante), debe analizarse todavía la esfera puramente interna, organizativa y presupuestaria de la Administración General del Estado, ya que, si bien ésta ostenta personalidad jurídica única, como preceptúa el artículo 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), debe tenerse en cuenta que se encuentra integrada por una pluralidad de órganos en los que se estructura y a los que legal y reglamentariamente se atribuyen distintas competencias (artículos 11.2.b y 53.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Pues bien, prescindiendo del aspecto externo de la relación jurídico-tributaria entre la Administración del Estado y el municipio de la imposición, y por lo que atañe al aspecto interno, organizativo y presupuestario, de la reiterada Administración, la determinación de los órganos a los que corresponde abonar, con cargo a sus respectivos créditos presupuestarios, las cuotas del IBI devengado por razón de las propiedades inmobiliarias del Estado, exige diferenciar según que las referidas propiedades tengan naturaleza patrimonial o demanial (de dominio público), y ello en razón de que la competencia para la administración de los bienes del Estado difiere según se trate de bienes patrimoniales o bienes demaniales.

El artículo 3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) dispone:

“1. El patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos

(...)”

Seguidamente, el artículo 4 de la misma Ley recoge la clasificación de los bienes integrantes del patrimonio, disponiendo lo siguiente:

“Por razón del régimen jurídico al que están sujetos, los bienes y derechos que integran el patrimonio de las Administraciones públicas pueden ser de dominio público o demaniales y de dominio privado o patrimoniales”

Por su parte, el artículo 5 define los bienes y derechos de dominio público en los siguientes términos:

- “1. Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentran afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.
2. Son bienes de dominio público estatal, en todo caso, los mencionados en el artículo 132.2 de la Constitución.
3. Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público”

Y el artículo 7 define los bienes de dominio privado o patrimoniales de la siguiente forma:

- “1. Son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales.

2. En todo caso, tendrán la consideración de patrimoniales de la Administración General del Estado y sus organismos públicos los derechos de arrendamiento, los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por éstas, así como contratos de futuros y opciones cuyo activo subyacente esté constituido por acciones o participaciones en entidades mercantiles, los derechos de propiedad incorporal, y los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de los bienes y derechos patrimoniales”

Por su parte, el artículo 9 de la LPAP, en relación con el Patrimonio del Estado, dispone lo siguiente:

- “1. El Patrimonio del Estado está integrado por el patrimonio de la Administración General del Estado y los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma.
2. La gestión, administración y explotación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que sean de titularidad de la Administración General de Estado corresponderán al Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado.
3. La gestión, administración y explotación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que sean de titularidad de los organismos públicos corresponderán a éstos, de acuerdo con lo señalado en sus normas de creación o de organización y funcionamiento o en sus estatutos, con sujeción en todo caso a lo establecido para dichos bienes y derechos en esta Ley.”

Así pues, a la vista del conjunto de preceptos transcritos y, en particular, atendiendo a la literalidad del artículo 9.2 de la LPAP, cabría entender que la gestión, administración y explotación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado de titularidad de la Administración General del Estado, sean demaniales o patrimoniales (pues todos están comprendidos en el concepto de patrimonio del Estado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, según se establece en el artículo 3 de la LPAP) corresponde al Ministerio de Economía y Hacienda que, en consecuencia, asumiría en relación con todos los bienes, demaniales y patrimoniales, el pago del IBI.

Sin embargo, esta conclusión, derivada de una interpretación que únicamente atiende a la literalidad del artículo 9.2 de la LPAP, debe ser rechazada, habida cuenta de la conclusión en contrario a la que necesariamente se llega al poner en relación dicho precepto con el artículo 66.1 de la propia LPAP, y que resulta confirmada, a su vez, por lo dispuesto en el artículo 10.4 de la misma Ley, en el sentido de que respecto de los bienes demaniales corresponde su gestión, administración y explotación, no al Ministerio de Economía y Hacienda, sino al Departamento ministerial que tenga afectado el bien, como seguidamente se expone.

Para comenzar, debe señalarse que el concepto de dominio público se construye positiva y doctrinalmente sobre la idea de la afectación de determinados bienes cuyo titular sea una Administración Pública (en el caso que se examina, la Administración del Estado) al uso o servicio público. El artículo 339 del Código Civil refleja esta idea al disponer:

“Son bienes de dominio público:

1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.
2. Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión.”

La idea de afectación al uso o servicio público como factor determinante de la demanialidad de un bien aparece también recogida en el artículo 5 de la LPAP, anteriormente citado, y en los artículos 65, con el que se inicia el Capítulo I del Título III (“Afectación desafectación y mutación de destino de bienes y derechos”) y 73, con el que se inicia el Capítulo II (Adscripción y desadscripción de bienes y derechos”).

El artículo 65 establece al respecto lo siguiente:

“La afectación determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, y su consiguiente integración en el dominio público”.

Si la afectación es el título determinante de la modificación de la calificación jurídica de un bien de propiedad del Estado, que de patrimonial pasa a ser demanial, el acto administrativo de afectación (y lo mismo cabe predicar de las afectaciones ex lege y de las denominadas afectaciones implícitas, producidas por las adquisiciones de bienes en virtud de utilización pública, notoria y continuada por la Administración, usucapión, expropiación forzosa, aprobación por el Consejo de Ministros de programas o planes de actuación general o proyectos de obras o servicios de los que resulte la vinculación de bienes o derechos a fines de uso o servicio público; cfr. artículo 66 de la LPAP) da lugar, además, a la atribución del ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación, al órgano al que está encomendado el servicio público al que se afecta el bien. Así, el artículo 68.2 de la LPAP dispone lo siguiente:

“La orden ministerial de afectación, que deberá contener las menciones requeridas por el artículo 66.1 de esta Ley, surtirá efectos a partir de la recepción de los bienes por el departamento a que se destinen y mediante suscripción de la correspondiente acta por el representante designado por dicho departamento y el nombrado por la Dirección General del Patrimonio del Estado. Una vez suscrita el acta, el departamento al que se hayan afectado los bienes o derechos utilizará los mismos de acuerdo con el fin señalado, y ejercerá respecto de ellos las correspondientes competencias demaniales”.

Competencias demaniales entre las que, como expresamente dispone el artículo 66.1 de la LPAP, están incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación y así se confirma por el artículo 10.4 de la repetida Ley que, al enumerar las competencias de los Departamentos ministeriales sobre los bienes del Patrimonio del Estado de titularidad de la Administración General del Estado, establece que les corresponde: “.. b) Ejercer las funciones relativas a la vigilancia, protección jurídica, defensa, inventario, administración, conservación y demás actuaciones que requiera el correcto uso de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que tengan afectados o cuya administración y gestión les corresponda”.

Así pues, mientras que en el caso de bienes patrimoniales el pago del IBI ha de efectuarse por el Ministerio de Economía y Hacienda, con cargo a sus créditos presupuestarios, por corresponder a este Departamento la administración de los aludidos bienes, en el caso de bienes de carácter demanial, el pago del mencionado tributo, en cuanto acto de administración que es, ha de efectuarse, con cargo a su respectiva consignación presupuestaria, por el Departamento ministerial encargado de la gestión del servicio público al que ha quedado afectado el bien, pues a dicho Departamento ministerial corresponden, según los citados artículos 10.4.b), 66 y 68.2 de la LPAP, el ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las de administración, defensa y conservación del bien demanial.

Llegado este punto, ha de examinarse todavía el supuesto de bienes que, siendo de propiedad de la Administración del Estado y teniendo carácter demanial, se encuentran adscritos (entendido este término no sólo en el sentido técnico-jurídico a que más adelante se hará referencia, sino también en el sentido más amplio de bienes que la Administración del Estado pone a disposición de entidades públicas para la gestión por éstas de servicios públicos de titularidad de aquella Administración y que tienen por soporte material dichos bienes) a los que la LOFAGE denomina, en su Título III, “Organismos públicos”, ya se trate de Organismos autónomos o de Entidades públicas empresariales. En este extremo se estima necesario hacer una precisión. Las Autoridades Portuarias no aparecen conceptuadas como Organismos autónomos ni como Entidades públicas empresariales; no obstante ello, pueden equipararse a los Organismos públicos a que se refiere el Título III del citado texto legal, y ello en razón de que, a los exclusivos efectos de que aquí se trata, ocupan una posición institucional y funcional análoga, si no idéntica, a los referidos Organismos públicos. Es por

ello por lo que las consideraciones que seguidamente se exponen, aun haciéndose a los Organismos públicos del Título III de la LOFAGE, han de considerarse extrapolables a las Autoridades Portuarias.

Hecha la anterior precisión, ante todo conviene indicar que ya en el artículo 48.3 de la LOFAGE se dispone, en relación con los Organismos autónomos, que “los bienes y derechos que la Administración General del Estado adscriba a los Organismos autónomos conservarán su calificación jurídica originaria y únicamente podrán ser utilizados para el cumplimiento de sus fines”, añadiendo que “los Organismos autónomos ejercerán cuantos derechos y prerrogativas relativas al dominio público se encuentran legalmente establecidas, a efectos de la conservación, correcta administración y defensa de dichos bienes” y que “la adscripción de los mismos será acordada por el Ministerio de Economía y Hacienda, de conformidad con la Ley del Patrimonio del Estado y legislación complementaria.” Esta norma se reproduce, casi literalmente, en el artículo 56.3 de la propia LOFAGE, relativo al “patrimonio de las Entidades públicas empresariales.” De estos preceptos se extrae claramente la conclusión de que la adscripción de bienes o derechos por la Administración General del Estado a los aludidos Organismos públicos no determina la adquisición por éstos del dominio de aquéllos, extremo éste que confirma el artículo 73 de la LPAP que expresa claramente esta idea y así dispone lo siguiente:

- “1. Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscritos a los organismos públicos dependientes de aquélla para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción llevará implícita la afectación del bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público.
2. Igualmente, los bienes y derechos propios de un organismo público podrán ser adscritos al cumplimiento de fines propios de otro.
3. La adscripción no alterará la titularidad sobre el bien.”

En relación con estos bienes y derechos de la Administración General del Estado adscritos a Organismos públicos el artículo 76 de la LPAP dispone asimismo lo siguiente:

“Respecto de los bienes y derechos que tengan adscritos, corresponde a los organismos públicos el ejercicio de las competencias demaniales, así como la vigilancia, protección jurídica, defensa, administración, conservación, mantenimiento y demás actuaciones que requiera el correcto uso y utilización de los mismos.”

Este precepto viene a reiterar lo dispuesto en igual sentido en el artículo 10.6 de la citada Ley que, al determinar las competencias en relación con el Patrimonio del Estado, dispone que corresponde a los organismos públicos dependientes de la Administración General del Estado: “b) Ejercer las funciones relativas a la vigilancia, protección jurídica, defensa, inventario, administración, conservación y demás actuaciones que requiera el correcto uso de los bienes y derechos propios del organismo o adscritos al mismo, o cuya administración y gestión les corresponda.”

A la vista de lo anterior, podría entenderse, en principio, que, puesto que a los aludidos Organismos públicos les corresponde el ejercicio de las competencias demaniales y, entre ellas, la administración de los referidos bienes, conforme resulta de los artículos 48.3 y 56.3 de la LOFAGE y 76 de la LPAP, el pago del IBI que grave dichos bienes correspondería, al tratarse, como ya se dijo, de un acto de administración, a los propios Organismos públicos en cuestión. Empero, esta conclusión no resulta, a juicio de este Centro Directivo, procedente. En efecto, aunque la administración de los bienes adscritos corresponda a los Organismos públicos de constante referencia, no puede desconocerse que, con arreglo al artículo 63 del TRLHL, es sujeto pasivo del IBI quien ostente la condición de titular del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible y, de acuerdo con el artículo 61 de la misma Ley, a falta de la existencia de otros derechos preferentes y

excluyentes (concesión administrativa, usufructo y superficie, por este orden), constituye el hecho imponible el derecho de propiedad que, según se ha dicho, no se ve alterado por la adscripción de bienes y derechos por la Administración del Estado a los Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales dependientes de aquélla (y lo propio cabe decir respecto de las Autoridades Portuarias), pues no determina la adquisición por estos Organismos públicos de la propiedad de los reiterados bienes. Así las cosas, dado que los Organismos públicos ostentan personalidad jurídica propia y distinta de la de la Administración del Estado (cfr. artículo 42 de la LOFAGE) y que no son propietarios de los bienes que les hayan sido adscritos, no existe fundamento jurídico que permita concluir que el pago del IBI debe efectuarse por los Organismos a los que se han adscrito los bienes, con cargo a sus respectivos créditos presupuestarios.

Excluido, por las consideraciones precedentes, que sean los reiterados Organismos públicos los obligados al pago del IBI que grave los bienes que la Administración General del Estado les haya adscrito, ha de determinarse, puesto que el tributo ha de ser satisfecho por la aludida Administración en su condición de sujeto pasivo, cuál sea el órgano de la Administración General del Estado que, con cargo a su dotación presupuestaria, deba efectuar el pago.

Pues bien, puesto que se trata de bienes de carácter demanial cuya administración no es de la incumbencia del Ministerio de Economía y Hacienda (Dirección General del Patrimonio del Estado), dado que a este Departamento ministerial sólo le compete la administración de los bienes patrimoniales, debe concluirse que el pago del IBI corresponde al Departamento ministerial al que está adscrito o del que dependa el Organismo público que haya recibido, a título de adscripción, los bienes gravados por el referido tributo.

La anterior conclusión tiene una justificación institucional clara. Las entidades que con variada tipología integran la llamada Administración Institucional del Estado no son sino el resultado a que conduce la técnica de la descentralización funcional o por servicios, consistente en la atribución de la gestión de funciones o servicios de titularidad de la Administración estatal a entidades creadas específicamente para ese fin, y que, pese a ostentar personalidad jurídica propia y autonomía patrimonial, siguen encuadradas en la Administración del Estado. De aquí que no sea posible comprender la posición institucional de esas entidades sin remontarse necesariamente a la Administración matriz, es decir, a la Administración General del Estado con la que forman un complejo organizativo unitario; esta es la idea que la legislación española expresa mediante el mecanismo de la adscripción de cada una de las aludidas entidades a la Administración General del Estado a través de un concreto Departamento ministerial, con la consecuencia de que la personificación y autonomía de las entidades de continua referencia no implica la desvinculación de los Departamentos ministeriales a que están adscritos, Departamentos que no son otros que aquéllos a los que correspondan los sectores de la actividad administrativa cuya gestión se encomienda a las respectivas entidades en régimen de descentralización funcional.

Aplicando las consideraciones que anteceden al caso objeto de consulta, y prescindiendo, como se ha dicho, de los inmuebles integrantes del dominio público portuario estatal objeto de concesión administrativa, dado que la titularidad dominical sobre el puerto de interés general de Tarragona corresponde a la Administración del Estado y no a la Autoridad Portuaria de Tarragona, incumbiendo, en consecuencia, a esta entidad pública tan sólo la gestión de dicho puerto de interés general, debe concluirse que el pago del IBI que grava los distintos inmuebles (de dominio público) integrantes del repetido puerto de interés general corresponde al Ministerio de Fomento, por ser éste el Departamento ministerial en el que se reside la competencia de la Administración del Estado en materia de puertos de interés general (cfr. artículo 11 de la LPEMM, antes citado) y del que dependen y al que están adscritas, a través de la Secretaría General de Transportes, las Autoridades Portuarias, según dispone el artículo 7.5 del Real Decreto 1476/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento.

- IV -

Una vez examinada la cuestión relativa al hecho imponible del IBI y sujeto pasivo de este tributo respecto de los inmuebles integrantes del dominio público portuario estatal, así como la cuestión relativa al pago del referido impuesto (prescindiendo, como se ha dicho, de los inmuebles integrantes del dominio público portuario objeto de concesión administrativa), debe, por último, analizarse el régimen que, en relación con el repetido impuesto, hayan de seguir los inmuebles con referencia catastral 2726201CF5522E0001-LE y 2225901CF5522E0001-DE, objeto de las liquidaciones giradas por el Ayuntamiento de Tarragona y que, tras la desestimación por silencio del recurso de reposición interpuesto por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Tarragona, han sido objeto del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Abogacía del Estado consultante

Por lo que se refiere, en primer término, al inmueble con referencia catastral 2726201CF5522E0001-LE, en la demanda del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la aludida Abogacía del Estado se indica que se trata de un terreno ocupado por varias líneas de ferrocarril; más concretamente, por dicho terreno discurren las siguientes líneas: 1) Una vía doble en el Muelle de Levante; 2) Dos vías dobles en el Muelle de Lleida; 3) Dos vías dobles y dos vías sencillas y otra doble en construcción en el Muelle de Aragón; 4) Una vía doble en el Muelle de Navarra; y 5) Tres vías dobles en el Muelle de Cataluña.

Pues bien, dando por ciertos estos datos fácticos, ha de entenderse, como acertadamente se indica por la Abogacía del Estado en Tarragona, que el inmueble con la referencia catastral indicada se encuentra exento del IBI a la vista de lo dispuesto en el artículo 62.1.g) del TRLHL que declara exentos del impuesto de continua referencia a los “terrenos ocupados por las líneas de ferrocarriles y los edificios enclavados en los mismos terrenos, que estén dedicados a estaciones, almacenes o a cualquier otro servicio indispensable para la explotación de dichas líneas. No están exentos, por consiguiente, los establecimientos de hostelería, espectáculos, comerciales y de esparcimiento, las casas destinadas a vivienda de los empleados, las oficinas de dirección y las instalaciones fabriles”.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, al inmueble con referencia 2225901CF5522E0001-DE en el escrito de demanda (página 24) se alude a que en una parte es de aprovechamiento público y gratuito y en otra parte es objeto de una común especial mediante autorización administrativa y de uso privativo mediante la correspondiente concesión demanial; en este sentido, en el referido escrito se alude a un “certificado expedido por el Secretario de la Autoridad Portuaria de Tarragona y a un plano de las fincas en litigio, en el que se especificaban: a) la parte de las mismas que era de uso público y gratuito; b) la parte de las mismas que venía siendo objeto de uso común especial mediante autorización administrativa y c) la parte de las mismas que era ocupada privativamente mediante una concesión demanial. Además, en los dos últimos supuestos mencionados, se identificaban los titulares de las autorizaciones y concesiones de dominio público, así como la extensión que utilizaban”.

Partiendo de los anteriores datos, y dándolos por ciertos, deben distinguirse los tres supuestos siguientes:

1) Terrenos de dominio público portuario de uso público y gratuito

El artículo 61.5 del TRLHL declara no sujeto al IBI “las carreteras, los caminos, las demás vías terrestres y los bienes del dominio público marítimo-terrestre e hidráulico, siempre que sean de aprovechamiento público y gratuito” (letra a). En opinión de este Centro Directivo, la regla de no sujeción al IBI que acaba de transcribirse es aplicable del supuesto de que ahora se trata. En efecto, estando constituido el caso de no sujeción que estorlea el citado precepto legal, en lo que aquí interesa, por la doble circunstancia de que se trate de un aprovechamiento público y gratuito y de que este aprovechamiento así caracterizado recaiga sobre bienes del dominio público marítimo-terrestre, y dando por cierta la primera circunstancia o requisito –uso público y gratuito–, ha de apreciarse también la concurrencia

de la segunda. Como se ha dicho en el apartado II del presente informe, el dominio público portuario está comprendido, por la propia naturaleza de las cosas, en el dominio público marítimo-terrestre, siendo el dominio público portuario aquella porción del dominio público marítimo-terrestre cualificado por su afección al servicio portuario. Así resulta, en el terreno del derecho positivo, por los pronunciamientos legales tanto de la LC como de la LPEMM. En este sentido, y reiterando lo dicho anteriormente, el artículo 14.2 de la LPEMM dispone que “se considera dominio público portuario estatal el dominio público marítimo-terrestre afecto a los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal”, añadiendo el artículo 93.1 de la Ley 48/2003 que “los puertos de interés general forman parte del dominio público marítimo-terrestre e integran el dominio público portuario estatal...”; por su parte, el artículo 4 de la LC dispone que “pertenecen asimismo al dominio público marítimo-terrestre estatal: (...) 11. Los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regularán por su legislación específica.”

En suma, y por lo que a este primer supuesto se refiere, debe concluirse en la apreciación del supuesto de no sujeción que establece el artículo 61.5.a) del TRLHL, con la obligada consecuencia de que, al no realizarse el hecho imponible –tal es el significado de la no sujeción a un tributo–, no surge en absoluto la obligación de contribuir por el IBI.

2) Terrenos de dominio público portuario objeto de concesión administrativa

Como se ha indicado en el apartado II del presente informe, el hecho imponible del IBI está constituido, a la vista del artículo 61.1 del TRLHL, por la titularidad de los derechos que el propio precepto enumera sobre los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales, con la peculiaridad de que la realización del hecho imponible por razón de la titularidad de dichos derechos se determina por el orden en que aparecen enumerados los mismos; así, el apartado 2 del citado precepto dispone que “la realización del hecho imponible que corresponda de entre los definidos en el apartado anterior por el orden en él establecido determinará la no sujeción del inmueble a las restantes modalidades en él previstas”. En consonancia con ello, el artículo 63.1 del propio TRLHL dispone que “son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales o jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto”.

Pues bien, aplicando las reglas anteriores al supuesto que ahora se examina, ha de concluirse que, habiéndose otorgado sobre un determinado inmueble del dominio público portuario una concesión administrativa, quien realiza el hecho imponible del IBI es el concesionario y quien ostenta la condición de sujeto pasivo de dicho impuesto es el propio concesionario, de forma que, en consonancia con lo dicho, el otorgamiento de una concesión administrativa excluye o elimina como hecho imponible del repetido tributo la titularidad de los demás derechos, al ser el derecho real de concesión administrativa el primer derecho del listado que establece el artículo 61.1 del TRLHL y determina, según lo dicho, que sea el concesionario, en su condición de sujeto pasivo, el obligado a satisfacer el IBI.

3) Terrenos de dominio público portuario objeto de autorización administrativa

Se trata, en este tercer y último caso, de terrenos del dominio público portuario cuya ocupación (así como aprovechamiento) tiene por título legal habilitante la autorización administrativa pertinente.

La LPEMM diferenciaba las autorizaciones de las concesiones. Así, el artículo 57.1 disponía que “las actividades que se desarrollen en el espacio portuario que no requieran obras e instalaciones de ningún tipo y la ocupación del dominio público portuario con instalaciones desmontables o con bienes muebles, estarán sujetas a previa autorización de las Autoridades Portuarias”; por su parte, el artículo 63.1 de la citada Ley disponía que “la ocupación de bienes de dominio público portuario con obras o instalaciones no desmontables o por plazo superior a tres años, estarán sujetas a previa concesión otorgadas por la Autoridad Portuaria...” Esta misma línea de distinción entre autorizaciones y concesiones ha venido a

quedar recogida en los artículos 99 y 106 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, que expresamente deroga los artículos 57 y 63 de la LPEMM.

Partiendo de que estos terrenos están sujetos al IBI y no gozan de exención alguna, ha de entenderse, en primer lugar, que la realización del hecho imponible está constituida por la titularidad dominical de esos terrenos del dominio público portuario, ya que la figura de la autorización demanial no puede equipararse a la de la concesión demanial (por lo que no puede entenderse subsumida en el artículo 61.1 a) del TRLHL), así como que, como consecuencia de ello y en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 del propio texto legal, el sujeto pasivo es el titular dominical. Todo ello conduce a entender que quien realiza el hecho imponible y quien ostenta la condición de sujeto pasivo es la Administración del Estado-Ministerio de Fomento.

En el escrito de demanda se dice (página 23), en relación con este supuesto, que “en este caso, el sujeto pasivo del Impuesto es el titular de los bienes (Ministerio de Fomento) pero el obligado al pago es el titular de la autorización administrativa. A ello se refiere –prosigue el escrito de demanda– el artículo 63.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, según el cual “los Ayuntamientos repercutirán la titularidad de la cuota líquida del impuesto en quienes, no reuniendo la condición de sujetos pasivos del impuesto, hagan uso mediante contraprestación de sus bienes demaniales o patrimoniales”.

A juicio de este Centro Directivo, el anterior criterio –repercusión por el Ayuntamiento de la imposición de la cuota líquida del tributo al titular de la autorización para la ocupación del dominio público portuario– no resulta admisible, y ello en razón de que el supuesto de que ahora se trata no resulta subsumible en la regla que contiene el inciso segundo del artículo 63.2, párrafo primero, del TRLHL. En efecto, este precepto prevé, ciertamente, que los Ayuntamientos repercutan la totalidad de la cuota líquida a quienes, no ostentando la condición de sujetos pasivos, estén en el uso o aprovechamiento mediante contraprestación de bienes de dominio público; ahora bien, estos bienes del dominio público no son cualesquiera bienes demaniales, sean del propio Municipio de la imposición o de cualesquiera otras Administraciones Públicas, sino que ha de tratarse de bienes demaniales del propio Municipio de la imposición. Así resulta del sentido gramatical del artículo 63.2, párrafo primero, inciso segundo, que utiliza el posesivo “sus” en clara e inequívoca referencia a que los bienes demaniales y patrimoniales son los de los Ayuntamientos. Este criterio queda confirmado por la interpretación de conjunto del inciso segundo del citado precepto legal con el inciso primero del mismo (“Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas del derecho común”). En efecto, lo que establece el artículo 63.2, párrafo primero, del TRLHL, y tal es el objeto de este precepto, es la repercusión de la carga tributaria, distinguiendo para ello dos reglas: una primera regla de repercusión que remite a las normas del Derecho común (inciso primero) y una segunda regla de repercusión, de carácter específico, ajena a las previsiones del Derecho común, en cuanto regla establecida por una norma ad hoc de carácter jurídico-público (inciso segundo). Pues bien, esta segunda regla, de carácter específico, como se ha dicho, queda circunscrita al concreto supuesto que en ella se contempla, cual es el de bienes demaniales o patrimoniales del propio Ayuntamiento de la imposición.

Así las cosas, esta última regla de repercusión no es aplicable al supuesto de que aquí se trata (terrenos del dominio público portuario de titularidad estatal), y ello por la doble razón de que, en cuanto norma de repercusión específica, prevista para un supuesto concreto (bienes demaniales o patrimoniales del Ayuntamiento de la imposición objeto de uso por terceros mediante contraprestación), no es aplicable a supuestos distintos (bienes demaniales o patrimoniales de otras Administraciones Públicas) y de que, en cuanto norma de carácter tributario que afecta directamente a la traslación de la carga tributaria a quien no ostenta la condición de sujeto pasivo, no puede ser objeto de interpretación analógica.

En consecuencia, en el supuesto de que se trata –inmuebles del dominio público portuario estatal ocupados por título de autorización administrativa–, corresponde satisfacer la cuota

del IBI a la Administración del Estado-Ministerio de Fomento, sin que sea aplicable la regla del inciso segundo del artículo 63.2, párrafo primero, del TRLHL, por lo que en la relación jurídico-tributaria, constituida entre el Ayuntamiento de la imposición y la Administración del Estado-Ministerio de Fomento, corresponde el pago del IBI a este Departamento ministerial.

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

CONCLUSIONES

Primera.- En relación con los inmuebles (de dominio público) integrantes del puerto (de interés general) de Tarragona que no hayan sido objeto de concesión administrativa, la Autoridad Portuaria de Tarragona no realiza el hecho imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles ni ostenta la condición de sujeto pasivo del mismo, al no corresponder a esa entidad pública la titularidad dominical sobre dichos inmuebles.

Segunda.- La realización del hecho imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles respecto de los citados bienes y, consiguientemente, la condición de sujeto pasivo del citado tributo corresponde a la Administración del Estado, quedando obligado al pago del mismo, por razón de las consideraciones expuestas en el apartado III del presente informe, el Ministerio de Fomento.

Tercera.- Está exenta del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1.g) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, la finca, enclavada en la zona de servicio del puerto de Tarragona, con referencia catastral 2726201CF5522E0001-LE en la medida en que sobre la misma discurren líneas de ferrocarril.

Cuarta.- No están sujetos al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.5.a) del citado texto legal los terrenos, enclavados en la zona de servicio del puerto de Tarragona, que sean de aprovechamiento o uso público y gratuito.

Quinta.- En los bienes de dominio público portuario que sean objeto de concesión administrativa, es el concesionario quien realiza el hecho imponible del tributo de referencia y quien ostenta la condición de sujeto pasivo del mismo, correspondiéndole, en consecuencia, el pago de la cuota tributaria.

Sexta.- Respecto de los inmuebles del dominio público portuario cuyo uso o aprovechamiento lo sea en virtud de autorización administrativa, la realización del hecho imponible y la condición de sujeto pasivo corresponde a la Administración del Estado-Ministerio de Fomento, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 63.2, párrafo primero, inciso segundo, del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

47.- Informe sobre la sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles de los puertos e instalaciones portuarias salvo que sean de aprovechamiento de público y gratuito. Alcance del artículo 63.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, al que dio nueva redacción la Ley 16/2007, de 4 de julio.

Resumen

Sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) de los puertos e instalaciones portuarias, salvo que sean de aprovechamiento público y gratuito. El sujeto pasivo de ese Impuesto es el ente público que ostente la titularidad del puerto de que se trate, al margen de que el mismo se asiente en el dominio público marítimo terrestre estatal. En todo caso, la deuda tributaria correspondiente al año 2005 se encuentra prescrita, debiendo iniciarse los trámites para conseguir la devolución del Impuesto ya satisfecho por ese año. Las liquidaciones correspondientes a los ejercicios 2006 y 2007 son firmes, no resultando procedente el inicio de procedimiento de revisión alguno para dejar sin efecto aquéllas. Improcedencia, en todo caso, de la repercusión del importe correspondiente al impuesto satisfecho al no darse los presupuestos para ello previstos en el artículo 63.2 del TR de la LHL. Admisibilidad de la compensación como forma de extinción de la deuda tributaria que la Administración del Estado tenga contraída con una entidad local (artículos 71 y ss de la LGT y supletoriamente Código Civil).

Ref.: FOMENTO 1/11 (R - 23/11)

Fecha: 28 de enero 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 consulta formulada por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, 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, sobre la sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles de un puerto transferido por el Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía y que el Ayuntamiento de Rota (Cádiz), titular del tributo en cuestión, pretende cobrar a la Administración del Estado.

La consulta en cuestión viene acompañada del preceptivo borrador o proyecto de informe elaborado por el Abogado del Estado consultante y en el que se concluye, en síntesis, que los puertos e instalaciones portuarias están sujetos, salvo excepciones muy concretas, al Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), que el sujeto pasivo del mismo en los puertos de titularidad autonómica es la Comunidad Autónoma a quien corresponda la titularidad del puerto, que la liquidación del IBI correspondiente al año 2005 y ya abonada puede estar prescrita, siendo procedente exigir del Ayuntamiento la devolución del importe abonado, para terminar apuntando, en relación con las liquidaciones del IBI correspondientes a los años 2007 y 2008, abonadas también, la posibilidad de promover la incoación de un procedimiento de revocación o repercutir el importe correspondiente a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Esta Abogacía General del Estado muestra conformidad con la conclusión más importante del proyecto de informe, en concreto, con la consideración de la Comunidad Autónoma a quien la legislación atribuya la titularidad del puerto como sujeto pasivo del IBI, correspondiendo, en este caso, esa condición a la Comunidad Autónoma de Andalucía, ya que el puerto de Rota es un puerto de titularidad autonómica.

No obstante, y para completar alguna de las afirmaciones que se hacen en el proyecto de informe remitido respecto a las demás cuestiones planteadas, se entiende oportuno añadir las consideraciones que seguidamente se exponen.

- I -

Con carácter previo, esta Abogacía General del Estado, como no podía ser de otra forma, da por ciertos los antecedentes de hecho de la consulta formulada, deducidos, según se refleja en el proyecto de informe, del expediente remitido al mismo, mereciendo, no obstante, destacarse, en primer lugar, que las instalaciones correspondientes del Puerto de Rota (Cádiz) comprenden un puerto pesquero y un puerto deportivo y que dicho Puerto, mediante Real Decreto 1046/1994, de 20 de mayo, dejó de tener la condición de puerto de interés general del Estado, transfiriéndose a la Comunidad Autónoma de Andalucía los bienes, derechos y obligaciones correspondientes al mismo en virtud de Real Decreto 1407/1995, de 4 de agosto.

En segundo lugar, y como se indica en el proyecto de informe remitido, el Ayuntamiento de Rota giró, en concepto de IBI, las oportunas liquidaciones por esas instalaciones portuarias respecto de los ejercicios 2005 y 2007 a la entidad pública Puertos de Andalucía, dependiente de la Comunidad Autónoma Impugnadas dichas liquidaciones, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía las anuló. por considerar que la condición de sujeto pasivo corresponde a la Administración del Estado.

Tras recibir el 28 de mayo de 2010 sendos requerimientos del Ayuntamiento de Rota, la Subsecretaría del Ministerio de Fomento abonó el 7 de octubre de 2010 las liquidaciones del IBI de esos dos ejercicios, cuyo importe asciende a 184.221,07 euros. Parece ser que, con posterioridad, se ha recibido liquidación del recargo ejecutivo del 5% correspondiente a esas dos liquidaciones y cuyo importe asciende a 9.211,05 euros.

Por último, el 28 de noviembre de 2010 se recibieron sendas liquidaciones en concepto de IBI por las dos instalaciones del Puerto de Rota, el puerto deportivo y el puerto pesquero, correspondientes al ejercicio de 2008, por importe de 78.721,41 euros y 30.480,91 euros, respectivamente, solicitándose ya el informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento sobre la obligación de abono de las mismas.

- II -

Las primeras consideraciones jurídicas del borrador de informe remitido se refieren a la cuestión esencial que ha motivado el mismo y que no es otra que la sujeción al IBI de los puertos de titularidad estatal, lo que inevitablemente lleva a plantearse idéntica cuestión respecto de los puertos de titularidad autonómica.

En relación con esta importante cuestión, la Abogacía del Estado informante, después de citar la norma legal básica reguladora del tributo, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (artículos 60 a 77), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), tiene presentes las consideraciones realizadas, interpretando adecuadamente los preceptos del TRLHL y de otros textos legales aplicables al caso, tanto en el dictamen de este Centro Directivo de 4 de abril de 2007 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 5/07) como en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008, y de las que se deduce con claridad, por un lado, que está sujeta al IBI la titularidad sobre puertos e instalaciones portuarias y, por otro lado, que, en defecto de concesionario, superficiario o usufructuario, cuando de puertos de titularidad estatal se trate, esa condición de sujeto pasivo no recae sobre las Autoridades Portuarias, sino sobre la Administración General del Estado, correspondiendo su abono al Ministerio de Fomento.

El mismo proyecto de informe se hace eco, no obstante, de una modificación introducida en el artículo 63 del TRLHL por la disposición adicional 10ª de la Ley 16/2007, de 4 de julio (en vigor desde el 1 de enero de 2008) y que, por ser posterior a la emisión de ese dictamen, no pudo ser tenida en cuenta por el mismo (tampoco se tuvo en cuenta por el Tribunal Supremo en su sentencia, que juzga hechos muy anteriores). Esa modificación se refiere a la consideración como sustituto del contribuyente del ente u organismo público al que se halle afectado o adscrito el bien

inmueble de características especiales (el puerto comercial) que, como se indica, no afectaría en absoluto al caso suscitado, dada, por una parte, la naturaleza no comercial del Puerto de Rota y, por otra, que lo que se trata aquí es de determinar la titularidad estatal o autonómica del mismo a los efectos del pago del IBI, por otra parte.

Pues bien, así centrado el tema, esta Abogacía General del Estado hace suya íntegramente la consideración jurídica tercera del proyecto de informe remitido en la que, tomando por base el dictamen de este Centro Directivo de 4 de abril de 2007, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008 y criticando oportunamente los razonamientos contenidos en las sentencias del TSJ de Andalucía, se llega a la conclusión de que lo decisivo a los efectos del IBI es la titularidad del puerto de que se trate, al margen del hecho inevitable de que el mismo se asiente en el dominio público marítimo-terrestre estatal.

Sobre esta base y siendo evidente, por el juego combinado de los preceptos que cita el proyecto de informe (artículo 4.11 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, artículos 5.3 y 14 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, artículo 15 de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía y Real Decreto 1407/1995), que la titularidad del puerto de Rota corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía y no al Estado, la condición de sujeto pasivo del IBI respecto de las instalaciones portuarias, tanto por el puerto pesquero como por el deportivo, recae sobre dicha. Comunidad Autónoma.

En un segundo plano quedaría la posible existencia, en los terrenos del puerto sujetos a dicho Impuesto, de alguno de los supuestos de no sujeción y exención de los artículos 61.5 y 62, respectivamente, del TRLHL para lo que habría que tener presente las características de los terrenos y de las edificaciones, su naturaleza y función, tal y como se pone de manifiesto y así lo indica de nuevo el borrador de informe, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 27 de abril de 2001, confirmada definitivamente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de abril de 2008, a la que antes se hizo referencia.

- III -

Llegados a este punto, es necesario ya analizar en concreto las liquidaciones giradas a cargo de la Administración del Estado en concepto de IBI y correspondientes a los ejercicios 2005, 2007 y 2008, así como diseñar una línea de actuación para las liquidaciones de los siguientes ejercicios en aras de una mejor defensa de los intereses del Estado.

Comenzando por la liquidación correspondiente al ejercicio 2005, la Abogacía del Estado consultante entiende que, a pesar de haberse ya abonado el 7 de octubre de 2010, la misma estaría prescrita, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) al no haber tenido conocimiento formal de la misma la Administración del Estado hasta el 28 de mayo de 2010, fecha en la que, según el expediente remitido, se recibió en la sede del Ministerio de Fomento la liquidación correspondiente a dicho ejercicio 2005, postulando que se inste la devolución del ingreso de acuerdo con los artículos 69 y 221 de la LGT.

Este Centro Directivo está sustancialmente de acuerdo con esa conclusión, si bien estima oportuno añadir unas consideraciones adicionales.

El IBI es un tributo periódico que, de acuerdo con el artículo 75 del TRLHL, se devenga el primer día del periodo impositivo coincidente con el año natural.

Por tanto, el IBI correspondiente al ejercicio 2005 se devengó el 1 de enero de ese año.

La prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria a la que se refiere el artículo 66.1. a) de la LGT, expresamente invocado en el borrador de informe remitido, plantea algún problema en un impuesto periódico de las características del IBI.

En efecto, siendo el objeto imponible de ese Impuesto los bienes inmuebles rústicos y urbanos y los inmuebles de características especiales (artículo 61, apartados 1 y 3, del TRLHL, entendiéndose por tales los definidos en los artículos 6, 7 y 8 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Catastro Inmobiliario –TRCI–) y siendo obligatoria para la exacción del Impuesto la incorporación de los inmuebles al Catastro, como paso previo a la posterior tarea de valoración y fijación de su base imponible por la Dirección General del Catastro, que ha de elaborar un padrón catastral para la definitiva gestión del mismo por parte del Ayuntamiento titular del tributo, a quien corresponde determinar la cuota tributaria previa aprobación del oportuno tipo de gravamen, todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y siguientes del TRCI, así como en los 72, 73, 76 y 77 del TRLHL, resulta necesario fijar el día a quo a efectos de la prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.

Según el artículo 67.1 de la LGT el plazo de prescripción en el caso del apartado a) del artículo 66.1 comienza a contarse “desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo para presentar la correspondiente declaración o autoliquidación.” A diferencia de otros impuestos en los que la presentación de una declaración tributaria en el plazo fijado al efecto lleva implícito el reconocimiento de que se ha producido el hecho imponible, poniendo en marcha de forma inmediata el mecanismo de liquidación del impuesto, en el IBI existe también la obligación de presentar la declaración pertinente poniendo de manifiesto o reconociendo ante el Catastro Inmobiliario que se ha producido las circunstancias determinantes de un alta, baja o modificación de la descripción catastral del inmueble (artículo 13 del TRCI) en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al del hecho, acto o negocio objeto de la declaración, a cuyo efecto se atenderá a la fecha de terminación de las obras, a la del otorgamiento de la autorización administrativa de uso o destino y a la fecha de la escritura pública o, en su caso, documento en que se formalice la modificación de que se trate (artículo 28.2 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, que aprueba el Reglamento del Catastro Inmobiliario –RCI–).

La presentación de esa declaración no determina que, de forma inmediata, se practique o se pueda practicar la liquidación pertinente del Impuesto, sino el inicio de un procedimiento previo de valoración, con notificación individual al sujeto pasivo del valor catastral (base imponible) y de la base liquidable (artículo 77.4 del TRLHL), surtiendo efectos ese valor a partir del 1 de enero del año siguiente a aquél en que se produzca esa notificación (artículo 29.3 RCI). La liquidación correspondiente no se notificará ya individualmente al sujeto pasivo, sino que será conocida por el mismo a partir de los datos contenidos en el padrón catastral, en las oportunas listas cobratorias, documentos de ingreso y justificantes de pago del IBI (artículo 77.5 y 6 del TRLHL), abriéndose, al mismo tiempo, dada su consideración de tributo periódico, el oportuno periodo de cobranza. La falta de presentación de esa declaración tributaria en el plazo indicado puede provocar la intervención de la Inspección, en los términos recogidos en los artículos 19 y siguientes TRCI y 56 y ss del RCI.

La consideración como dies a quo, a efectos de prescripción, del día siguiente a la finalización del plazo para presentar la declaración a la que se refiere el artículo 28.2 del RCI, al que antes se hizo referencia, se pone de manifiesto, en cierto modo, en la previsión contenida en el artículo 61.2 del propio RCI, relativo a la tramitación de las actuaciones inspectoras en el IBI, cuando indica que el inicio de las mismas, poniendo de manifiesto al interesado su naturaleza y alcance, determinará, entre otros efectos, “la interrupción de los plazos de prescripción”, lo cual no tendría sentido si ese plazo, computado de la forma expuesta, no hubiera empezado a correr.

Por tanto, y aunque en un plano formal, para poder determinar la deuda tributaria a cargo del sujeto pasivo sea necesario seguir un proceso más o menos complejo de valoración del bien inmueble, podría hablarse de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria –ex artículo 66.1.a) de la LGT– por el transcurso del plazo de cuatro años que empezaría a contarse desde el día siguiente vencimiento del plazo de dos meses previsto en el artículo 28.2 del RCI para presentar la declaración oportuna del hecho, acto o negocio jurídico determinante, a su vez, del hecho imponible del impuesto.

Ahora bien, en el presente caso, consta ya por los antecedentes recogidos en el proyecto de informe que el 1 de enero de 2005, fecha de devengo del Impuesto, los bienes inmuebles en los que se asienta el Puerto de Rota estaban ya plenamente incorporados al Catastro Inmobiliario (se desconoce el proceso que se siguió para su incorporación al Catastro y cuándo tuvo lugar), figurando como sujeto pasivo bien la entidad pública Puertos de Andalucía, bien la propia Comunidad Autónoma de Andalucía que, disconforme con la atribución a la misma de la condición de sujeto pasivo del Impuesto, impugnó las liquidaciones del ejercicio 2005 ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El TSJ de Andalucía anuló esas liquidaciones, como se indicó anteriormente, por entender, erróneamente, que la titularidad del Puerto era estatal, no pudiendo atribuirse, por tanto, la condición de sujeto pasivo sino al Estado.

Ello determinó, tras la firmeza de la sentencia dictada, que el 28 de mayo de 2010 el Ayuntamiento de Rota se dirigiera a la Administración del Estado, exigiéndole el pago del IBI correspondiente al ejercicio 2005, sin advertir que, en esa fecha, el Impuesto había prescrito para la aludida Administración, pues no fue hasta el día 28 de mayo de 2010 cuando el Estado tuvo conocimiento formal, por primera vez, de la liquidación correspondiente, sin que, a estos efectos, pueda atribuirse efecto interruptivo alguno para la Administración del Estado – ex artículo 68.1. a) y b) de la LGT – a las diversas actuaciones tendentes a la valoración y posterior liquidación con exigencia de la deuda realizadas respecto de la entidad pública Puertos de Andalucía o de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Aunque a estos fines se tomase como referencia la fecha en que finalizó el plazo de pago en periodo voluntario de la deuda liquidada inicialmente a cargo de la entidad pública portuaria andaluza o de la propia Comunidad Autónoma, pasándose ya de la prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria a la prescripción del derecho a exigir el pago de la misma, la deuda estaría también prescrita en todo caso.

En efecto, al tratarse de una deuda de notificación colectiva y periódica, el pago de la cuota tributaria del IBI correspondiente al ejercicio 2005 debió efectuarse, como se indica en el proyecto de informe y de acuerdo con el artículo 62.3 de la LGT, entre el 1 de septiembre y el 20 de noviembre de 2005 o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato siguiente, esto es el 21 de noviembre de 2005, habiendo transcurrido también con creces el plazo de prescripción de cuatro años del derecho a exigir el pago de esa deuda liquidada – artículo 66 b) de la LGT – el 28 de mayo de 2010, fecha en la que el Ayuntamiento de Rota, por primera vez, se dirigió a la Administración del Estado (Ministerio de Fomento) para exigirle el pago de la deuda correspondiente, sin que, como se ha dicho, las actuaciones seguidas cerca de la entidad Puertos de Andalucía o de la propia Comunidad Autónoma produzcan efecto interruptivo alguno de esa prescripción – ex artículo 68. 2 LGT – respecto a la Administración del Estado.

A pesar de ello, la liquidación fue abonada por la Administración del Estado el 7 de octubre de 2010. Ante esa circunstancia y teniendo en cuenta que, según el artículo 69.2 de la LGT, “la prescripción se aplicará de oficio, incluso en los casos en los que se haya pagado la deuda tributaria, sin necesidad de que la invoque o excepcione el obligado tributario”, lo que no impide alegarla, y que el artículo 221.1.c) de la LGT permite iniciar un procedimiento de devolución de ingresos indebidos, a instancia del interesado, “cuando se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción”, resulta procedente solicitar del Ayuntamiento de Rota la devolución de un ingreso efectuado por una deuda prescrita, cual es la cuota del IBI correspondiente al ejercicio 2005, para cuya resolución es plenamente competente dicha Corporación Local de acuerdo con el artículo 77.1 TRLHL.

Parece ser, por último, que, de conformidad con el artículo 28 de la LGT, se ha recibido en el Ministerio de Fomento liquidación del recargo ejecutivo correspondiente a las liquidaciones ingresadas por importe del 5% de la mismas y que alcanza la suma de 9.211,05 euros.

Respecto a este recargo, en principio y formalmente, resultaría exigible, tomando como fecha de notificación de las liquidaciones del IBI, el 28 de mayo de 2010, y aplicando, en

cuanto al plazo de ingreso el propio de cualquier liquidación tributaria girada por la Administración, y al que se refiere, como se indica en el proyecto de informe, el artículo 62.2 de la misma LGT. Según este precepto, si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, el pago en periodo voluntario debe hacerse antes del día cinco del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente, lo que llevaría en este caso (la notificación tuvo lugar el 28 de mayo) hasta el 5 de julio de 2010.

Al no haberse hecho efectiva la deuda tributaria en ese plazo se habría iniciado el periodo ejecutivo (artículo 161.1.b) LGT) que, como bien se indica en el proyecto de informe y de acuerdo con el artículo 161.4 del mismo texto legal, determina la exigencia de los intereses de demora y de los recargos del periodo ejecutivo en los términos de los artículos 26 y 28 de la propia LGT. El último de esos artículos se refiere a los recargos del periodo ejecutivo, entre los que está el recargo ejecutivo (apartado 3), que será del cinco por ciento y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio. Dicho recargo es incompatible con la exigencia de intereses de demora devengados desde el inicio del periodo ejecutivo (apartado 5).

Por tanto, al haberse satisfecho extemporáneamente la deuda tributaria una vez iniciado el periodo ejecutivo pero antes de la notificación de la providencia de apremio, el recargo en cuestión sería exigible. Ahora bien, como la deuda ingresada está prescrita, resulta obvio, al margen del pago efectivo o no de ese recargo, que el reconocimiento de la prescripción de la obligación tributaria principal afectará a una obligación tributaria accesoria (artículo 25 de la LGT), como es este recargo en cuestión que, por ende, no debería ya ser exigible.

- IV -

Procede seguidamente analizar las liquidaciones por IBI correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008. La primera de ellas, como se dijo, fue objeto también de un pronunciamiento del TSJ de Andalucía (sentencia de 16 de marzo de 2010) en idénticos términos al recaído en relación con el ejercicio 2005. La liquidación de 2007, tras ese pronunciamiento judicial, fue notificada, junto con la de 2005, el 28 de mayo de 2010, siendo abonada el 7 de octubre siguiente. A diferencia de la liquidación correspondiente al ejercicio de 2005, aquí no puede hablarse ya de prescripción.

La liquidación del IBI correspondiente al ejercicio 2008 fue notificada, según los antecedentes, el 26 de noviembre de 2010, habiendo motivado su recepción la solicitud de informe a la Abogacía del Estado consultante. No suscitándose respecto de esta liquidación cuestión alguna de prescripción, no consta que la misma haya sido abonada a la fecha, habiendo vencido el plazo de ingreso en periodo voluntario el 5 de enero pasado, por lo que, desde el día siguiente hábil, habría comenzado el periodo ejecutivo, devengándose, cuanto menos, el recargo ejecutivo del 5%, que se elevaría al 10% si se recibiese notificación de la providencia de apremio antes de efectuarse el pago (artículo 28 de la LGT).

Pues bien, ambas liquidaciones, la del 2007 y la de 2008, a día de hoy, son firmes, pues no consta que contra las mismas se formulase el preceptivo y obligado recurso de reposición ante el Ayuntamiento de Rota, de conformidad con el artículo 14.2 del TRLHL, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de su notificación

No obstante, la Abogacía del Estado consultante en su proyecto de informe, insinúa la posibilidad de acudir a alguno de los procedimientos revisorios previstos en la LGT, a los que se remite el artículo 14.1 TRLHL (la remisión que hace, a su vez, el artículo 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local a los antiguos artículos 153 y 154 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, hoy derogada, debe entenderse hecha a los artículos 217 y 219 de la LGT), si bien añade con acierto que difícilmente pueden aquí prosperar.

En efecto, dos serían los procedimientos revisorios a tener en cuenta respecto de esos actos firmes. El primero, el de la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho del artículo 217 de la LGT, que se puede iniciar de oficio o a instancia de parte, estaría condenado al fracaso al exigir la concurrencia de alguno de los supuestos que recoge ese precepto, lo que no es el caso.

El segundo sería el de la revocación del artículo 218 que, a diferencia del anterior, sólo se puede iniciar de oficio, estando obligada la Administración municipal, a lo sumo, a acusar recibo de cualquier escrito dirigida a ella a tal fin (artículo 10 del Reglamento de revisión en vía administrativa aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo). Dicha revocación sólo procedería cuando se estime que el acto infringe manifiestamente la ley, lo que no es el caso, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado, lo que tampoco ocurre aquí, o cuando, por último, en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión de los interesados, lo que no se advierte tampoco.

En consecuencia, no resultaría procedente la solicitud de iniciación de un procedimiento de revisión de las liquidaciones del IBI correspondientes a los años 2007 y 2008 que, por tanto, serían firmes y definitivamente inatacables.

- V -

Aunque no se indica nada al respecto y ante la eventualidad de que puedan notificarse de la misma forma que las anteriores las liquidaciones correspondientes a los años 2009 y 2010, se recomienda encarecidamente al órgano competente dentro del Ministerio de Fomento que dé traslado inmediato, a través de la Abogacía del Estado consultante, a este Centro Directivo (Subdirección de los Servicios Consultivos) de las liquidaciones oportunas, a fin de que ésta pueda dar las instrucciones pertinentes a la Abogacía del Estado en Cádiz para formular contra ellas en tiempo (un mes contado desde su notificación) y forma el oportuno recurso de reposición ante el Ayuntamiento de Rota, invocando la titularidad autonómica de las instalaciones portuarias sujetas al IBI, de acuerdo con las consideraciones vertidas en el informe de este Centro Directivo de 4 de abril de 2007, al que antes se ha hecho referencia, y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008. En dicho recurso se debería solicitar, de acuerdo con el artículo 14.2.i) del TRLHL, en conexión con el actual 25 del Reglamento de revisión, aprobado por Real Decreto 520/2005, la suspensión del ingreso, sin necesidad de prestar caución alguna al ser el Estado el recurrente (artículo 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas). Todo ello como paso previo, en su caso, a un hipotético recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado competente.

No hay que descartar, por otro lado, que el Ayuntamiento de Rota, que a raíz de las sentencias dictadas por el TSJ de Andalucía en relación con el IBI de los ejercicios 2005 y 2007 habrá rectificado el padrón catastral a fin de hacer figurar en el mismo como sujeto pasivo del IBI al Estado, se conforme, pues no está obligado a más, con la notificación edictal de las liquidaciones correspondientes a ejercicios futuros, por lo que no estaría de más que, a partir de ahora y hasta que haya un pronunciamiento definitivo y firme de la jurisdicción contencioso-administrativa, se consulte el Boletín Oficial Provincial de Cádiz y el propio padrón para comprobar, todos los años, si la Administración del Estado figura como sujeto pasivo de ese Impuesto. Si ello fuese así, y sin esperar a que el Ayuntamiento de Rota remita la liquidación correspondiente al Ministerio de Fomento a los efectos de su pago, habría que formular igualmente recurso de reposición ante el Ayuntamiento en el plazo de un mes, pero contado desde el día siguiente al de finalización del periodo de exposición pública de del padrón del Impuesto o matrícula de contribuyentes obligados al pago, normalmente el 21 de noviembre de cada año (artículo 14.2.c) del TRLHL y 62.3 de la LGT.

- VI -

Para terminar este informe es necesario referirse a otras dos cuestiones planteadas por la Abogacía del Estado consultante, una de ellas en el proyecto de informe y otra, con un carácter más general, en el correo electrónico de remisión.

La cuestión planteada en el proyecto de informe como última alternativa para recuperar de alguna forma la cuota correspondiente al IBI del año 2007, abonada por el Ministerio de Fomento el 7 de octubre de 2010 (la deuda tributaria derivada de la liquidación correspondiente al IBI de 2008, ya firme pero todavía no satisfecha, podría encontrarse, si se abonase, en la misma situación) es la posible repercusión del impuesto ya pagado al verdadero titular del bien gravado, de acuerdo con el artículo 63.2 del TRLHL, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional décima de la Ley 16/2007, de 4 de julio, en vigor desde el 1 de enero de 2008, y que textualmente reza así:

“Lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de derecho común.

Las Administraciones Públicas y los entes u organismos a que se refiere el apartado anterior repercutirán la parte de cuota líquida del impuesto que corresponda en quienes, no reuniendo la condición de sujetos pasivos, hagan uso mediante contraprestación de sus bienes demaniales o patrimoniales, los cuales estarán obligados a soportar la repercusión. A tal efecto la cuota repercutible se determinará en razón a la parte de valor catastral que corresponda a la superficie utilizada y a la construcción directamente vinculada a cada arrendatario o cesionario del derecho de uso”

La Abogacía del Estado consultante entiende, a la vista del segundo párrafo del precepto transcrito, que “cabría ponderar la posibilidad de repercutir el IBI a la Comunidad Autónoma andaluza sobre la base de considerar que no reúne la condición de sujeto pasivo y hace uso mediante contraprestación de bien demanial del Estado, tesis que se contrapone frontalmente con lo hasta ahora expuesto” Por ello, –concluye– se pondera negativamente esta opción, no obstante lo cual se apunta para su posible consideración.

Pues bien, a la aplicación de ese párrafo y, en definitiva, a la posible repercusión del IBI de 2007, ya satisfecho, sobre el verdadero titular del bien gravado (la Comunidad Autónoma de Andalucía, según la tesis que sostiene el Estado sobre el particular, que entra en clara contradicción con la sentencia del TSJ de Andalucía de 16 de marzo de 2010 que, por el contrario, considera sujeto pasivo al Estado) se oponen varias e importantes razones. En primer lugar, y como bien dice la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, esta tesis chocaría frontalmente con lo expuesto y razonado hasta ahora. Si se entiende que el único sujeto pasivo del IBI en relación con las instalaciones correspondientes al Puerto de Rota es la Comunidad Autónoma de Andalucía, titular de los bienes en virtud del traspaso de los mismos por Real Decreto 1407/1995, no puede, al mismo tiempo, considerarse que esa Comunidad Autónoma no reúne la condición de sujeto pasivo y mucho menos que está haciendo uso mediante contraprestación de un bien demanial del Estado.

Lo cierto es que, aparte de lo expuesto, el párrafo segundo del artículo 63.2 TRLHL, que hay que poner en relación con el apartado 1 anterior, está pensando en el caso de una Administración Pública o ente u organismo público al que se halla afectado o adscrito un inmueble o a cuyo cargo se encuentre su administración o gestión (podrían encajar, en este caso, por ejemplo, las Autoridades Portuarias) que, siendo contribuyente (en razón de la superficie no afectada por una concesión) o sustituto del mismo, está obligado a repercutir la parte de la cuota líquida del impuesto que corresponda, en quienes, no reuniendo la condición de sujetos pasivos (no ser concesionarios, sino simplemente autorizados en la terminología de la Ley 48/2003), hagan uso mediante contraprestación (por ejemplo, las tasa de ocupación prevista para ellos en el artículo 105 h) de la Ley 48/2003) de sus bienes demaniales, y que, como dice el precepto, están obligados a soportar la repercusión.; como claramente se observa, ello no tiene nada que ver con la situación producida.

Por último, fuera ya del contexto del proyecto de informe remitido, en el correo electrónico de remisión se hace referencia a una cuestión tributaria sobre la que se pregunta la existencia de algún dictamen de este Centro Directivo relativo a la misma. En concreto, se pregunta acerca de la posibilidad de girar un recargo de apremio a la Administración del Estado, como deudora tributaria de otra Administración, sin haber intentado previamente la compensación de oficio de la deuda sobre la base de lo dispuesto en el artículo 57 del vigente Reglamento General de Recaudación de 2005.

En respuesta a esta última cuestión, lo primero que se debe indicar es que este Centro Directivo no tiene constancia de que se haya pronunciado oficialmente a través de un dictamen sobre la obligación de la Administración del Estado de abonar los recargos de apremio tributarios girados por una Administración tributaria.

Ello no es óbice para que pueda, en este momento, dar su parecer al respecto. En este sentido, es preciso significar que, para aquellos casos, como el que ha dado pie a este informe, en que la Administración del Estado es deudora de un tributo de otra Administración Pública, en este caso de la Administración municipal, no existe especialidad o privilegio alguno en la normativa vigente que, en caso de impago de la deuda en periodo voluntario de pago, impida la iniciación del periodo ejecutivo (artículo 161 de la LGT) con el consiguiente devengo, según proceda, de los recargos a que se refiere el artículo 28 de la LGT (el recargo ejecutivo, el recargo de apremio reducido y el recargo de apremio ordinario).

Ahora bien, una cosa es esto y otra que antes del inicio del periodo ejecutivo, no pueda sopearse acudir como forma de extinción de la deuda tributaria, sin exigencia ya de recargo alguno, a la compensación de oficio.

De acuerdo con el artículo 71 de la LGT, las deudas tributarias de un obligado tributario podrán extinguirse total o parcialmente por compensación con créditos reconocidos por actos administrativos a favor del mismo obligado, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Por su parte el artículo 73.2 del mismo texto legal dispone que “serán compensables de oficio, una vez transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario, las deudas tributarias vencidas, líquidas y exigibles que las Comunidades Autónomas, entidades locales y demás entidades de derecho público tengan con el Estado”, añadiendo el apartado 3 que “la extinción de la deuda tributaria se producirá en el momento de inicio del periodo ejecutivo o cuando se cumplan los requisitos exigidos para las deudas y los créditos, si este momento es posterior. El acuerdo de compensación declarará dicha extinción”. El artículo 74 se refiere ya a la extinción de deudas de entidades públicas, concretamente Comunidades Autónomas, entidades locales y demás entidades de derecho público, con las deducciones sobre las cantidades que la Administración del Estado deba transferir a las referidas entidades. Por último, el artículo 57 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, relativo a la compensación de oficio de deudas de entidades públicas, vuelve a señalar que las deudas vencidas, líquidas y exigibles a favor de la Hacienda pública estatal que deba satisfacer un ente territorial, un organismo autónomo, la Seguridad Social o una entidad de derecho público serán compensables de oficio, una vez transcurrido el plazo de ingreso en periodo voluntario, realizándose la compensación con los créditos de naturaleza tributaria reconocidos a favor de las entidades citadas y con los demás créditos reconocidos en su favor por ejecución del presupuesto de gastos del Estado o de sus organismos autónomos y por devolución de ingresos presupuestarios.

De lo expuesto se deduce que, para que pueda hablarse de compensación de oficio como forma de extinción de una deuda tributaria es preciso que se trate de deudas tributarias vencidas, líquidas y exigibles que las Comunidades Autónomas, entidades locales y demás entidades de derecho público tengan con el Estado, que asume, por tanto la posición de acreedor y sujeto activo del tributo. Ahora bien resultaría admisible que, si se invirtieran los términos y el Estado fuera deudor tributario de alguno de esos entes y, al mismo tiempo, por el concepto que sea, acreedor de los mismos, el Estado pudiera acudir a este instituto de la compensación de oficio para extinguir la deuda en el momento de inicio del periodo ejecutivo, antes, por tanto, de que se devengasen los recargos correspondientes a ese periodo; a esta conclusión se llega por apli-

cación analógica de los preceptos antes citados, así como por aplicación supletoria –ex artículo 7.2 de la LGT– de los preceptos del Derecho común, es decir, de los preceptos del Código Civil relativos a la compensación (artículo 1195 y siguientes).

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

CONCLUSIONES

Primera.- Con carácter general, los puertos e instalaciones portuarias están sujetos al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, salvo que sean de aprovechamiento público y gratuito, estando exenta la parte de los mismos por donde discurran carreteras, caminos y otras vías terrestres, así como vías férreas.

Segunda.- El sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles es el ente público que ostente la titularidad del puerto de que se trate, al margen de que el mismo se asiente en el dominio público marítimo–terrestre estatal, de acuerdo con el informe de esta Abogacía General del Estado de 4 de abril de 2007 y con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008, tal y como se razona en el apartado II de este informe.

Tercera.- La titularidad del puerto de Rota corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía y no al Estado, por lo que la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre bienes inmuebles, tanto por el puerto pesquero como por el deportivo, recae sobre la referida Comunidad Autónoma a pesar de los pronunciamientos contrarios sobre el particular del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Cuarta.- La deuda tributaria del Impuesto de Bienes Inmuebles correspondiente al ejercicio 2005, notificada al Ministerio de Fomento del 28 de mayo de 2010 y abonada el 7 de octubre siguiente, se encuentra prescrita, con base en los razonamientos que se contienen en el apartado III de este informe, debiendo instarse del Ayuntamiento de Rota la devolución del ingreso indebido producido. La prescripción de esa deuda afectará a la obligación de abono del recargo ejecutivo exigido por la falta de ingreso en plazo de la misma, haciéndole ya inexigible.

Quinta.- Las liquidaciones del impuesto de continua referencia correspondientes a los ejercicios 2007 y 2008 son firmes, sin que resulte procedente el inicio de procedimiento de revisión alguno para dejar sin efecto aquéllas.

Sexta.- Se recomienda encarecidamente, ante la eventualidad de que puedan notificarse de la misma forma que las anteriores las liquidaciones del IBI de los ejercicios 2009 y 2010, que se dé traslado inmediato de las mismas a la Subdirección General de los Servicios Consultivos de esta Abogacía General del Estado para que dé las instrucciones oportunas a la Abogacía del Estado competente para su impugnación en tiempo y forma ante la instancia pertinente.

Séptima.- Igualmente, se aconseja, para los ejercicios 2011 y sucesivos, estar pendiente de la publicación del padrón catastral de este Impuesto a fin de comprobar si se mantiene la consideración o no del Estado como sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles y actuar en consecuencia.

Octava.- No resulta procedente la repercusión del importe correspondiente a este Impuesto satisfecho por el Estado a la Comunidad Autónoma al no darse los presupuestos para ello previstos en el artículo 63.2, del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales.

Novena.- La Administración del Estado puede extinguir por compensación una deuda tributaria que tenga contraída con una entidad local con un crédito que aquélla ostente contra ésta por aplicación analógica de los artículos 71, 73 y 74 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y por aplicación supletoria de los preceptos del Código Civil relativos a la compensación.

48.- Informe sobre el alcance retroactivo de la disposición final cuarta de la Ley 33/2010, de modificación de la Ley 48/2003, en lo relativo al Impuesto sobre Bienes Inmuebles a satisfacer por las Autoridades Portuarias.

Resumen

Consulta sobre el alcance retroactivo de la disposición final cuarta 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, especialmente en relación con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles a satisfacer por las Autoridades Portuarias.

El alcance temporal de la obligación de reintegro establecido en esa disposición a cargo de las Autoridades Portuarias y a favor de la Administración General del Estado respecto a los importes abonados por cualquier causa por esta última, debe limitarse a las cuotas correspondientes a los ejercicios 2008 y siguientes.

La única excepción sería el IBI correspondiente a instalaciones portuarias gestionadas por las Autoridades Portuarias de Bilbao y Pasajes, en la que, de acuerdo con lo razonado en el informe, la obligación de reintegro sólo alcanza a los ejercicios posteriores a la entrada en vigor de la Ley 33/2010, es decir, el 2011 y siguientes.

Ref.: A.G.FOMENTO 6/11(R- 524/11)

Fecha: 7 de junio 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 consulta formulada por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, de fecha 17 de mayo de 2011, acerca del alcance retroactivo de la disposición final cuarta 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, cuestión esta que puede dar lugar, según se indica en la consulta, a una discrepancia entre ese Ministerio y las Autoridades Portuarias.

La consulta viene acompañada del preceptivo proyecto de informe elaborado por el Abogado del Estado en el citado Ministerio y se eleva con fundamento en los artículos 26 y 27 del Real Decreto 997/203, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

En el proyecto de informe remitido, después de analizarse con detalle el alcance de dicha disposición final que, en el caso sometido a consulta, incide especialmente en la obligación de reintegro de los importes abonados en concepto de Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), ejercicios 2004 a 2008, por la Autoridad Portuaria de Las Palmas y tras tener presente la normativa aplicable en materia de Haciendas Locales (constituida esencialmente por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, de Haciendas Locales -TRLHL-, reformado en parte por la Ley 16/2007, de 4 de julio), se llega a la conclusión, extensiva a todas las Autoridades Portuarias, de que el alcance temporal del deber de reintegro establecido en la disposición final cuarta de la Ley 33/2010 debe quedar limitado a los ejercicios 2008 y siguientes. Dicha conclusión, con el matiz que se indicará en este informe, es compartida por esta Abogacía General del Estado.

Aunque también se comparten las consideraciones jurídicas del proyecto de informe que han llevado a la conclusión final, resulta conveniente que este Centro Directivo efectúe unas consideraciones adicionales que, por un lado, complementen esas consideraciones, y, por otro lado, sirvan para hacer una precisión en relación con las Autoridades Portuarias de País

Vasco, que tiene como antecedente básico la propuesta que, en la fase de elaboración del anteproyecto de Ley 33/2010, hizo la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, consensuada con Puertos del Estado y que este último ente público ha puesto en conocimiento de esta Abogacía General del Estado.

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

- I -

Tal y como se indica con acierto en la consideración jurídica segunda del proyecto de informe remitido, para averiguar el verdadero sentido de la disposición final cuarta de la Ley 33/2010, hay que comenzar diciendo que del tenor literal del artículo 63 del TRLHL, en su redacción originaria, referente al sujeto pasivo del IBI, se deducía que el obligado tributario en concepto de IBI de una instalación portuaria era el titular de dicho bien, titularidad que recae en la respectiva Administración Pública.

En el supuesto de un puerto de titularidad estatal, esa condición y la correspondiente carga tributaria como contribuyente recaía en la Administración General del Estado. Así vino a ratificarlo la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008, la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de abril de 2001 (con el primitivo texto regulador de las Haciendas Locales de 1988) y el dictamen de este Centro Directivo de 4 de abril de 2007 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 5/2007), ratificado en otro más reciente de 28 de enero de 2011 (ref A.G. Fomento 1/11), así como los informes de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, que se citan igualmente en el proyecto de informe.

La regulación del sujeto pasivo contenida en el artículo 63.1 del TRLHL experimentó una importante modificación por la disposición adicional décima. 2 de la Ley 16/2007, de 4 de julio, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 (disposición final segunda de esa Ley), siendo el texto vigente.

La citada disposición adicional añadió, por lo que aquí importa, dos nuevos párrafos a ese artículo, rezando así:

“1. Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este Impuesto.

En el caso de bienes inmuebles de características especiales, cuando la condición de contribuyente recaiga en uno o en varios concesionarios, cada uno de ellos lo será por su cuota, que se determinará en razón a la parte del valor catastral que corresponda a la superficie concedida y a la construcción directamente vinculada a cada concesión. Sin perjuicio del deber de los concesionarios de formalizar las declaraciones a que se refiere el artículo 76 de esta Ley, el ente u organismo público al que se halle afectado o adscrito el inmueble o aquel a cuyo cargo se encuentre su administración y gestión, estará obligado a suministrar anualmente al Ministerio de Economía y Hacienda la información relativa a dichas concesiones en los términos y demás condiciones que se determinen por orden.

Para esa misma clase de inmuebles, cuando el propietario tenga la condición de contribuyente en razón de la superficie no afectada por las concesiones, actuará como sustituto del mismo el ente u organismo público al que se refiere el párrafo anterior, el cual no podrá repercutir en el contribuyente el importe de la deuda tributaria satisfecha.”

Comenzando por el último párrafo del precepto transcrito, y de acuerdo con las consideraciones realizadas en el proyecto de informe, la expresión “esa misma clase de inmuebles” tiene como antecedente la expresión “bienes inmuebles de características especiales” del párrafo anterior. Para determinar lo que se entiende por “bienes inmuebles de características

especiales” es preciso acudir al Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, cuyo artículo 8.2, por lo que aquí importa, considera como tales los puertos comerciales.

Pues bien, como reza el nuevo párrafo tercero del artículo 63.1 del TRLHL, cuando el propietario tenga la condición de contribuyente en razón de la superficie no afectada por las concesiones, actuará como sustituto del mismo el ente u organismo público al que se refiere el párrafo segundo, el cual no podrá repercutir en el contribuyente el importe de la deuda tributaria satisfecha.

El ente u organismo público a que se refiere el párrafo segundo no es otro, como señala acertadamente el proyecto de informe, que “el ente u organismo público al que se halle afectado o adscrito el inmueble o aquél a cuyo cargo se encuentre su administración y gestión”. En el caso de los puertos comerciales, siendo clara la condición de contribuyente de la Administración General del Estado, titular del puerto, la condición de sustituto del mismo recae en cada una de las Autoridades Portuarias, verdaderas “titulares materiales” del bien en el sentido expresado en ese párrafo. Las citadas Autoridades tienen adscritos esos bienes inmuebles, estando a su cargo la administración y gestión de los mismos en los términos previstos en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general.

Las Autoridades Portuarias, como sustitutos del contribuyente sujeto pasivo del IBI, no pueden repercutir, por disponerlo así la norma legal, en el contribuyente (la Administración General del Estado) el importe de la deuda tributaria satisfecha, siendo la previsión legal contenida en el artículo 63.1 del TRLHL una excepción a la regla general contenida en el artículo 36.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, según el cual, “el sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas, salvo que la Ley señale otra cosa”.

Así las cosas, no cabe ninguna duda de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 16/2007 que, como se ha dicho, tuvo lugar el 1 de enero de 2008, la condición de sustituto de contribuyente del IBI que grava las instalaciones portuarias, con excepción de la superficie afectada por las concesiones, recae en las Autoridades Portuarias, las cuales tenían que satisfacer el importe de la deuda tributaria derivada de dicho Impuesto a partir del ejercicio 2008 (el impuesto en cuestión se devenga el primer día del periodo impositivo –1 de enero– que coincide con el año natural (artículo 75,1 y 2, del TRLHL), sin que, con base a lo dispuesto en el artículo 63.1, tercer párrafo, del mismo texto legal, puedan repercutir en la Administración General del Estado, sujeto pasivo contribuyente, el importe de la deuda tributaria satisfecha.

La única excepción a lo previsto en el artículo 63.1, del TRLHL, reformado, la constituyen los territorios forales del País Vasco, a los que, por mor de lo prevenido en la disposición adicional primera de la Constitución y, más concretamente, en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concerto Económico entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, no les resulta de aplicación la ley estatal reguladora de las Haciendas Locales. El artículo 39 de la Ley 12/2002, relativo al Impuesto sobre Bienes Inmuebles, establece con claridad que dicho impuesto se regulará por las normas que dicten las instituciones competentes de los Territorios Históricos y gravará los bienes de naturaleza rústica y urbana sitos en aquéllos. Así ha venido a ratificarlo expresamente el propio TRLHL (artículo 1.1 y disposición adicional octava de la misma).

Pues bien, la legislación foral del IBI correspondiente a los Territorios Forales de Vizcaya y Guipúzcoa, constituida por la Norma Foral 9/1989, de 30 de junio –artículo 6– (Vizcaya) y por la Norma Foral 12/1989, de 5 de julio -artículo 5- (Guipúzcoa), relativas al sujeto pasivo del tributo, establece que los sujetos pasivos del IBI a título de contribuyente son las personas que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto, sin referencia alguna a la figura de un sustituto del contribuyente para

los bienes de características especiales, como son los puertos comerciales, condición que recaería en el ente u organismo público al que se haya afectado o adscrito el inmueble, similar a la contenida en el artículo 63.1, segundo y tercer párrafo, del TRLHL, reformado por la Ley 16/2007, a la que se ha hecho referencia.

Por tanto, y en línea con lo manifestado, en el IBI correspondiente a los puertos de Bilbao y Pasajes, regulado en las Normas Forales citadas, el sujeto pasivo del impuesto a título de contribuyente ha sido siempre la Administración General del Estado, debiendo ésta soportar íntegramente la carga tributaria derivada de ese impuesto, sin que, por tanto, se pueda considerar a las Autoridades Portuarias respectivas como sustitutos del mismo en los términos del artículo 63.1 del TRLHL, que no resulta aplicable en el País Vasco.

- II -

Así las cosas, y con unas normas bastante precisas acerca de los elementos personales de la relación jurídico-tributaria y, por tanto, de la persona o entidad obligada a soportar la carga tributaria derivada de la realización del hecho imponible del IBI que afecta a los puertos comerciales de titularidad estatal, se aprueba la Ley 33/2010, de 5 de agosto, cuya disposición final cuarta establece lo siguiente:

“Las Autoridades Portuarias reintegrarán a la Administración General del Estado los importes que ésta hubiera abonado, por cualquier causa, en concepto de cuotas tributarias devengadas por la exacción de los tributos locales que recaigan sobre los bienes inmuebles que aquéllas tuviesen adscritos. El reintegro se producirá en un plazo de tres meses desde el día en que la Administración General del Estado requiera el pago a la Autoridad Portuaria, siempre que aquélla hubiera acreditado el abono de dicho importe”

Pues bien, en una primera aproximación al precepto transcrito y dado que, como se indica en el proyecto de informe, nada señala la Exposición de Motivos de la Ley 33/2010, parece indudable que la finalidad perseguida por dicha disposición final es complementar el régimen jurídico tributario del IBI que recae sobre las instalaciones portuarias de titularidad estatal contenido en el artículo 63.1 del TRLHL, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional décima de la Ley 16/2007, de 4 de julio. El carácter complementario de la regulación contenida en la Ley 16/2007, que introdujo una notable modificación en el artículo 63.1, con especial incidencia en el ámbito portuario, tiene una gran importancia para la adecuada delimitación del ámbito temporal de aplicación de la disposición final cuarta de la Ley 33/2010.

La disposición final cuarta de la Ley 33/2010 entró en vigor el 27 de agosto de 2010, a los veinte días de su publicación en el BOE, según la regla contenida en el artículo 2.1 del Código Civil (disposición final sexta), sin que el legislador haya establecido excepción alguna en relación con la misma ni un régimen propio de transitoriedad, lo que hace preciso acudir, para determinar su alcance temporal, a las normas generales y a los criterios interpretativos y doctrinales propios del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que la consulta formulada versa sobre la validez de un requerimiento de reintegro realizado por la Inspección General del Ministerio de Fomento por los importes abonados por la Administración General del Estado en concepto de IBI correspondientes a instalaciones portuarias de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, ejercicios 2004 a 2008.

Comenzando con las normas generales, y como se indica en el proyecto de informe, el artículo 2.3 del Código Civil dispone que “las normas no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”

Pues bien, aunque la regla general es la irretroactividad de las normas, una correcta exégesis de la disposición final cuarta de la Ley 33/2010 unida a la aplicación de la doctrina jurisprudencial acerca de la retroactividad tácita e implícita de determinadas normas jurídicas permiten confirmar la conclusión final del proyecto de informe y limitar, por tanto, con carácter

general, excepto para las instalaciones portuarias del País Vasco, el alcance del deber de reintegro establecido en la referida disposición final a la deuda tributaria por IBI de las Autoridades Portuarias correspondiente a los ejercicios 2008 y siguientes, tal y como seguidamente se expone.

El tenor literal del texto de la repetida disposición final (primero de los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil –“sentido propio de sus palabras”–), donde se emplea el tiempo verbal en pretérito (“hubiera abonado”) y en participio pasivo (“cuotas devengadas”), y la clara finalidad perseguida por la misma (criterio teleológico recogido en el propio artículo 3.1 del Código Civil –“finalidad de aquéllas”–) que no es otra que dejar clara la obligación que tienen las Autoridades Portuarias, a partir de 2008 de hacer frente y soportar directamente, sin posibilidad de repercusión, el importe de la deuda tributaria del IBI que recae sobre las instalaciones portuarias que no hayan sido objeto de concesión, unido al tácito efecto retroactivo (reconocido jurisprudencialmente, entre otras, a las normas complementarias de otras anteriores, lo que aquí ocurre con la disposición final cuarta de la Ley 33/2010 que complementa la regulación contenida en la disposición adicional décima de la Ley 16/2007 y que reformó, a partir de 1 de enero de 2008, el artículo 63 del TRLHL) permiten dotar a la misma de retroactividad, pero únicamente para el IBI devengado a partir de 1 de enero de 2008, o, lo que es lo mismo, para los ejercicios 2008 y siguientes.

En este sentido, y en el ámbito de la doctrina jurisprudencial, se puede traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2009 (Sala de lo Civil) que, a propósito de la retroactividad tácita o implícita de determinadas normas, declara lo siguiente:

“El apartado 3º del art. 2º del Código Civil establece taxativamente que las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario. Esto es así porque la seguridad jurídica, principio inspirador del ordenamiento de plasmación constitucional (art. 9.3 CE), exige el conocimiento previo de la norma que va a aplicarse a una determinada situación jurídica, de manera que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen por la vigente al tiempo en que aquellas acontecen o se producen. Certeza, predecibilidad y confianza en el ordenamiento vigente son exigencias por razón de la seguridad jurídica, que, de acuerdo con el viejo axioma «tempus regit actum», conducen a establecer al principio general de que las normas son por regla general irretroactivas salvo que excepcionalmente en ellas se diga lo contrario. Así lo ha proclamado una jurisprudencia reiterada (SSTS Sala 1ª 16 enero 1963, 22 diciembre 1978, 19 octubre 1982 y 25 mayo 1995, de manera que, con independencia del grado de retroactividad que se atribuya a la ley posterior, incluso para admitir un grado débil o mínimo, es preciso que ésta así lo disponga, sin perjuicio de que ello no deba entenderse en el estricto sentido de que lo haga expresamente, pues, a falta de previsión expresa, jurisprudencia y doctrina admiten también la retroactividad que resulta tácitamente de la norma posterior (SS. 26 mayo 1969 y 7 julio 1987), retroactividad tácita que ha venido atribuyéndose tradicionalmente a las normas interpretativas, a las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, a las que suplan lagunas, a las procesales, y, en general, a las que pretenden eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines jurídicos que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo (ssts de 26 noviembre 1934, 17 diciembre 1941, 5 julio 1986 y 9 abril 1992).

Llegados a este punto, deben hacerse dos precisiones: la primera, que no puede colegirse que existe retroactividad tácita del mero hecho de que la nueva ley, como es lógico, se haya inspirado en la experiencia pretérita (sentencia de 5 noviembre 1986); la segunda, que la aplicación retroactiva de una norma, sea porque así lo disponga de forma expresa la norma posterior o porque tácitamente resulte de ésta, no puede suponer en ningún caso que resulten obviados o menoscabados derechos adquiridos, o situaciones beneficiosas o favorables nacidas al amparo de la normativa anterior vigente cuando se produjo el hecho, pues tal cosa iría en contra de lo señalado en el ya mencionado artículo 9.3 de la Constitución, que proscribire de modo absoluto la aplicación retroactiva de una norma posterior restrictiva de derechos individuales “

En esa misma línea, se puede traer también a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1982 en la que se establece que:

“(…) según la doctrina de esta Sala, las disposiciones aclaratorias o interpretativas de las leyes o que suplan sus lagunas, al no ser derecho nuevo, sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado, son retroactivas, como excepción impropia a la regla general de irretroactividad”.

De todo ello se infiere que, habiéndose establecido por primera vez en la Ley 16/2007, que reformó con efectos de 1 de enero de 2008 el artículo 63.1 del TRLHL, relativo al sujeto pasivo del IBI, una obligación tributaria específica de pago de este Impuesto a cargo de las Autoridades Portuarias, como sustitutas del contribuyente, sin posibilidad legal de repercusión del mismo en el contribuyente (la Administración General del Estado que hasta esa fecha se hacía cargo en exclusiva del pago de ese tributo), las indicadas Autoridades Portuarias estarán obligadas, por mor de lo prevenido en esa disposición final cuarta de la Ley 33/2010, a reintegrar en el plazo indicado en la misma, los importes que la Administración General del Estado hubiera abonado por cualquier causa (no se olvide que, a pesar de lo indicado en el artículo 63.1, sigue teniendo la condición de obligada solidaria en los términos recogidos en el artículo 35.6, en conexión con el artículo 35.2 LGT) en concepto de cuotas tributarias devengadas por la exacción de ese tributo correspondientes a los ejercicios 2008 y siguientes, sin que, por tanto, pueda hacerse extensivo ese deber de reintegro a ejercicios anteriores en los que la única obligada tributaria era la Administración General del Estado.

- III -

La única excepción al régimen expuesto la constituía el IBI correspondiente a las instalaciones portuarias gestionadas por las Autoridades Portuarias de Bilbao y Pasajes. Ya se ha dicho que, al no aplicarse en el País Vasco el TRLHL, el sujeto pasivo contribuyente y obligado finalmente al pago del tributo ha sido la Administración General del Estado, que ha debido hacer efectivo el impuesto hasta el año 2010, último ejercicio devengado por ese tributo anterior a la entrada en vigor de la Ley 33/2010, sin que, por tanto, pudiera considerarse en modo alguno a las Autoridades Portuarias citadas como sustitutas de la misma.

Sobre esta base, y en relación con el IBI correspondiente a dichas instalaciones portuarias, la disposición final cuarta de la Ley 33/2010 constituye, a diferencia del caso anterior, una norma completamente nueva que no complementa ni aclara una norma anterior, no pudiendo tener, por tanto, efecto retroactivo, siquiera sea implícito, alguno.

En consecuencia, sólo a partir de la entrada en vigor de la disposición final cuarta de la Ley 33/2010 que, como se indicó, tuvo lugar el 27 de agosto de 2010 y para los ejercicios posteriores a esa fecha (el primero sería el 2011, devengado el 1 de enero de este año), las Autoridades Portuarias de Bilbao y Pasajes estarán obligadas a reintegrar a la Administración General del Estado (Ministerio de Fomento) la deuda tributaria que en concepto de IBI recaiga sobre los bienes de dominio público portuario que tuvieren adscritos dichos organismos portuarios.

A la vista de lo expuesto, esta Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.- El alcance temporal de la obligación de reintegro a cargo de las Autoridades Portuarias y a favor de la Administración General del Estado, establecida en la disposición final cuarta de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, respecto a los importes que la Administración del Estado hubiera abonado por

cualquier causa en concepto de cuotas tributarias devengadas por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles que recaiga sobre los bienes inmuebles que las Autoridades Portuarias tuviesen adscritos, debe limitarse exclusivamente, de acuerdo con consideraciones jurídicas realizadas en el cuerpo de este informe, a los ejercicios 2008 y siguientes.

Segunda.- La única excepción al régimen indicado en la anterior conclusión la constituiría el Impuesto sobre Bienes Inmuebles correspondiente a las instalaciones portuarias gestionadas por las Autoridades Portuarias de Bilbao y Pasajes, regido por las Normas Forales propias de Vizcaya y Guipúzcoa. En este supuesto, y de acuerdo con las consideraciones expuestas en el apartado III del presente informe, la disposición final cuarta de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, constituye, a diferencia del caso anterior, una norma completamente nueva que no complementa ni interpreta una regulación anterior, no pudiendo tener, por tanto, efecto retroactivo, siquiera sea implícito, alguno.

En consecuencia, sólo a partir de la entrada en vigor de la disposición final cuarta de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, lo que tuvo lugar el 27 de agosto de 2010 y para los ejercicios posteriores a esa fecha (el primero sería el 2011, devengado el 1 de enero de ese año), las Autoridades Portuarias de Bilbao y Pasajes estarán obligadas a reintegrar a la Administración General del Estado (Ministerio de Fomento) la deuda tributaria que en concepto de Impuesto sobre Bienes Inmuebles recaiga sobre los bienes de dominio público portuario que tuvieren adscritos dichos organismos.

49.- Informe sobre los supuestos de no sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles en los Bienes Inmuebles de Características Especiales, consideración que tienen los puertos comerciales.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 116/13 (R – 1102/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Ente Público Puertos del Estado en relación con los supuestos de no sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles en los Bienes Inmuebles de Características Especiales. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

El escrito de consulta viene acompañado de una amplia exposición jurídica acerca de la cuestión planteada con cita, aparte de los concretos preceptos que se consideran aplicables al caso, de diversos pronunciamientos judiciales, contestaciones a consultas a la Dirección General de Tributos e informes de la Abogacía del Estado en Murcia y de este Centro Directivo, centrándose la consulta en la determinación de si los supuestos de no sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) establecidos en el artículo 61.5.a) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL), son de aplicación en los Bienes Inmuebles de Características Especiales (BICEs).

A fin de centrar convenientemente la cuestión sometida a dictamen, y con carácter previo a su análisis, es necesario hacer mención a la normativa básica aplicable al caso, comenzando por la referencia que se hace en la misma a la naturaleza del IBI.

El IBI “es un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles en los términos establecidos en la ley” (artículo 60 del TRLHL).

Según el artículo 61.1 del TRLHL, constituye el hecho imponible del tributo la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales:

- a) De una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos.
- b) De un derecho real de superficie.
- c) De un derecho real de usufructo.
- d) Del derecho de propiedad.

El apartado 2 de del artículo 61 establece que “la realización del hecho imponible que corresponda de entre los definidos en el apartado anterior por el orden en él establecido determinará la no sujeción del inmueble urbano o rústico a las restantes modalidades en él previstas. En los inmuebles de características especiales se aplicará esta misma prelación, salvo cuando los derechos de concesión que puedan recaer sobre el inmueble no agoten su extensión superficial, supuesto en el que también se realizará el hecho imponible por el derecho de propiedad sobre la parte del inmueble no afectada por una concesión”.

Por su parte, el artículo 61.3 añade que “a los efectos de este impuesto, tendrán la consideración de bienes inmuebles rústicos, de bienes inmuebles urbanos y de bienes inmuebles de características especiales los definidos en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario”.

Por último, y con especial incidencia en la cuestión suscitada, el artículo 61.5 1 a) dispone que “no están sujetos a este impuesto: a) las carreteras, los caminos, las demás vías terres-

tres y los bienes del dominio público marítimo-terrestre e hidráulico, siempre que sean de aprovechamiento público y gratuito”.

De acuerdo con lo prevenido en el artículo 61.3 del TRLHL, el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (TRLCI), que lleva por rúbrica “Bienes inmuebles de características especiales” (BICEs), dispone que:

“1. Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble.

2.- Se consideran bienes inmuebles de características especiales los comprendidos, conforme al apartado anterior, en los siguientes grupos:

(...)

d) Los aeropuertos y puertos comerciales”

El artículo 26 del TRLCI, relativo a las clases de ponencia, considera ponencias especiales a aquellas que afecten exclusivamente a uno o varios grupos de bienes inmuebles de características especiales, siendo recurribles en vía económico-administrativa (artículo 27.4). Por su parte, el artículo 31, relativo al “procedimiento de determinación del valor catastral de los bienes inmuebles de características especiales”, establece que este procedimiento se iniciará con la aprobación de la correspondiente ponencia especial y que la notificación, efectividad e impugnación de los valores catastrales resultantes de este procedimiento se registrarán por lo previsto en el artículo 29.

Por otro lado, el artículo 20 del Reglamento del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, preceptúa que “a los bienes inmuebles de características especiales compuestos de varios recintos geográficos discontinuos se les asignará una referencia catastral única, sin perjuicio de la identificación de cada uno de dichos recintos”.

El artículo 23 del mismo texto reglamentario, que lleva por rúbrica “Bienes inmuebles de características especiales”, comienza diciendo que:

“1.- A los efectos de su incorporación al Catastro, el conjunto complejo que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 8.1 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, sea susceptible de calificarse como bien inmueble de características especiales se entenderá como un único bien inmueble, con independencia de que pueda estar integrado por uno o varios recintos o parcelas o de su configuración territorial, en caso de estar situado en distintos términos municipales (...);” añadiendo su apartado 2 que, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del TRLCI, se consideran bienes inmuebles de características especiales, por constituir un conjunto complejo de uso especializado y reunir las demás condiciones establecidas en el apartado 1 del citado artículo, los siguientes inmuebles:

(...)

Grupo D.2. Los puertos comerciales”

Se llega así al Real Decreto 1464/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración catastral de los bienes inmuebles de características especiales, cuyo artículo 3 comienza diciendo que “el valor catastral del suelo ocupado por el inmueble de características especiales se establecerá en la ponencia de valores especial correspondiente, en la que podrán diferenciarse áreas o sectores según los criterios que se especifiquen en ella” para añadir que “el valor unitario del suelo de (...) los puertos comerciales será el resultado de multiplicar los módulos de valor unitario del suelo bruto para usos no específicos establecidos en la Orden a que se refiere el artículo 30.2 del TRLCI por un coeficiente, que se fijará en la ponencia de valores especial para cada área

o sector, calculado en función de la localización y de las circunstancias urbanísticas que afecten al inmueble”

Por último, el artículo 23 de dicho Real Decreto, relativo a las “Normas para la valoración de puertos comerciales”, establece:

- “1.- Se entenderán incluidos en el ámbito del puerto comercial los terrenos destinados al servicio del mismo.
- 2.- La valoración de las construcciones singulares integrantes de los puertos comerciales se realizará mediante la aplicación, de acuerdo con el artículo 5, de un módulo de coste unitario por longitud o superficie, sobre los distintos elementos constructivos.
- 3.- Las construcciones singulares que deben ser consideradas en la valoración serán las obras e instalaciones portuarias siguientes:
 - a) Rellenos, explanación y urbanización.
 - b) Obras de abrigo, que comprenderán los diques en talud y los diques verticales.
 - c) Obras de atraque.
- 4.- Se considerará relleno, explanación y urbanización la totalidad de la superficie del recinto portuario. Para la obtención del módulo de coste unitario correspondiente se utilizarán los coeficientes establecidos en la normativa técnica de valoración catastral de las construcciones de los bienes inmuebles urbanos para la tipología de obras de urbanización”

- II -

Expuestas las normas básicas atinentes a los BICEs, procede analizar la cuestión debatida que no es otra que la posibilidad de declarar no sujetos al IBI, de acuerdo con el artículo 61.5.a) del TRLHL, a las carreteras, caminos, vías terrestres y a los bienes de dominio público marítimo-terrestre, siempre que sean de aprovechamiento público y gratuito, ubicados en los puertos comerciales o, si se prefiere, si cabría considerar la no sujeción al IBI de las parcelas individuales integradas en el dominio público portuario estatal que, conforme a lo establecido en dicho precepto, sean de aprovechamiento público y gratuito para los usuarios. En todo caso, debe tenerse en cuenta que los puertos comerciales, como se ha expuesto, tienen la consideración, a efectos del IBI, de BICEs que, como tales y de acuerdo con el artículo 8 del TRLCI, constituyen un conjunto complejo de uso especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configuran a efectos catastrales como un único bien inmueble.

Pues bien, la cuestión básica a resolver no es otra que la de determinar si la caracterización y consideración de los puertos comerciales como BICEs y la consiguiente configuración de los mismos, a efectos catastrales, como un único bien inmueble impide que se pueda apreciar la concurrencia, en una parte de su superficie, de alguno de los supuestos de no sujeción al IBI y, en concreto, del supuesto contenido en el artículo 61.5.a) del TRLHL.

A favor de la compatibilidad de la caracterización del puerto comercial como BICE con el supuesto de no sujeción del artículo 61.5.a) del TRLHL se pronunció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Huelva, en relación con el puerto de dicha ciudad, en sentencia de 15 de noviembre de 2011, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) en sentencia de 31 de octubre de 2012.

Ahora bien, el mismo Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (incluso la misma Sección Primera que dictó el anterior fallo), en sentencia de 20 de marzo de 2013, confirmatoria de otra del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Huelva, de 31 de julio de 2012, después de dejar sentado que en el BICE hay que incluir la totalidad de los terrenos de la zona de servicio del puerto y las construcciones que se ubiquen sobre ellos (fundamento de

derecho cuarto), añade, en su fundamento de derecho sexto, aunque sin referencia precisa a las carreteras, caminos o vías terrestres ubicados en la indicada zona de servicio, lo siguiente:

“Por tanto, siendo el puerto comercial un bien de características especiales, configurado como un único bien, pero integrado por suelo, edificios, obras de urbanización y mejora, no resulta de aplicación el precepto citado 61.5 de la Ley de Hacienda Local, y aunque determinados bienes estén sujetos a concesión, en el Padrón y Catastro de donde se obtienen los datos para liquidar el impuesto aparece como titular del bien especial la apelante a quien se ha girado la liquidación (...)”

El criterio mantenido en esta sentencia fue reiterado en otra del mismo Tribunal de 9 de abril de 2013.

Siguiendo con los pronunciamientos judiciales que inciden sobre la cuestión objeto de informe, debe hacerse referencia a la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) de 16 de noviembre de 2011 en la que se analizan las diversas incorrecciones técnicas de la ponencia especial de los puertos comerciales de Las Palmas.

Pues bien, respecto de este punto, la sentencia declara que:

“En cuanto al primer extremo, incorrecciones en la delimitación del bien inmueble de características especiales, la actora solicita que se excluyan expresamente de la delimitación del Puerto Comercial a efectos catastrales los terrenos de reserva y los demás terrenos no operativos, como las zonas verdes, paseo marítimo y en general todas las zonas no destinadas a tareas portuarias y que no son de uso exclusivo de la actora. Igualmente considera que deben excluirse los diques, rellenos y demás zonas de abrigo y en general todas las zonas que no son objeto de aprovechamiento portuario en sí mismo sino solo una zona de protección.

El motivo no puede prosperar: según el art. 23 del R.D. 1464/2007, ‘Se entenderán incluidos en el ámbito del puerto comercial los terrenos destinados al servicio del mismo’. El puerto se concibe por tanto como un conjunto en el que no es posible aislar trozos en los que solo y exclusivamente se desarrollan indeterminadas tareas (no resulta claro que entienda la actora por ‘tareas portuarias’) y dejar fuera del mismo cualquier otro terreno sobre el que las mismas no se desarrollaran. Basta con leer el Real Decreto para concluir que se contempla un concepto unitario del bien inmueble de características especiales, que incluye el conjunto del mismo, y así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en las sentencias dictadas en relación con los parques eólicos, o las refinerías de petróleo. Por otro lado, no cabe olvidar que se trata de la Ponencia de Valores, y que el tratamiento diferenciado de unas zonas u otras sería en su caso cuestión a tener en cuenta para la determinación del valor catastral.

El Tribunal Supremo, interpretando el artículo 62.b.1 de la Ley de Haciendas Locales ha señalado en diversas sentencias analizando el IBI de Refinerías de petróleo (STS de 1-II-2002, 20-IV-2002, 7-VII-2003 y 30-V-2008 entre otras) que el legislador, en dicho precepto ‘ha querido gravar con el IBI toda clase de construcciones en sentido amplio, con abstracción de su lugar de ubicación, de su destino, de los materiales que las configuren o de la posibilidad de su traslado’. La conclusión que ha extraído el Tribunal Supremo es que encajan en el concepto de bienes inmuebles no solo los edificios convencionales, sino también las instalaciones industriales integradas en los complejos correspondientes, y en general cuantas otras instalaciones sirvan para satisfacer adecuadamente el uso industrial al que estén adscritas. Este razonamiento es plenamente de aplicación para la toma en consideración de las distintas zonas del bien inmueble origen de este litigio”

El Tribunal Supremo, aunque no relacionándolo directamente con la consideración de los puertos comerciales como BICEs, ha tenido oportunidad de enjuiciar la incidencia del supuesto de exención, antes, y de no sujeción al IBI, después, de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, así como de las carreteras, caminos y vías terrestres que se encuentran en

los puertos, analizando especialmente el requisito del aprovechamiento público y gratuito y dando por supuesto que, si se cumplía ese requisito, las parcelas correspondientes deberían quedar exentas del impuesto; ejemplos de ello son las sentencias de 18 de julio de 2002 y de 30 de abril de 2008.

En la esfera de la Administración, se puede hacer referencia, en primer término, a la consulta vinculante de la Dirección General de Tributos (Subdirección General de Tributos Locales) V2100-10, de 22 de septiembre de 2010, donde se trataba de determinar la sujeción al IBI de la lámina de agua de un puerto deportivo gestionado directamente por una Comunidad Autónoma, cuyo aprovechamiento era público y gratuito.

En dicha consulta, y por lo que aquí importa, con cita del artículo 6 del TRLCI, se dice que “los supuestos de no sujeción o de exención en el IBI regulados en el TRLHL se aplican sobre la totalidad de un bien inmueble considerado en su conjunto, sin que puedan aplicarse sobre parte de la superficie del mismo. Para que un bien inmueble esté no sujeto o exento en el IBI deben cumplirse los requisitos exigidos legalmente para la totalidad del bien, sin que sean admisibles supuestos de no sujeción o exención sobre una parte del bien inmueble”.

El puerto deportivo a que se refiere la consulta, que no tiene la consideración de puerto comercial, es gestionado directamente por una Comunidad Autónoma; la lámina de agua pertenece al puerto deportivo, estando incluida en la superficie total del mismo.

Pues bien, si la Comunidad Autónoma cobra a los usuarios del puerto por el amarre de las embarcaciones y la utilización del resto de los servicios e instalaciones del puerto deportivo, no resultará aplicable el supuesto de no sujeción al impuesto, dado que el aprovechamiento no cumple el requisito de que sea público y gratuito y ello con independencia – añade – de que la utilización de una parte del bien inmueble, la lámina de agua, pueda ser gratuita, concluyendo que:

“El requisito de aprovechamiento público y gratuito debe darse para la totalidad del bien inmueble del dominio público marítimo-terrestre, sin que pueda dividirse el bien inmueble en partes separadas a los efectos de la aplicación de la no sujeción o exención”.

Esta consulta fue tenida en cuenta y aplicada por la Gerencia Territorial del Catastro de Huelva cuando dio respuesta al escrito presentado por la Autoridad Portuaria de Huelva por el que solicitaba la inscripción de las alteraciones catastrales oportunas para que se reflejara la no sujeción al IBI de determinadas unidades singularizadas que, ubicadas en el Puerto Comercial de Huelva, reunían, a juicio de esa Autoridad Portuaria, las condiciones recogidas en el artículo 61.5 del TRLHL, resolviéndose, sobre esta base, que las distintas unidades singularizadas forman parte del Puerto Comercial de Huelva que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 del TRLCI, constituyen un único bien inmueble de características especiales, por lo que no es posible admitir, de acuerdo con el criterio expresado anteriormente, la no sujeción parcial de dicho inmueble en el IBI.

El 15 de noviembre pasado se emitió informe por la Abogacía del Estado en Murcia sobre si, en la zona de servicio del Puerto de Cartagena, considerada en su conjunto como BICE, cabría considerar la existencia de parcelas individuales ubicadas en su interior que jurídicamente pudieran quedar subsumidas en supuestos de exención o no sujeción al IBI.

Pues bien, en dicho informe se llega a afirmar, entre otras cosas y por lo que ahora interesa, que “dentro de la zona de servicio del puerto pueden existir parcelas individualizadas que, en tanto que integrantes del dominio público portuario estatal, han de gozar, en relación con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, del tratamiento jurídico que la propia Ley reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL) contempla para dicha categoría de bienes en su artículo 61.5.a) y que se concreta en la no sujeción al tributo, (...) en tanto en cuanto los bienes y parcelas de que trate cumplan con los requisitos que en el precepto transcrito se establecen, no estarán sujetos al IBI; no sujeción que no podrá

predicarse, consecuentemente, de la zona de servicio en su totalidad, con independencia de que, conforme a la Ley de Catastro Inmobiliario, el puerto en su conjunto tenga la consideración, a efectos exclusivamente catastrales, de Bien Inmueble de Características Especiales (ex artículo 8 del Texto Refundido aprobado por RDL 1/2004, de 5 de marzo)”

Muy recientemente, el 13 de diciembre de 2013, la Dirección General de Tributos ha emitido informe en relación con la aplicación de las bonificaciones establecidas en los artículos 74.2, quater, y 74.3 del TRLHL, respondiendo a una consulta formulada por el Ayuntamiento de Málaga; en dicho informe se reconoce que los BICEs son fragmentables internamente a efectos de la aplicación de beneficios fiscales.

En este sentido, en uno de los párrafos del informe, sobre la base de lo prevenido en el artículo 20 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, que desarrolla el TRLCI, se indica que:

“Por tanto, es posible que un determinado BICE, aunque solo tenga una única referencia catastral, disponga de otros códigos identificativos para cada uno de los recintos que lo componen, a efectos de facilitar tanto la gestión catastral como la gestión tributaria del mismo. Así, es posible que un BICE tenga recintos en varios términos municipales, o que haya varios titulares catastrales con diferentes derechos: propiedad, concesión administrativa, por lo que sea convenientes asignar un código de identificación a cada uno”

Respecto de la bonificación del artículo 74.2, quater, del TRLHL, se indica que “se aplica a favor de aquellos bienes inmuebles (no tienen por qué ser BICES) en los que se desarrollen actividades económicas que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal, siendo la ordenanza fiscal la que regule los aspectos sustantivos y formales de dicha bonificación, una vez declarado el especial interés o utilidad municipal por el Pleno de la Corporación.

Por lo que, en el caso de que un mismo bien inmueble se desarrollen distintas actividades y sólo alguna/s de ellas hayan sido declarada/s de especial interés o utilidad municipal, la ordenanza puede regular que se aplique la bonificación del artículo 74.2 quáter sólo a la superficie en la que se desarrolle dicha actividad”

Por último, en el año 2005, la Abogacía del Estado, en representación de la Autoridad Portuaria de Tarragona, interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Tarragona contra diversas liquidaciones del IBI giradas por el Ayuntamiento de Tarragona y que afectaban a fincas catastrales ubicadas en la zona de servicio del puerto de dicha ciudad. En alguna de ellas la pretensión anulatoria de las liquidaciones correspondientes se basaba precisamente en la concurrencia del supuesto de no sujeción del artículo 61.5.a) del TRLHL, es decir, la de tratarse de caminos, vías terrestres y bienes de dominio público marítimo-terrestre de aprovechamiento público y gratuito. No obstante, hay que señalar que en él no se planteó la cuestión de la consideración del puerto como BICE y la admisión de una posible no sujeción o exención de parcelas singulares dentro del mismo.

Pues bien, el recurso en cuestión finalizó en virtud de un convenio suscrito el 13 de mayo de 2008 entre el Ayuntamiento de Tarragona y la Autoridad Portuaria en el que se indica que el Ayuntamiento ha procedido a segregar como parcelas independiente aquellas superficies que por su exclusiva utilización como viales, línea ferroviaria y franja perimetral a los cantiles de los muelles para las operaciones de carga y descarga, son superficies de utilización pública y gratuita, de conformidad con el artículo 61.5.a) del TRLHL, lo que propició que la Autoridad Portuaria desistiera de los recursos administrativos y contencioso-administrativos interpuestos y pendientes de resolución.

A lo largo de los años siguientes y hasta la actualidad, el Ayuntamiento de Tarragona, en aplicación del convenio, ha estimado los recursos de reposición interpuestos por la Autoridad Portuaria contra liquidaciones del IBI de diversas parcelas catastrales en las que concurrían el supuesto de no sujeción del artículo 61.5.a).

- III -

Expuestos los anteriores datos, procede dar respuesta a la cuestión suscitada sobre la que, como se ha visto, existe disparidad de criterios en las diversas instancias administrativas y judiciales.

Aun siendo la cuestión dudosa, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, entiende que existe fundamento jurídico para postular la declaración de no sujeción de las carreteras, caminos, vías terrestres y bienes de dominio público marítimo-terrestre ubicados en los puertos comerciales o, si se prefiere, de las parcelas individuales integradas en el dominio público portuario estatal que sean de aprovechamiento público y gratuito para los usuarios.

Como se ha expuesto, el único obstáculo para la aplicación de la previsión del artículo 61.5 a) del TRLHL en el dominio público portuario estatal determinado en el artículo 67 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, es la consideración de los puertos comerciales (categoría en la que se encuadran los puertos de interés general), como BICEs y su configuración, a efectos catastrales, como un único bien inmueble, lo que, en opinión de la Dirección General de Tributos (consulta de 22 de septiembre de 2010), impediría aplicar el beneficio fiscal establecido por el precepto primeramente citado, pues, según ese Centro Directivo, el requisito del aprovechamiento público y gratuito debe cumplirse para la totalidad del inmueble y no en una parte separada del mismo.

Entiende esta Abogacía General del Estado que el criterio mantenido por la Dirección General de Tributos incurre en cierta contradicción, como se indica en una de las consideraciones que se recogen en el escrito de consulta, con la admisión de la divisibilidad de un BICE, cuando se trata de precisar aspectos tan esenciales del tributo como el hecho imponible y el sujeto pasivo.

En este sentido, y comenzando por el hecho imponible, el artículo 61 del TRLHL, después de precisar en su apartado 1 lo que constituye el hecho imponible del impuesto, constituido, por lo que ahora importa, por la titularidad sobre un bien inmueble de características especiales de una concesión administrativa sobre el mismo o por la titularidad del derecho de propiedad, en su apartado 2, anteriormente reproducido, establece que la realización del hecho imponible que corresponda de entre los definidos en el apartado anterior por el orden en él establecido determina la no sujeción del inmueble a las restantes modalidades previstas, para añadir que “en los inmuebles de características especiales se aplicará la misma prelación, salvo cuando los derechos de concesión que puedan recaer sobre el inmueble no agoten su extensión superficial, supuesto en el que también se realizará el hecho imponible por el derecho de propiedad sobre la parte del inmueble no afectada por una concesión”.

Esa previsión, de especial incidencia en los puertos comerciales, no tiene otro significado que el de precisar que si el derecho del concesionario no agota toda la extensión superficial del dominio público portuario, el hecho imponible podrá escindirse, recayendo, por un lado, en la parte del terreno objeto de concesión y, por otro lado, en la parte del inmueble no afectada por la concesión.

En lógica concordancia con ello, el BICE también puede dividirse para la determinación del sujeto pasivo del IBI, otro de los elementos esenciales del tributo, bastando con tener presente el contenido del artículo 63.1, segundo párrafo, del TRLHL, según el cual “en el caso de bienes inmuebles de características especiales, cuando la condición de contribuyente recaiga en uno o varios concesionarios, cada uno de ellos lo será por su cuota, que se determinará en razón a la parte del valor catastral que corresponda a la superficie concedida y a la construcción directamente vinculada a cada concesión. Sin perjuicio del deber de los concesionarios de formalizar las declaraciones a que se refiere el artículo 76 de esta Ley, el ente u organismo público al que se halle afectado o adscrito el inmueble o aquel a cuyo cargo

se encuentre su administración y gestión, estará obligado a suministrar anualmente al Ministerio de Economía y Hacienda la información relativa a dichas concesiones en los términos y demás condiciones que se determinen por orden.”

Lo expuesto hasta ahora pone de manifiesto que, con independencia del hecho cierto de que los BICES, a efectos catastrales, se configuran como un único inmueble (artículo 8.1 del TRLCI), es posible legalmente distinguir dentro de los mismos diferentes hechos imposables y sujetos pasivos, lo que da lugar a la existencia de diversas parcelas individualizadas respecto a cada hecho imponible y sujeto pasivo con un tratamiento tributario singular para cada uno de ellas.

Esta misma singularidad de las diversas partes integrantes de un BICE se pone de manifiesto, como se vio anteriormente, en el momento de su valoración, ya que el artículo 3 del Real Decreto 1464/2007, de 2 de noviembre, sobre normas técnicas de valoración catastral, admite que en el valor catastral del suelo ocupado por el inmueble de características especiales pueden diferenciarse áreas o sectores según los criterios que se especifiquen en la ponencia especial correspondiente.

Pues bien, siendo legalmente admisible, según acaba de verse, distinguir dentro del BICE diferentes hechos imposables y sujetos pasivos, así como distinguir, a efectos de la valoración catastral, diferentes áreas o sectores, no cabe apreciar impedimento para admitir que dentro de un BICE se pueda también distinguir, a efectos de reconocer la no sujeción al tributo, partes que cumplan los requisitos exigidos por el artículo 61.5.a) del TRLHL. Dicho en otros términos, si se admite legalmente la desagregación del BICE a efectos de la determinación del hecho imponible y del sujeto pasivo y a efectos de la valoración catastral, esa misma desagregación debe admitirse a efectos del reconocimiento del supuesto de no sujeción que establece el artículo 61.5.a) del TRLHL. En efecto, no tendría sentido que se admita la desagregación del BICE para elementos tan esenciales del tributo como son el hecho imponible, el sujeto pasivo y la base imponible (valor catastral) y, en cambio, que no se admita esa desagregación a efectos de un elemento conceptualmente indisoluble del hecho imponible como es el supuesto de no sujeción al tributo, habida cuenta de que la no sujeción es la definición o delimitación negativa del propio hecho imponible y, por tanto, inseparable del mismo: si el hecho imponible es susceptible de desagregación no puede denegarse la desagregación para lo que no es hecho imponible como es el supuesto de no sujeción. A lo dicho, debe añadirse que no resultaría coherente que establecido no ya un supuesto de exención o bonificación (que presupone la realización del hecho imponible del tributo), sino un supuesto de no sujeción, es decir, un supuesto en que no se realiza el hecho imponible por quedar extramuros del mismo, este supuesto de no sujeción quede negado por entender que el BICE constituye una unidad absoluta y totalmente inescindible (lo que, como se ha dicho no es así, al admitirse su desagregación a efectos del hecho imponible, sujeto pasivo y valoración catastral); al ser, precisamente, el supuesto de no sujeción la negación del hecho imponible, no es jurídicamente admisible incluir en el BICE la parte, aérea o sector del mismo que no puede ser objeto de imposición por no constituir el hecho imponible del tributo. Sería, en suma, un contradictorio que, habiendo establecido la ley reguladora del tributo un supuesto de no sujeción, esto es, insistiendo en lo dicho, un supuesto en que no se realiza el hecho imponible (artículo 61.5.a) del TRLHL), ese supuesto de no sujeción se convirtiese en un supuesto de sujeción, es decir, que se realizase el hecho imponible por entender que el BICE no admite división o fraccionamiento alguno, siendo así que la razón determinante de la no sujeción –aprovechamiento público y gratuito– sigue subsistiendo.

Admitida, por las consideraciones precedentes, la desagregación de un BICE para el reconocimiento del supuesto de no sujeción del artículo 61.5.a) del TRLHL, la competencia para acordar dicho reconocimiento corresponde a la Dirección General del Catastro o, en su defecto, a sus Gerencias Territoriales, habida cuenta de que la apreciación de la concurrencia de un supuesto de no sujeción pertenece al ámbito de la gestión catastral y no de la gestión tributaria, competencia esta última de los Ayuntamientos. En este sentido, se puede traer a

colación lo señalado, a sensu contrario, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007 y, de manera directa, lo señalado en sentencias de numerosos Tribunales Superiores de Justicia, como los de Canarias (sede de Santa Cruz de Tenerife) de 30 de julio de 2010, de Castilla y León (sede de Valladolid) de 3 de marzo de 1998, de Asturias de 14 de junio de 2010 y de Galicia de 18 de marzo de 2008, entre otras, en las que se afirma la competencia estatal para la declaración de un bien como no sujeto al IBI.

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

CONCLUSIÓN

Los supuestos de no sujeción al Impuesto sobre Bienes Inmuebles establecidos en el artículo 61.5.a) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, son aplicables a los Bienes Inmuebles de Características Especiales, calificación que tienen los puertos comerciales.

50.- Informe sobre el abono del IBI correspondiente a local sito en el puerto de Málaga, ocupado en virtud de convenio por un órgano de Sanidad Exterior.

Resumen:

Consulta sobre el abono del IBI correspondiente al local sito en el puerto de Málaga, acupado en virtud de un convenio por un órgano de Sanidad Exterior. La Autoridad Portuaria, como sustituto del contribuyente, no puede repercutir, por mandato expreso legal, el citado impuesto, sin que sea admisible por vía convencional una previsión que resulte contraria al mandato legal.

REF: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 21/16 (R-317/16)

Fecha: 18 de mayo de 2016

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del informe

La Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, 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, el proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en Málaga sobre la pretensión de la Autoridad Portuaria de Málaga de repercutir a la Administración General del Estado el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles correspondiente a la superficie del local sito en la antigua Estación Marítima de Málaga, destinado al Centro Internacional de Vacunaciones y que Sanidad Exterior ocupa en virtud de un convenio de colaboración de fecha 1 de junio de 2010.

En relación con dicha consulta este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- | -

Para dar una adecuada respuesta en Derecho a la cuestión planteada es necesario hacer ciertas consideraciones previas acerca del hecho imponible y del sujeto pasivo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)

El IBI es un tributo local, directo y de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles en los términos establecidos en la ley (artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo –TRLHL–).

El artículo 61.1 del propio TRLHL se refiere al hecho imponible del IBI, disponiendo que:

“Constituye el hecho imponible del impuesto la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales:

De una concesión administrativa sobre los propios bienes inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos.

De un derecho real de superficie.

De un derecho real de usufructo.

Del derecho de propiedad”

Por lo que se refiere al sujeto pasivo del impuesto, su regulación, contenida en el artículo 63.1 del TRLHL, experimentó una importante modificación por la disposición adicional décima. 2 de la Ley 16/2007, de 4 de julio, que entró en vigor el 1 de enero de 2008 (disposición final segunda de dicha Ley), siendo el texto vigente.

La citada disposición adicional añadió, por lo que aquí importa, dos nuevos párrafos a ese artículo, que en su redacción actual preceptúa lo siguiente:

“1. Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este Impuesto.

En el caso de bienes inmuebles de características especiales, cuando la condición de contribuyente recaiga en uno o en varios concesionarios, cada uno de ellos lo será por su cuota, que se determinará en razón a la parte del valor catastral que corresponda a la superficie concedida y a la construcción directamente vinculada a cada concesión. Sin perjuicio del deber de los concesionarios de formalizar las declaraciones a que se refiere el artículo 76 de esta Ley, el ente u organismo público al que se halle afectado o adscrito el inmueble o aquel a cuyo cargo se encuentre su administración y gestión, estará obligado a suministrar anualmente al Ministerio de Economía y Hacienda la información relativa a dichas concesiones en los términos y demás condiciones que se determinen por orden.

Para esa misma clase de inmuebles, cuando el propietario tenga la condición de contribuyente en razón de la superficie no afectada por las concesiones, actuará como sustituto del mismo el ente u organismo público al que se refiere el párrafo anterior, el cual no podrá repercutir en el contribuyente el importe de la deuda tributaria satisfecha.”

Es importante resaltar que, según el párrafo tercero de dicho artículo, tal y como se indicó en el apartado I del informe de este Centro Directivo de 7 de junio de 2011 (A.G. FOMENTO 6/11), la expresión “esa misma clase de inmuebles” tiene como antecedente la expresión “bienes inmuebles de características especiales” del párrafo anterior. Para determinar lo que se entiende por “bienes inmuebles de características especiales” es preciso acudir al Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (artículo 61.3 del TRLHL) , cuyo artículo 8.2, por lo que aquí importa, considera como tales los puertos comerciales, que es la condición por excelencia de los puertos de interés general (artículos 3 y 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–).

Los puertos de interés general, como previene el artículo 67 del TRLPEMM, forman parte del dominio público marítimo terrestre e integran el dominio público portuario estatal. En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011, “por mandato constitucional (artículo 132.2) el dominio público portuario, subespecie del marítimo-terrestre (artículo 4.11 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas) es de titularidad estatal. En desarrollo de tal precepto constitucional, el artículo 9 de la citada Ley de Costas establece que no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado, en ninguna pertenencia del dominio público marítimo terrestre”.

Por su parte, el artículo 67.2 del TRLPEMM dispone que “se considera dominio público portuario estatal el dominio público marítimo-terrestre afecto a los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal”, añadiendo el apartado 3 de este mismo artículo que “el dominio público marítimo-terrestre ocupado por un puerto de competencia de una Comunidad Autónoma mantiene su titularidad estatal, si bien tiene la condición de adscrito a dicha Comunidad”.

Pues bien, como reza el párrafo tercero del artículo 63.1 del TRLHL, cuando el propietario tenga la condición de contribuyente en razón de la superficie no afectada por las concesiones, actuará como sustituto del mismo el ente u organismo público al que se refiere el párrafo segundo, el cual no podrá repercutir en el contribuyente el importe de la deuda tributaria satisfecha.

El ente u organismo público a que se refiere el párrafo segundo no es otro, como se indica en citado informe de este Centro Directivo de 7 de junio de 2011, que “el ente u organismo público al que se halle afectado o adscrito el inmueble o aquél a cuyo cargo se encuentre su administración y gestión”. En el caso de los puertos de interés general, siendo clara la condición de contribuyente de la Administración General del Estado, titular del puerto, la condición de sustituto del contribuyente recae en cada una de las Autoridades Portuarias. Las citadas Autoridades tienen adscritos esos bienes inmuebles, estando a su cargo la administración y gestión de los mismos en los términos previstos en el actual TRLPEMM.

Las Autoridades Portuarias, como sustitutos del contribuyente sujeto pasivo del IBI, no pueden repercutir, por disponerlo así la norma legal, en el contribuyente (la Administración General del Estado) el importe de la deuda tributaria satisfecha, siendo la previsión legal contenida en el artículo 63.1 del TRLHL una excepción a la regla general contenida en el artículo 36.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, según el cual, “el sustituto podrá exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas, salvo que la Ley señale otra cosa”.

Así las cosas, no cabe ninguna duda de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 16/2007 que, como se ha dicho, tuvo lugar el 1 de enero de 2008, la condición de sustituto de contribuyente del IBI que grava las instalaciones portuarias, con excepción de la superficie afectada por las concesiones, recae en las Autoridades Portuarias, las cuales tienen que satisfacer el importe de la deuda tributaria derivada de dicho Impuesto a partir del ejercicio 2008 (el impuesto en cuestión se devenga el primer día del periodo impositivo –1 de enero– que coincide con el año natural (artículo 75,1 y 2, del TRLHL), sin que, con base a lo dispuesto en el artículo 63.1, tercer párrafo, del mismo texto legal, puedan repercutir en la Administración General del Estado, sujeto pasivo contribuyente, el importe de la deuda tributaria satisfecha.

Es más, como se indicaba también en dicho informe, de acuerdo con la disposición final cuarta de 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, las Autoridades Portuarias reintegrarán a la Administración General del Estado los importes que ésta hubiera abonado, por cualquier causa, en concepto de cuotas tributarias devengadas por la exacción de los tributos locales que recaigan sobre los bienes inmuebles que aquellas tuviesen adscritos.

Una vez que se ha llegado a la conclusión de que la Administración General del Estado, como titular del dominio público portuario, es sujeto pasivo contribuyente del IBI, siendo, no obstante, sustituto del contribuyente, la Autoridad Portuaria, que, por ministerio de la ley, no puede repercutir en el contribuyente el importe de la deuda tributaria satisfecha, es el momento de analizar la cuestión suscitada en la consulta.

- II -

El título que ampara la ocupación del dominio público portuario de la Dependencia de Sanidad Exterior de la Subdelegación del Gobierno en Málaga, con destino al Centro Internacional de Vacunaciones, está constituido por el convenio de colaboración suscrito el 1 de junio de 2010 entre el Ministerio de la Presidencia y la Autoridad Portuaria de Málaga al amparo de lo prevenido en el entonces vigente artículo 95.3 de la derogada Ley 48/2003, hoy artículo 73.3 del TRLPEMM. De acuerdo con el tenor de dicho artículo 95.3, “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.”

Como acertadamente se indica en el proyecto de informe remitido, aunque la titularidad del dominio público portuario es estatal, estando encomendada su gestión a las Autoridades Portuarias, la utilización de dicho dominio público portuario por parte de algún órgano de la Administración General del Estado requiere que se formule la correspondiente solicitud por parte de dicho órgano a la Autoridad Portuaria respectiva, que lo autorizará si resulta compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso, suscribiendo a tal fin el correspondiente convenio en el que se establecerán las condiciones de dicha utilización, incluyendo las tasas que, en su caso procedan, y los costes que debe asumir aquél.

La cláusula cuarta del convenio en cuestión cuantifica el importe de las tasas de ocupación y de aprovechamiento especial del dominio público para el ejercicio de actividades comerciales, industriales y servicios a cargo del Ministerio de la Presidencia.

Por su parte, la cláusula tercera, párrafo cuarto, en términos muy genéricos dispone que “este documento no exime al Ministerio de la Presidencia de la obtención y mantenimiento en vigor de licencias, permisos y autorizaciones que legalmente sean exigibles, ni del pago de los impuestos que les sean de aplicación”. En este último inciso se pretende amparar la Autoridad Portuaria de Málaga para exigir a la Administración General del Estado (Ministerio de la Presidencia) el pago del IBI proporcional a la superficie ocupada.

Se trata, por tanto, de determinar si el tenor literal de esa cláusula permite a la Autoridad Portuaria de Málaga repercutir a la Administración General del Estado la parte proporcional del IBI ocupada por la Dependencia de Sanidad Exterior.

Pues bien, aparte de que la expresión “(...) pago de los impuestos que le sean de aplicación” es, desde la perspectiva de la interpretación propiamente contractual y de los criterios aplicables al efecto (artículos 1.281 y siguientes del Código Civil), demasiado vaga para entender incluido en ella el IBI, la mención que se hace al “pago de los impuestos que le sean de aplicación” lleva inexorablemente, en el caso del IBI, a tener en cuenta las previsiones de los artículos 61 y 63 del TRLHL de las que, como se ha expuesto, resulta la titularidad estatal del dominio público portuario, ocupado en una parte, mediante el oportuno convenio, por un órgano de la propia Administración General del Estado, que es el sujeto pasivo contribuyente del impuesto, del que es sustituto la Autoridad Portuaria, sustituto que no puede repercutir, por expreso mandato legal, el citado impuesto sobre el contribuyente, sin que, obviamente, sea admisible que por vía convencional se estipule válidamente una previsión que resulte radicalmente contraria a un mandato legal de carácter claramente prohibitivo como es el recogido en el artículo 63.1, párrafo último, del TRLHL (tal estipulación sería nula de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil).

En pocas palabras, aunque se entendiera que la cláusula tercera del convenio pudiera amparar la exigencia, por parte de la Autoridad Portuaria de Málaga, a la Administración General del Estado del IBI correspondiente al espacio del dominio público portuario ocupado por la Dependencia de Sanidad Exterior, dicha exigencia se encontraría con el obstáculo legal de la imposibilidad que tiene la Autoridad Portuaria para repercutir, en todo o en parte, el importe del IBI a la propia Administración General del Estado, sujeto pasivo contribuyente del impuesto.

A lo expuesto no se opone lo prevenido en el artículo 63.2 del propio TRLHL.

Según el párrafo primero de este precepto, “lo dispuesto en el apartado anterior será de aplicación sin perjuicio de la facultad del sujeto pasivo de repercutir la carga tributaria soportada conforme a las normas de derecho común”.

Este precepto se refiere en los supuestos de sujetos pasivos, a título de contribuyentes, que ostentan la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto (artículo 63.1 en relación con el artículo 61.1 del TRLHL), es decir,

concesionarios, superficiarios, usufructuarios y titulares del derecho de propiedad que, con base en sus respectivos derechos, hayan cedido el uso total o parcial del inmueble objeto del IBI a un tercero en virtud de un contrato donde se prevea la repercusión de la carga tributaria a los usuarios conforme a las normas de derecho común. Ninguna relación guarda, por tanto, la previsión del artículo 63.2, párrafo primero, del TRLHL con el supuesto a que se refiere el presente informe.

Descartada la vía convencional para que la Autoridad Portuaria pueda repercutir a la Administración General del Estado el pago del IBI que proporcionalmente corresponda a la superficie ocupada por la dependencia de Sanidad Exterior, debe analizarse también la posible existencia de algún supuesto de repercusión legal de dicho impuesto. En este sentido, el artículo 63.2, segundo párrafo, del TRLHL dispone lo siguiente:

“(…) Las Administraciones Públicas y los entes u organismos a que se refiere el apartado anterior repercutirán la parte de la cuota líquida del impuesto que corresponda en quienes no reuniendo la condición de sujetos pasivos hagan uso mediante contraprestación de sus bienes demaniales o patrimoniales, los cuales estarán obligados a soportar la repercusión. A tal efecto la cuota repercutible se determinará en razón a la parte del valor catastral que corresponda a la superficie utilizada y a la construcción directamente vinculada a cada arrendatario o cesionario del derecho de uso”

La referencia que se hace en dicho párrafo a “los entes u organismos a que se refiere el apartado anterior” es fácilmente reconducible al “ente u organismo al que se halle afectado o adscrito el inmueble o aquel a cuyo cargo se encuentre su administración y gestión”, es decir, y en el supuesto a que se refiere el presente informe, la Autoridad Portuaria que es al mismo tiempo sustituto del sujeto pasivo contribuyente del IBI (la Administración General del Estado, titular del dominio público portuario).

Pues bien, el primer requisito para que sea posible dicha repercusión legal consiste que la persona física o jurídica que haga uso de los bienes demaniales no reúna la condición de sujeto pasivo. En el presente caso este requisito no se cumple, pues la propia Administración General del Estado, que actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única (artículo 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) y en cuya estructura se integra el Ministerio de la Presidencia, del que dependen los servicios de Sanidad Exterior, es sujeto pasivo del IBI en su condición de titular del dominio público portuario.

No obstante, aunque se pudiera prescindir de esa circunstancia y considerar, en este caso, a la Administración General del Estado como usuaria, a través del mencionado convenio, del dominio público portuario mediante contraprestación (las tasas portuarias previstas en dicho convenio), la Autoridad Portuaria de Málaga no podría repercutir, por determinación legal expresa, como se ha expuesto, a la Administración del Estado el importe del IBI satisfecho. En suma, la regla del artículo 63.2, párrafo segundo, del TRLHL no puede interpretarse como una excepción a la regla de la improcedencia o exclusión de la repercusión que establece el artículo 63.1, párrafo tercero, del propio TRLHL, pues, de interpretarse así, este último precepto quedaría reducido a una norma carente de toda eficacia.

El artículo 63.2, párrafo segundo, del TRLHL está pensado para aquellos casos en los que siendo sujeto pasivo –contribuyente o sustituto del mismo– del IBI una Administración Pública o un ente u organismo al que se halle afectado o adscrito el inmueble o a cuyo cargo se encuentre su administración y gestión, un tercero, ajeno en este caso a la propia Administración General del Estado y que no tenga la condición de sujeto pasivo (que no sea, por tanto, concesionario, superficiario o usufructuario –artículo 63.1, primer párrafo, y 61.1 del TRLHL–), haga uso mediante contraprestación (como tal han de entenderse, en este sentido, las tasas a satisfacer) de sus bienes demaniales o patrimoniales (por

ejemplo, el titular de una autorización demanial), y no, para aquellos otros casos en los que existe un sujeto pasivo del IBI (la Administración General del Estado) con un sustituto de la misma (la Autoridad Portuaria) que, por disposición legal expresa, no puede repercutir en ella el importe de la deuda tributaria satisfecha.

- III -

En el proyecto de informe remitido se plantea también el supuesto del IBI correspondiente a las dependencias ocupadas en el puerto de Málaga por la Policía Nacional y la Guardia Civil, discutiéndose la procedencia de abonar el importe del impuesto que proporcionalmente corresponda a esas dependencias por considerarse que están exentas. Se indica igualmente que, en todo caso, debería trasladarse la cuestión al Ayuntamiento a fin de que acordase la exención parcial, teniendo presente que, de confirmarse el criterio expuesto en el proyecto de informe, la Autoridad Portuaria no podría repercutir el importe proporcional del IBI con base en la ley. Por último, se plantea la cuestión de quién debería solicitar la exención oportuna al Ayuntamiento.

Pues bien, respondiendo a las cuestiones planteadas, lo primero que debe indicarse en relación con las dependencias ocupadas en el puerto de Málaga por la Policía Nacional y la Guardia Civil es la plena aplicación a dichas dependencias de lo expuesto en el apartado anterior, es decir, que el sujeto pasivo del IBI en el dominio público portuario estatal es la Administración General del Estado, teniendo la condición de sustituto del contribuyente la Autoridad Portuaria que, por ministerio de la ley, no puede repercutir a la Administración del Estado el importe de la deuda tributaria satisfecha. No es posible, por tanto, que la Autoridad Portuaria de Málaga repercuta a dos órganos de la Administración General del Estado (la Dirección General de la Policía y la Dirección General de la Guardia Civil) el importe del IBI que proporcionalmente corresponda a las dependencias ocupadas por dichos órganos en el puerto de Málaga.

Ahora bien, al margen de ello, los inmuebles ocupados por ambos órganos estatales podrían estar exentos del IBI, de acuerdo con el artículo 62.1.a) del TRLHL, que declara exentos los inmuebles que sean propiedad del Estado que estén directamente afectos a la seguridad ciudadana. Dado que no es posible la repercusión del IBI, resulta indudable que una declaración de exención de dichos inmuebles resultaría beneficiosa para la Autoridad Portuaria al reducir la carga tributaria a satisfacer por el dominio público portuario.

Como cuestión previa a la solicitud del reconocimiento de la exención al Ayuntamiento de Málaga, Administración competente para ello (artículo 77.1 del TRLHL), es preciso analizar la procedencia de declarar exentos del impuesto determinados espacios integrantes de un bien de características especiales, naturaleza de los puertos comerciales –artículo 61.3 del TRLHL y artículo 8.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario–.

De esta cuestión tuvo oportunidad de ocuparse este Centro Directivo en su informe de fecha 10 de febrero de 2014 (A.G. Entes Públicos 116/13). En dicho informe y respecto a un supuesto de no sujeción al Impuesto se llegó a la conclusión de que, a pesar de la configuración de los BICES, a efectos catastrales, como un único inmueble, es posible distinguir determinados espacios. En este sentido, en el apartado III de dicho informe, puede leerse, entre otras cosas, que:

“(…) Lo expuesto hasta ahora pone de manifiesto que, con independencia del hecho cierto de que los BICES, a efectos catastrales, se configuran como un único inmueble (artículo 8.1 del TRLCI), es posible legalmente distinguir dentro de los mismos diferentes hechos imposables y sujetos pasivos, lo que da lugar a la existencia de diversas parcelas individualizadas respecto a cada hecho imponible y sujeto pasivo con un tratamiento tributario singular para cada uno de ellas.

Esta misma singularidad de las diversas partes integrantes de un BICE se pone de manifiesto, como se vio anteriormente, en el momento de su valoración, ya que el artículo 3 del Real Decreto 1464/2007, de 2 de noviembre, sobre normas técnicas de valoración catastral, admite que en el valor catastral del suelo ocupado por el inmueble de características especiales pueden diferenciarse áreas o sectores según los criterios que se especifiquen en la ponencia especial correspondiente.

Pues bien, siendo legalmente admisible, según acaba de verse, distinguir dentro del BICE diferentes hechos imponible y sujetos pasivos, así como distinguir, a efectos de la valoración catastral, diferentes áreas o sectores, no cabe apreciar impedimento para admitir que dentro de un BICE se pueda también distinguir, a efectos de reconocer la no sujeción al tributo, partes que cumplan los requisitos exigidos por el artículo 61.5.a) del TRLHL. Dicho en otros términos, si se admite legalmente la desagregación del BICE a efectos de la determinación del hecho imponible y del sujeto pasivo y a efectos de la valoración catastral, esa misma desagregación debe admitirse a efectos del reconocimiento del supuesto de no sujeción que establece el artículo 61.5.a) del TRLHL”

A esa misma conclusión habría que llegar en los supuestos de exención y bonificación tributaria tal y como se refleja un informe de la Dirección General de Tributos de 13 de diciembre de 2013 en relación con la aplicación de las bonificaciones establecidas en los artículos 74.2 quater y 74.3 del TRLHL, respondiendo a una consulta formulada precisamente por el Ayuntamiento de Málaga. En dicho informe se reconoce que los BICES son fragmentables internamente a efectos de la aplicación de beneficios fiscales. A dicho informe se hace referencia también en el informe antes citado de este Centro Directivo.

Sobre esa base, no habría inconveniente en que la solicitud de exención se formulase por la Dirección General de la Policía y la Dirección General de la Guardia Civil e incluso, como principal beneficiada por el reconocimiento del beneficio fiscal, por la propia Autoridad Portuaria de Málaga.

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 Málaga, de conformidad con el artículo 63.1, último párrafo del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, no puede repercutir a la Administración General del Estado el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles correspondiente a la superficie del local sito en la antigua Estación Marítima de Málaga, destinado al Centro Internacional de Vacunaciones y que Sanidad Exterior ocupa en virtud de un convenio de colaboración de fecha 1 de junio de 2010.

Segunda.- La Autoridad Portuaria de Málaga, por idéntico fundamento legal, no puede repercutir el importe proporcional del Impuesto sobre Bienes Inmuebles correspondiente a las dependencias ocupadas por la Policía Nacional y por la Guardia Civil en el puerto, sin perjuicio de que pueda instarse del Ayuntamiento de Málaga el reconocimiento de la exención en favor de esos inmuebles prevista en el artículo 62.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales en los términos del presente informe.

V.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

V.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

51.- Informe sobre el posible carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Autoridades Portuarias.

Resumen

Consulta sobre el posible carácter preceptivo del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Autoridades Portuarias. Doctrina del Consejo de Estado al respecto: dictamen nº 3195/2000, de 15 de marzo de 2001, en el que se modifica el criterio mantenido con anterioridad por el Alto Cuerpo Consultivo a raíz del artículo 65 de la Ley 14/2000; carácter no preceptivo del dictamen del Consejo de Estado. La competencia para resolver corresponde en todo caso a la Autoridad Portuaria.

Ref.: A.G.SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 1/06

Fecha: 27 de marzo de 2003

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 en Barcelona, Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica entre la Abogacía General del Estado y la Autoridad Portuaria de Barcelona, al amparo de 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 g)– que desarrolla el artículo 5 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, respecto al carácter preceptivo o no del dictamen del Consejo de Estado en los procedimientos de responsabilidad extracontractual tramitados por las Autoridades Portuarias y a la competencia de éstas para resolver.

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

ANTECEDENTES

1º) Tal y como se recoge en la consulta formulada, el 23 de enero de 2006 tuvo entrada en la Abogacía del Estado en Barcelona un escrito del Presidente de la Autoridad Portuaria de la misma ciudad planteando, entre otras cuestiones, la intervención del Consejo de Estado en procedimientos de responsabilidad patrimonial tramitados por las Autoridades Portuarias y si, en caso de intervenir el citado Organismo Consultivo, bien por confirmarse el carácter facultativo de su dictamen o el carácter preceptivo del mismo, seguiría siendo competencia del Consejo de Administración de las Autoridades Portuarias la resolución oportuna que pudiese fin a esos procedimientos.

2º) El Abogado del Estado consultante, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, y la más reciente doctrina del Consejo de Estado, en concreto su dictamen nº 3195/2000, de 15 de marzo de 2001, que reproduce en lo esencial, llega a la conclusión de que, en los procedimientos de responsabilidad patrimonial extracontractual en que se exija ésta a la Autoridad Portuaria de Barcelona (y a cualquiera otra) por los daños ocasionados a terceros con ocasión o por consecuencia del funcionamiento de sus servicios, serán sus propios órganos quienes tramiten, informen y resuelvan la reclamación sin intervención preceptiva del Consejo de Estado. Aun en el caso de que la Autoridad Portuaria pudiera interesar del Ministro titular del Departamento

del que depende y al que está vinculado –Ministro de Fomento–, por ser éste el órgano legitimado al efecto, que se formule consulta al Consejo de Estado, siendo, por tanto, ésta optativa, la resolución correspondería a los propios órganos de la Autoridad Portuaria de Barcelona.

- 3º) El Abogado del Estado-Adjunto en Barcelona ha tenido conocimiento de la existencia de un informe del Abogado del Estado-Asesor de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián, de fecha 2 de mayo de 2002, posterior, por tanto, al dictamen del Consejo de Estado nº 3195/2000. En dicho informe (página 20) se analiza, entre otras cuestiones, el procedimiento a seguir en los casos de exigencia de responsabilidad patrimonial extracontractual a la Autoridad Portuaria y, siguiendo el criterio mantenido por el Consejo de Estado en su dictamen nº 1017/1999, de 14 de octubre, y considerando que la Autoridad Portuaria actuó en el ejercicio de potestades administrativas, se entiende que la resolución de la reclamación correspondía al Ministro de Fomento que, a su vez, decidiría previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado. En ese mismo dictamen del Consejo de Estado se considera que la competencia para resolver correspondería a las propias Autoridades Portuarias en los casos en que el perjuicio no hubiese sido ocasionado en el ejercicio de potestades administrativas.
- 4º) Ante la aparente contradicción, en este punto, de los criterios seguidos por el Abogado del Estado consultante y el Abogado del Estado-Asesor de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián, el primero de ellos se dirige a este Centro Directivo, de acuerdo con lo establecido en la disposición l.g) de la Instrucción 2/2003, a fin de que fije la interpretación correcta sobre el particular.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Esta Abogacía General del Estado adelanta que comparte el criterio 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, según el cual, en los procedimientos de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados a terceros con ocasión o por consecuencia de los servicios prestados por las Autoridades Portuarias, serán los propios órganos de estas entidades los que tramiten, informen y resuelvan la reclamación pertinente, sin intervención preceptiva del Consejo de Estado. En los casos en que las Autoridades Portuarias interesasen, a través del Ministerio de Fomento, el dictamen del Consejo de Estado, la resolución definitiva seguiría correspondiendo a las Autoridades Portuarias. Todo ello de acuerdo con el parecer del Consejo de Estado, puesto de manifiesto en su dictamen nº 3195/2000, de 15 de marzo de 2001, cuyas conclusiones este Centro Directivo hace suyas.

En línea con el contenido de ese dictamen, se debe tener presente, en primer término, como se indica en el informe remitido, el tenor literal del artículo 65 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, donde, con evidente claridad, se vino a precisar la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial que deben sustanciarse por determinadas Entidades Públicas, entre las que se encuentran las Autoridades Portuarias.

En efecto, el precepto citado dispone textualmente que “corresponde a los Consejos de Administración de las entidades públicas Autoridades Portuarias, Aeropuertos Nacionales y de Navegación Aérea (AENA), Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias (GIF), Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (RENFE) y Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE), resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial a que se refiere el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, completándose en este sentido sus respectivas normas de creación”.

Por su parte, el artículo 142 de la Ley 30/1992 establece que “los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo, el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone, o por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. Cuando su norma de creación así lo determine, la reclamación se resolverá por los órganos a los que corresponda de las Entidades de Derecho Público a que se refiere el artículo 2.2 de esta Ley.” Como se ha observado, el artículo 65 de la Ley 14/2000 ha completado con una norma de rango legal las respectivas normas de creación de las entidades que cita y a las que se refiere genéricamente el artículo 142, atribuyendo directamente la competencia para resolver estos procedimientos de responsabilidad patrimonial a los Consejos de Administración de las entidades públicas que se mencionan en el precepto legal primeramente citado.

Pues bien, como se indica en el informe, el Consejo de Estado, en su dictamen nº 3195/2000, de 15 de marzo de 2001, aprobado sólo unos meses después de la entrada en vigor del artículo 65 de la Ley 14/2000, tuvo oportunidad de analizar el carácter preceptivo o no de su intervención en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, tanto de carácter contractual como extracontractual, cuando la petición de indemnización debía sustanciarse por el extinto Ente Público Gestor de Infraestructuras Ferroviarias que, como se ha visto, era una de las entidades expresamente mencionadas en el artículo 65 de la citada Ley 14/2000.

En el repetido dictamen nº 3195/2000 se comienza haciendo referencia, precisamente, al dictamen 1017/1999, de 14 de octubre, relativo a la consulta formulada por el Ministerio de Fomento en relación con la competencia para resolver las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asuntos de competencia de las Autoridades Portuarias y que sirvió de base al Abogado del Estado-Asesor de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián para entender, en su informe de 2 de mayo de 2002, que las reclamaciones en concepto de responsabilidad patrimonial extracontractual dirigidas a las Autoridades Portuarias en mérito de la ejecución de determinadas obras de competencia de la misma que, supuestamente, ocasionaron unos daños, debían ser resueltas por el Ministro de Fomento.

En dicho dictamen se distinguía según se tratase o no del ejercicio de potestades administrativas. En el primer caso se atribuía la competencia al Ministro de Fomento, mientras que en el segundo se atribuía a las Autoridades Portuarias.

La situación, como se encarga de recordar el Consejo de Estado en su dictamen nº 3195/2000, cambia a raíz de la aprobación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, cuyo artículo 65 atribuye de forma clara y rotunda, sin distinguir entre el ejercicio o no de potestades administrativas, la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los Consejos de Administración de las entidades que indica, entre las que se encuentran el extinto GIF y las Autoridades Portuarias. Dicho precepto no fue tenido en cuenta en su informe por el Abogado del Estado-Asesor de la Autoridad Portuaria de Ferrol-San Ciprián, así como tampoco el dictamen del Consejo de Estado nº 3195/2000, de 15 de marzo de 2001.

En ese último dictamen se modifica el criterio expuesto en el anterior dictamen nº 1017/1999, a la vista de la regla establecida en el artículo 65 de la Ley 14/2000 y, en definitiva, de la atribución a los Consejos de Administración de las entidades que menciona de la competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

De acuerdo con ello, se considera que la sustanciación de la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados del funcionamiento de las actividades y servicios prestados por tales entidades debe dilucidarse a través de un procedimiento cuya tramitación y resolución corresponde a los órganos rectores de la entidad, no siendo preceptivo el dictamen del Consejo de Estado. El Consejo de Administración –en este caso de la respectiva Autoridad Portuaria– sería, por tanto, el órgano competente para resolver la reclamación, sin intervención del Alto Cuerpo Consultivo.

En el propio dictamen nº 3195/2000, extensivo también a las Autoridades Portuarias, se indica que la conclusión anterior no impide que la entidad pueda dirigirse al Ministro titular del Departamento del que depende y al que está vinculado, en este caso, al Ministro de Fomento (artículo 35.3 de la Ley 27/1992, de 27 de noviembre, de Puertos y de la Marina Mercante y disposición adicional decimoquinta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general), al ser éste el órgano legitimado, para que formule al Consejo de Estado las consultas que tuviere por convenientes al amparo del artículo 24 (hoy 25, tras la reenumeración derivada del artículo único de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre) de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, reguladora de este Cuerpo Consultivo.

Aunque el Consejo de Estado no llegue a precisar este extremo, en este último caso, tras emitirse, a petición del Ministro de Fomento, el dictamen facultativo en cuestión, los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias, de acuerdo, una vez más, con el artículo 65 de la Ley 14/2000, seguirán siendo competentes para resolver la reclamación.

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 conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y teniendo en cuenta las conclusiones del dictamen del Consejo de Estado nº 3195/2000, extrapolables plenamente a las Autoridades Portuarias, en los procedimientos de responsabilidad extracontractual tramitados por estas entidades no es preceptivo el dictamen del Alto Cuerpo Consultivo, correspondiendo la tramitación y resolución de dichos procedimientos a las Autoridades Portuarias.

Segunda.- En el caso de que las Autoridades Portuarias interesasen del Ministro de Fomento, único órgano legitimado al efecto, la formulación de consulta al Consejo de Estado, consulta que no tendría carácter preceptivo, la competencia para resolver, una vez evacuada la consulta, seguiría correspondiendo a las Autoridades Portuarias

52.- Informe sobre responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por incumplimiento del Derecho Comunitario por no haber podido beneficiarse la entidad reclamante de las bonificaciones de las tasas portuarias del buque y de los servicios generales.

Resumen

Consulta sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho Comunitario, por el hecho de no haber podido beneficiarse la entidad reclamante de las bonificaciones de las tasas portuarias del buque y de servicios generales, recogidas en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, al haber efectuado aquélla tráficos con Estados no miembros de la Unión Europea. La reclamación se fundamenta en la sentencia del TJUE de 4 de febrero de 2010 cuyo fallo declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Reglamento CEE 4055/86, al mantener en vigor diversos artículos de la Ley 48/2003, que establecen un sistema de bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias.

Análisis de los presupuestos para la exigencia de esa responsabilidad de acuerdo con la doctrina del TJUE. Necesidad, en todo caso, de que haya una lesión resarcible. Inexistencia. Sólo cabría hablar de tal si el tráfico que el reclamante desarrolla se hubiera visto mermado como consecuencia de que las mercancías o pasajeros se hubieran desviado a otros tráficos por las bonificaciones que se aplican a estos últimos.

Ref.: A.G.ENTES PÚBLICOS 82/11(R- 965/11)

Fecha: 29 de julio 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 responsabilidad patrimonial del Estado legislador por incumplimiento del Derecho Comunitario, formulada por X, S.A.

La reclamación de responsabilidad patrimonial tiene por base el hecho de no haber podido beneficiarse la entidad reclamante de las bonificaciones de las tasas portuarias del buque y servicios generales, recogidas en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, al haber efectuado aquélla tráficos con Estados no miembros de la Unión Europea.

La entidad reclamante fundamenta jurídicamente su pretensión en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 4 de febrero de 2010, en cuyo fallo se declara que "el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 1 del Reglamento (CEE) num. 4055/86, del Consejo de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del principio de libre prestación de servicios al transporte marítimo entre Estados miembros y países terceros, al mantener en vigor los artículos 24, apartado 5, y 27, apartados 1, 2 y 4, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, que establecen un sistema de bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias".

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo informa lo siguiente:

- I -

La responsabilidad patrimonial del Estado legislador es una plasmación concreta del principio de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, principio positivizado al máximo

nivel en el artículo 9.3 de la Constitución y que tiene un valor normativo directo, sirviendo para estructurar, junto con otros principios, todo el sistema jurídico-político de nuestro Estado.

Esta importante declaración sirve de pórtico a la doctrina jurisprudencial que, a lo largo de estos últimos años y con referencia precisa a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario, ha perfilado, de una forma precisa y detallada los requisitos necesarios para que la misma pueda hacerse efectiva, siendo ejemplos concretos y recientes desde ella las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, 17 de septiembre, 13 y 23 de diciembre de 2010.

En la primera de dichas sentencias se afirma sin ambages que el principio de responsabilidad patrimonial, como todo principio general del derecho, cumple la triple función de expresar uno de los fundamentos del orden jurídico, servir de fuente inspiradora del ordenamiento y criterio orientador en su interpretación, así como operar en cuanto fuente supletoria del derecho para los casos de inexistencia o de insuficiencia de la regulación legal, triple funcionalidad que autoriza a afirmar que no hay en nuestro sistema constitucional ámbitos exentos de responsabilidad, estando el Estado obligado a reparar los daños antijurídicos que tengan su origen en la actividad de los poderes públicos, sin excepción alguna.

En el ámbito de la Unión Europea ha sido el propio TJUE, a partir de su sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifachi, el que ha establecido el principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho Comunitario, al indicar “que el Derecho Comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho Comunitario que les sean imputable”, principio que se fundamenta en el hecho de que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del Derecho Comunitario imputable a un Estado miembro.

Añade esta sentencia que la obligación de los Estados miembros de reparar dichos daños se basa también en el artículo 5 del Tratado, en virtud del cual los Estados miembros deben adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho Comunitario. Entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho Comunitario.

Tal planteamiento es válido ya se trate de normas invocables o no directamente por los ciudadanos ante los Tribunales, como se precisó por el Tribunal en sentencia de 5 de marzo de 1996, “Brasserie du Pêcheur y Factortame”, señalando que “así sucede también en el caso de lesión de un derecho directamente conferido por una norma comunitaria que los justiciables tienen precisamente derecho a invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales” y añadiendo, como fundamento de ello, que “en este supuesto, el derecho a reparación constituye el corolario necesario del efecto directo reconocido a las disposiciones comunitarias cuya infracción ha dado lugar al daño causado”

Por lo demás, el propio TJUE justifica la elaboración de este régimen de responsabilidad, señalando en dicha sentencia que, a falta de disposiciones en el Tratado que regulen de forma expresa y precisa las consecuencias de las infracciones del Derecho Comunitario por parte de los Estados miembros, corresponde al Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la misión que le confiere el artículo 164 del Tratado, consistente en garantizar la observancia del Derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado, pronunciarse sobre tal cuestión según los métodos de interpretación generalmente admitidos, recurriendo, en particular, a los principios fundamentales del sistema jurídico comunitario y, en su caso, a principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

El principio de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, así establecido expresamente en el artículo 215 del Tratado, no es sino una expresión del principio general conocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros conforme al cual una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el perjuicio causado. Esta disposición pone de manifiesto también la obligación de los poderes públicos de indemnizar los daños causados en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad del Estado miembro se produce y es exigible por la vulneración del Derecho Comunitario con independencia del órgano del Estado autor de la acción u omisión causante del incumplimiento, incluso en los casos en los que lo haya sido un legislador nacional, como ha establecido el TJUE en la citada sentencia de 5 de marzo de 1996 , *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, al señalar que “el principio conforme al cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho Comunitario que les sean imputables es aplicable cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional”.

En tal sentido, señala el TJUE en la sentencia de 4 de julio de 2000, *Haim II*, recogiendo la doctrina establecida en la sentencia de 1 de junio de 1999, que incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho Comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuere aquélla a la que, con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación.

Por tanto, los Estados miembros no pueden liberarse de la mencionada responsabilidad ni invocando el reparto interno de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno ni alegando que la autoridad pública autora de la violación del Derecho Comunitario no disponía de las competencias, conocimientos o medios necesarios.

- II -

Hechas estas consideraciones generales acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por vulneración del Derecho Comunitario, es preciso analizar, en primer término, los aspectos formales de la reclamación presentada, comenzando por el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad que no es otro que el de un año contado, en este caso, desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la sentencia del TJUE de 4 de febrero de 2010 declarando el incumplimiento de las obligaciones que incumben al Reino de España en relación con la normativa reguladora de las bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias, contenida en la Ley 48/2003, ya que es a partir del momento de la publicación de dicha sentencia cuando se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción con arreglo a la doctrina de la *actio nata* o nacimiento de la acción, aplicando supletoriamente, lo cual ha sido ya admitido por el Tribunal Supremo (sentencia de 13 de junio de 2000), el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). Es, por tanto, la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la citada sentencia del TJUE de 4 de febrero de 2010, lo que tuvo lugar el 27 de marzo siguiente, la que determina el inicio del citado plazo específicamente establecido por la LRJ-PAC para la reclamación por responsabilidad patrimonial dirigida a las Administraciones Públicas.

Pues bien, habida cuenta de que la publicación de la repetida sentencia tuvo lugar el 27 de marzo de 2010, la reclamación se ha presentado dentro del plazo establecido en la LRJ-PAC.

- III -

Antes de hacer referencia los presupuestos para la exigencia de responsabilidad por vulneración del Derecho Comunitario y dado que lo que se está reclamando es la diferencia de cuotas de las tasas portuarias entre la cantidad satisfecha y la que se hubiera exigido si se hubiese aplicado la bonificación prevista en los artículos 24, apartado 5, y 27, apartados 1,2 y 4, de la Ley 48/2003, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2004 (fecha de entrada en vigor de la Ley 48/2003 –disposición final quinta–) y el 1 de enero de 2011 (fecha de entrada en vigor de la Ley 33/2010, de 5 de agosto –disposición final sexta–), es decir, un periodo de siete años en el que se giraron todas las liquidaciones de las tasas, sin que por parte de las empresas se formulara en su momento recurso alguno, siendo firmes ya, por tanto, todas las liquidaciones tributarias, se suscita la duda de si para el éxito de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador es necesario que los actos administrativos de liquidación hayan sido judicialmente impugnados.

Pues bien, aunque en un primer momento, el Tribunal Supremo (sentencias de 29 de enero de 2004 y 24 de mayo de 2005) entendió, en relación con las normas de contenido tributario, que la falta de impugnación, administrativa y judicial, del acto aplicativo de la norma contraria al Derecho Comunitario rompía el nexo causal exigido por la propia jurisprudencia comunitaria para la declaración de responsabilidad patrimonial (ruptura que no se admitía en los casos de aplicación de leyes inconstitucionales, en los que no era preciso el agotamiento de los recursos administrativos y jurisdiccionales para el ejercicio de la acción de responsabilidad), más adelante y teniendo presente la respuesta prejudicial del TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2010, de la que se hacen eco las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre, 13 y 23 diciembre del mismo año, consideró que no constituye obstáculo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho Comunitario que el perjudicado no hubiese impugnado en su momento las liquidaciones tributarias.

Al hilo de lo expuesto, y teniendo en cuenta el ámbito temporal de la reclamación, que abarca siete años (desde el 1 de enero de 2004 al 1 de enero de 2011), es necesario determinar si existe algún límite temporal en cuanto al contenido de la acción de responsabilidad, como podría ser, tratándose de un tributo, el plazo general de prescripción de cuatro años. Pues bien, aunque esa limitación temporal existe cuando se trata del ejercicio de una acción revisoria (artículo 106 de la LRJ-PAC, aplicable también en el campo tributario –sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1994 y 23 de octubre de 2000–) y, por supuesto, si se trata de una reclamación de devolución de ingresos indebidos (artículo 66, apartado d), de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), el Tribunal Supremo en una primera sentencia de 13 de junio de 2000, cuya doctrina ha sido reiterada en las sentencias de 17 de septiembre, 13 y 23 de diciembre de 2010, ha tenido oportunidad de señalar que el deber de soportar el daño causado por una norma legal contraria al Derecho Comunitario, “..no puede tampoco deducirse del hecho de que puedan o no haber transcurrido los plazos de prescripción establecidos para el derecho a reclamar los ingresos indebidos o para el ejercicio de las acciones encaminadas a lograr la nulidad del acto tributario de liquidación “ (Sentencia de 13 de junio de 2000).

A mayor abundamiento, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2010 (fundamento jurídico undécimo), en la que se enjuiciaba una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, formulada en el año 2006, por razón del IVA soportado en los ejercicios 2000 y 2001, fuera, por tanto, del plazo de prescripción, se declara que, “..la prescripción de la acción debe rechazarse, pues el acto impugnado es el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2006 por el que se desestima la solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en razón de la vulneración del Derecho Comunitario por la Ley 37/1992, no estando, por lo tanto, ante una reclamación de devolución de ingresos indebidos.”

- IV -

Entrando ya en la cuestión de fondo, y con independencia de los requisitos a cuya concurrencia el Derecho Comunitario supedita el reconocimiento del derecho a la indemnización –que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada, y, por último, que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido–, conviene recordar que la responsabilidad patrimonial de la Administración se concibe como institución que viene a tutelar la integridad patrimonial de los administrados frente a los daños causados por los poderes públicos en el ejercicio de las actividades que les son propias, atendiendo a la reparación de las lesiones producidas a aquéllos en sus bienes y derechos, al margen de la potestad expropiatoria.

Se configura así como presupuesto básico del nacimiento de tal responsabilidad la existencia de una lesión o detrimento en el patrimonio del particular o, como dice la sentencia de 25 de noviembre de 1995, “la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”. En todo caso se ha de tratar de un daño real y efectivo (sentencias de 16 de febrero de 1998, 16 de octubre de 1995).

Así lo exige con carácter general el artículo 139.2 de la LRJ-PAC, disponiendo que el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado. También resulta del número 3 del mismo precepto en relación con la responsabilidad patrimonial por la aplicación de actos legislativos, que aquí se invoca, pues, si bien no hace referencia expresamente al daño, resulta implícito en el término indemnización, que según el diccionario de la Real Academia, no es otra cosa que el resarcimiento de un daño o perjuicio.

Las anteriores consideraciones están tomadas de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2008, cuya doctrina se reitera en numerosas resoluciones posteriores, dictadas en un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños causados por aplicación del artículo 70, apartados 1 y 2, de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, declarado inconstitucional por las sentencias del Tribunal Constitucional nos 102/2005 y 121/2005.

Dicho lo anterior, la reclamante entiende que la lesión o perjuicio sufrido consiste en la bonificación que no se le ha aplicado o, lo que es lo mismo, considera que la ventaja o beneficio de que ha estado gozando el tráfico interno, con bonificaciones del 50% y, en menor medida, el intracomunitario, con bonificaciones del 20%, y que han sido declaradas contrarias al Derecho Comunitario por la sentencia del TJUE de 4 de febrero de 2010, no ha sido aplicada al tráfico que él realiza que no es otro que el tráfico entre Estados miembros de la Unión Europea y terceros países, generándose, en su opinión, una evidente desigualdad y diferencia de precios entre los mismos servicios, siendo ésta la causa directa del daño.

Pues bien, para demostrar que la reclamante no ha sufrido lesión o perjuicio alguno, exigencia básica para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, es conveniente aclarar algunos conceptos que se utilizan en la reclamación y en la normativa reguladora del régimen económico del sistema portuario, ante la posibilidad de utilizarse en un sentido erróneo que induzca a extraer conclusiones contrarias a la realidad de la actividad que se desarrolla en los puertos.

En primer lugar, hay que explicar lo que se entiende por “tráfico” cuando en la reclamación se utiliza esa expresión. Cuando se alude de un determinado tráfico portuario, se está haciendo referencia al transporte que se desarrolla entre dos puertos determinados, de modo que cuando se habla de la bonificación aplicada al tráfico con un determinado puerto, se está haciendo referencia al transporte que se realiza desde el puerto de origen al puerto de destino de que se trate.

Así, cuando se pretende que se extienda al tráfico realizado por la reclamante una bonificación que se ha aplicado a un determinado tráfico, se está solicitando en realidad que se extienda a su tráfico una bonificación que se ha aplicado al transporte que se desarrolla entre dos puertos distintos de los que él utiliza para desarrollar su actividad mercantil. Así, por ejemplo, la peticionaria realiza un tráfico entre el puerto de Barcelona y un puerto Túnez, y pretende que se le aplique la bonificación que la Ley 48/2003 estableció para el tráfico entre la península y Ceuta. Se trata de transportes distintos y no cabe imaginar que la aplicación de una bonificación de una tasa portuaria va a determinar que el tráfico con origen en Barcelona y destino a Túnez se va a desviar a Ceuta para poder obtener dicha bonificación.

A lo anterior debe añadirse que, como se puede suponer, las tasas portuarias son una parte muy reducida del coste del transporte de una mercancía entre dos puntos de tierra, que ha de pasar por un tramo marítimo. Los otros costes de dicho transporte, tanto portuarios, como son los de los servicios portuarios (practicaje, remolque, amarre, embarque y desembarque de personas y mercancías), como los no portuarios (personal, combustible, amortización de maquinaria terrestre y marítima, incluidos los propios camiones y buques necesarios, etc.) son muy superiores a los costes de las tarifas portuarias que pagan los buques al atracar en los puertos, por lo que es difícil imaginar que un transporte pueda cambiar su itinerario como consecuencia de las tasas portuarias, salvo que el punto de destino final de las mercancías se halle a una distancia similar de dos puertos distintos y éstos pudieran gozar de distinta bonificación. Pero para que la empresa que desarrolla el transporte a través de un determinado puerto se plantee la posibilidad de modificar el itinerario pasando por otro puerto alternativo, es necesario que el incremento que experimenten los otros costes (del transporte marítimo, del terrestre o de ambos) como consecuencia del desvío, sea inferior al importe que se reduce en las tasas portuarias por la bonificación que se disfruta en el puerto alternativo.

En consecuencia, solo cabría imaginar el desvío de tráficos en los casos en los que el destino de las mercancías se halle, como se ha dicho, a una distancia similar a dos posibles puertos: es evidente que una mercancía con origen en la península y destinada a Italia no va a ir a Ceuta, por muy altas que sean las bonificaciones de las tasas portuarias que se aplican a este destino.

Cabe afirmar también que las mercancías tienen su origen donde se producen o elaboran y su destino donde se consumen o se utilizan, y no puede admitirse que puedan cambiar sus orígenes o sus destinos como consecuencia de las tasas portuarias que paguen en los puertos por los que hayan de pasar en su transporte, argumentación que es trasladable al transporte de pasajeros.

Teniendo en cuenta lo expresado en los párrafos anteriores, hay que aclarar que, cuando el reclamante está solicitando que se le resarza el perjuicio padecido por no haber disfrutado de unas determinadas bonificaciones, las aplicables al tráfico interno y, en menor medida, al tráfico intracomunitario, está solicitando que se le resarza el perjuicio padecido por no haber disfrutado de unas determinadas bonificaciones, en realidad se están refiriendo a lo siguiente:

La entidad reclamante está realizando un transporte marítimo entre dos puertos determinados, por ejemplo y siguiendo con el citado anteriormente, entre el Puerto de Alicante y el Puerto de Orán (Argelia). Pues bien, cuando está reclamando la bonificación que se establecía en la Ley 48/2003 para el tráfico interno con Ceuta, está pidiendo que se extienda a su tráfico una bonificación que se aplicaba a otro tráfico distinto al que él desarrolla; dicho en otros términos, que el perjuicio que ha sufrido el peticionario, según su razonamiento, es no haber tenido en su tráfico las bonificaciones que se han aplicado a otros tráficos en los que él no participa y entre los que no existe competencia, es decir, se pretende considerar como perjuicio propio el beneficio obtenido por otras empresas de transporte marítimo en otras circunstancias absolutamente distintas.

Desde la perspectiva en que se está analizando el presupuesto base de la responsabilidad patrimonial, no cabe entender que ha sufrido un perjuicio quien, en la actividad que

desarrolla, no ha obtenido una bonificación que sí han obtenido otros que desarrollan otra actividad distinta o, al menos, una actividad que se desarrolla en circunstancias distintas. Sólo cabría hablar de un perjuicio si el tráfico que el reclamante desarrolla se hubiera visto mermado como consecuencia de que las mercancías o pasajeros se hubieran desviado a otros tráficos por las bonificaciones que se aplican a éstos últimos, lo que, como se ha explicado, parece que es prácticamente imposible salvo en los casos en los que se dieran esas circunstancias que se han citado.

Por otra parte, la reclamante pide que se extiendan las bonificaciones que se han aplicado a tráficos distintos a los que él desarrolla, alegando que esas bonificaciones han sido declaradas contrarias al Derecho Comunitario por el TJUE en su sentencia de 4 de febrero de 2010; dicho en otros términos, unas determinadas bonificaciones aplicables a las tasas portuarias en unos concretos tráficos que han sido declaradas contrarias al Derecho Comunitario y que, en consecuencia, han debido eliminarse del ordenamiento español (lo que se ha hecho con la Ley 33/2010, de 5 de agosto) son las que pretende el reclamante que se le apliquen. Pues bien, no parece que sea acorde con el restablecimiento de la legalidad aplicar las bonificaciones eliminadas del ordenamiento jurídico español (por ser contrarias al Derecho Comunitario) a los que no han podido disfrutarlas por desarrollar tráficos distintos a los bonificados; en suma, resulta incoherente admitir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador con fundamento en el hecho de no haber podido disfrutar de unas exenciones o bonificaciones fiscales ilícitas, en razón de que su establecimiento en la Ley 48/2003 resultaba contrario al Derecho Comunitario.

Sentado lo anterior, procede hacer referencia a que las tasas portuarias que ha satisfecho la reclamante por las operaciones portuarias realizadas en su actividad de transporte de mercancías y pasajeros han sido trasladadas a sus clientes en el precio que ha cobrado por el transporte realizado.

Los navieros u operadores que explotan los buques que realizan la actividad de transporte marítimo efectúan el análisis financiero de su actividad teniendo en consideración la totalidad de los costes en que incurren para desarrollar su actividad de transporte marítimo. Entre ellos se hallan, necesariamente, aunque con una importancia relativa menor, las tasas portuarias; pues bien, éstas, al igual que los demás costes son trasladadas a los clientes.

En consecuencia, la extensión de las bonificaciones que se han aplicado a otros tráficos a los que no han disfrutado de las mismas, además de su improcedencia, según lo indicado lo anteriormente, supondría para la reclamante no el resarcimiento de un perjuicio, sino la obtención de un beneficio adicional a los ya obtenidos por el desarrollo ordinario de su actividad y, en definitiva, un enriquecimiento injusto.

Por último, el reclamante solicita que se le aplique la bonificación máxima prevista en el artículo 27 de la Ley 48/2003 cuando, como reza el precepto, para la aplicación de las mismas en ese porcentaje es necesario siempre el cumplimiento de determinadas condiciones, cuya concurrencia en absoluto se acredita por la entidad reclamante.

Debe, pues, concluirse, a la vista de las consideraciones precedentemente expuestas, en que no cabe apreciar la existencia de un daño real y efectivo, por lo que procede la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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

CONCLUSIÓN

Por razón de las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico IV del presente informe no cabe apreciar la existencia de un daño real y efectivo, procediendo, en consecuencia, la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

53.- Informe sobre responsabilidad patrimonial de la Autoridad Portuaria formulada por la sucesora de la antigua Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba a consecuencia de las deudas que se ocasionaron a esta última por actuaciones de la Autoridad Portuaria, accionista mayoritario de la Sociedad.

Resumen

Consulta sobre reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la sucesora de la antigua Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba de Las Palmas por las deudas derivadas del mal funcionamiento de esta última a consecuencia de actuaciones de la Autoridad Portuaria de Las Palmas como accionista mayoritario.

El volumen total de los gastos y costes, con carácter salarial y no salarial, de los trabajadores portuarios de la plantilla de la sociedad, es cubierto exclusivamente con los ingresos procedentes de las cuotas a abonar por las empresas estibadoras por la utilización de los servicios de dicho personal. La forma en que los accionistas empresas estibadoras, perjudicadas por las decisiones que la Autoridad Portuaria conseguía imponer en el seno del Consejo de Administración, es la prevista para la impugnación de acuerdos sociales en la legislación de sociedades de capital y no de la responsabilidad patrimonial - ex artículo 139 y ss de la Ley 30/1992. Falta de título de imputación de la Autoridad Portuaria cuando el daño, de existir, sería imputable a la propia Sociedad Estatal. En todo caso, tanto SESTIBA como los accionistas empresas estibadoras tienen el deber jurídico de soportar el daño producido (artículo 141.1 de la Ley 30/1992). En el peor de los casos, la reclamación sería extemporánea por el transcurso del plazo de prescripción del año del artículo 142.5 de la Ley 30/1992.

Ref.: A.G.ENTES PÚBLICOS 75/12 (R- 557/12)

Fecha: 29 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 las reclamaciones por responsabilidad patrimonial formuladas frente a la Autoridad Portuaria de Las Palmas por parte de la Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios del Puerto de La Luz y de Las Palmas, como sucesora en los derechos y obligaciones de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de la Luz y de Las Palmas, y por parte de la sociedad X,S.L., pretendiendo responsabilizar a dicha Autoridad Portuaria de las deudas en las que la actual Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios ha sucedido a la extinta Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba.

En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

La Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de la Luz y de Las Palmas S.A. (en lo sucesivo SESTIBA), se constituyó mediante escritura pública el 20 de abril de 1987, cumpliendo con las previsiones contenidas en el Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, cuya disposición adicional segunda obligaba a las sociedades estatales reguladas en el propio Real Decreto-ley a constituirse en el plazo máximo de los doce meses siguientes a la entrada en vigor del mismo.

El artículo 1 del Real Decreto-ley 2/1986 disponía que las actividades de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general constituyen un servicio público esencial de titularidad estatal. Dicho servicio deberá ser gestionado por personas naturales o jurídicas, sin perjuicio de las funciones que dicho Real Decreto-ley atribuye a las sociedades estatales.

A las sociedades estatales se refería el artículo 7, según el cual “en cada puerto incluido en el ámbito de esta norma, se constituirá una Sociedad estatal, como Sociedad Anónima de acuerdo con lo previsto en el artículo 6.1.a) de la Ley General Presupuestaria. Dichas Sociedades tendrán por objeto asegurar la profesionalidad de los trabajadores que desarrollen actividades portuarias y la regularidad en la prestación de servicios en tales actividades, a cuyo fin contratarán en el ámbito de la relación laboral especial de estibadores portuarios a aquellos trabajadores necesarios para el desarrollo de tales tareas, de acuerdo con lo previsto en los títulos IV y V de este Real Decreto –Ley”.

El mismo artículo 7 añadía que “la participación del Estado en el capital de dichas Sociedades será superior al 50 por 100 del mismo, consistiendo su aportación inicial en el patrimonio neto perteneciente en la actualidad al Organismo autónomo Organización de Trabajos Portuarios (OTP), una vez que se cumplan las previsiones contenidas en la disposición transitoria primera de la presente norma”.

Por su parte, el artículo 8 del Decreto- Ley establecía que “cada Sociedad se financiará con la aportación inicial que fijen sus Estatutos para las Empresas que inicialmente la constituyen o se incorporen con posterioridad, así como con las cuotas mensuales de las Empresas, determinadas de forma individualizada para cada una de ellas en proporción a la utilización de los servicios del personal perteneciente a la plantilla de la Sociedad El importe de dichas cuotas se revisará en los términos previstos en los Estatutos. La extinción del contrato de gestión del servicio público de alguno de los socios, por cualquier motivo, dará lugar a la adquisición forzosa de sus acciones por los restantes, excluido el Estado, proporcionalmente a la parte de capital que tenga cada uno de los que permanecen (...)”.

Pues bien, la aportación inicial y única realizada por el Estado al capital de la sociedad fue de 30.000.000 de pesetas (30.000 acciones de 1.000 pesetas cada una), equivalente al 51% del capital social de la entidad (59.000.000 de pesetas), siendo suscrito el 49 % restante por las empresas estibadoras en distintas cuantías, teniendo en cuenta los criterios objetivos contenidos en el artículo 5 del Decreto Ley, como se encarga de señalar el artículo 39 de los Estatutos. Así resulta de la escritura de constitución de SESTIBA de 20 de abril de 1987, del acta de entrega de ese metálico suscrita por el Director General del Patrimonio del Estado y el Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y de la certificación expedida por el Secretario de la sociedad acreditada de la suscripción y desembolso por el Estado español de 30.000 acciones de 1000 pesetas de valor nominal cada una.

La participación del Estado, cifrada, como se ha dicho en el 51%, tiene su contravalor en la aportación inicial y única indicada de 30 millones de pesetas debiendo subrarse, en todo caso, su posición institucional, a través de la Autoridad Portuaria, en la toma de decisiones de la sociedad, como garante en la prestación correcta del servicio público esencial de estiba y desestiba de titularidad estatal.

Ahora bien, la peculiaridad de este tipo de sociedades se pone de manifiesto en la financiación de sus actividades pues, como se ha visto, la sociedad se financia con la aportación inicial que fijen sus Estatutos “para las empresas que inicialmente la constituyen o se incorporen con posterioridad” (artículo 8 del Real Decreto- ley), es decir, con la aportación que hagan exclusivamente las empresas, concretada jurídicamente en un 49% del capital social, equivalente a 29.000.000 pesetas (no, por tanto, con la aportación inicial del Estado) y, lo cual es fundamental, con las cuotas mensuales de las Empresas determinadas de forma individualizada para cada una de ellas en proporción a la utilización de los servicios de personal perteneciente a la plantilla de la sociedad.

Los Estatutos de la sociedad son totalmente consecuentes con esa previsión legal. Así el artículo 41 dispone que “el importe total de las cuotas a abonar por los socios deberá ser suficiente para mantener el equilibrio financiero de la Sociedad”.

Mucho más claro todavía es el artículo 42 de los Estatutos al establecer que:

“El volumen total de los gastos y costes, con carácter salarial y no salarial, de los trabajadores portuarios de la plantilla de la Sociedad, será cubierto exclusivamente con los ingresos procedentes de las cuotas a abonar por las empresas estibadoras por la utilización de los servicios de dicho personal.

Las cuotas devengadas se remitirán mensualmente a las empresas en función del volumen de utilización de tales servicios atendiendo a las tarifas fijadas por la prestación de servicios (...):”

De lo expuesto se deduce que, al margen de la posición institucional de la Autoridad Portuaria como accionista mayoritario, la financiación de la sociedad, a lo largo de todos estos años, desde la aportación inicial dineraria realizada por las empresas estibadoras siguiendo por la cuotas mensuales que han venido abonando a la sociedad, ha corrido siempre a cargo de dichas empresas estibadoras. La Autoridad Portuaria de Las Palmas, como socio o accionista de la sociedad estatal, no operaba en el seno de la misma como una empresa estibadora, ni aportaba, por tanto, cuota alguna, sino que su participación, que se ha denominado institucional, tenía por finalidad garantizar que se realizara el objeto social de la sociedad.

Aunque pueda admitirse que la Autoridad Portuaria como socio mayoritario institucional haya podido imponer a la sociedad, en el seno del Consejo de Administración determinadas decisiones perjudiciales para la misma, como puede ser la sobrecontratación de personal o la no actualización de las tarifas máximas del servicio de costes de la actividad, las únicas perjudicadas por esas decisiones del órgano social de administración eran las empresas estibadoras, accionistas de la entidad y que, de acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto-ley y los artículos 41 y 42 de los Estatutos, son las únicas que tenían que hacer frente, con las cuotas mensuales, a los gastos salariales y no salariales (el déficit y la cantidad reclamada tiene su origen en estos gastos) derivados de la utilización de los servicios de los trabajadores portuarios de la plantilla de la sociedad.

Dicho lo anterior, debe determinarse la forma en que los accionistas (empresas estibadoras), perjudicados por las decisiones que la Autoridad Portuaria, socio institucional mayoritario, conseguía imponer en el seno del Consejo de Administración de la sociedad estatal, podían reaccionar contra esas decisiones.

Pues bien, esa forma no era otra que la prevista para la impugnación de los acuerdos sociales en la legislación reguladora de las sociedades de capital (artículos 115 y ss y 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (TRLSA) –hoy 204 y ss y 251 y ss del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio TRLSC–), a la que, no se olvide, se remite el artículo 1 de los Estatutos y que resulta plenamente aplicable en este caso.

- II -

Este régimen especial de impugnación de los acuerdos sociales no es algo ajeno al ámbito portuario. En efecto, aunque SESTIBA optó en su momento por no transformarse en Agrupación Portuaria de Interés Económico, la disposición adicional sexta de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general admitía que los acuerdos de la asamblea de socios o del Consejo de Administración de esas Agrupaciones que resultaren contrarios a la Ley, atentaren contra la libre competencia, se opusieren a la escritura de constitución, o lesionaren en beneficio de uno o varios socios, o de terceros, los intereses de la Agrupación podrían ser impugnados de acuerdo con las previsiones del TRLSA. De igual forma, el artículo 136 de la Ley 48/2003, incorporado a dicho texto legal por el artículo cuarto de la Ley 33/2010, relativo al nuevo Régimen de Gestión de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y que crea la “Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios” (SAGEP), hace extensiva la posibilidad de impugnación tanto a los acuerdos de la Junta General de Accionistas como del Consejo de Administración.

En efecto, tanto el antiguo TRLSA como el actual TRLCSP regulan la impugnación de los acuerdos de la Junta de Accionistas y del Consejo de Administración que sean contrarios a la ley (actos nulos), se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros (actos anulables), estableciendo para ello unos plazos de caducidad de un año y de cuarenta días respectivamente, los de la junta, y de treinta días los del consejo, desde la fecha de adopción del acuerdo respectivo.

Comenzando por la impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración, a los que la entidades imputan los perjuicios ocasionados, la legitimación para su impugnación correspondería a los administradores (entre los que se encuentran los representantes de las empresas estibadoras) y a los accionistas que representaren un cinco por ciento del capital social. Este y no el ahora iniciado por la SAGEP, como sucesora de los derechos y obligaciones de SESTIBA, es la vía que debía haberse seguido para dejar sin efecto las decisiones del Consejo de Administración de SESTIBA perjudiciales para la misma. Es evidente que SAGEP, como sucesora de SESTIBA, no puede suplantar la legitimación exclusiva para impugnar esos acuerdos que corresponde a los administradores y a los accionistas que representan un determinado porcentaje de capital social.

En cuanto a los acuerdos de la Junta de Accionistas, teniendo en cuenta que la infraestructuración denunciada e "impuesta" por la Autoridad Portuaria, según las empresas estibadoras accionistas, con el consiguiente déficit estructural permanente desde el año 2001, tuvo que tener necesariamente reflejo en las cuentas anuales a aprobadas por la Junta General de Accionistas (es competencia de la misma la aprobación de esas cuentas –artículo 160 a) TRLSC–), lo que procedía era haber impugnado en tiempo y forma ese acuerdo social que lesionaba los intereses de la sociedad (artículos 115 de la TRLSA y 204 TRLSC), siendo ese acuerdo anulable. La legitimación para impugnar dicho acuerdo, en el plazo de caducidad de cuarenta días, contados desde la fecha de la adopción del mismo y si, fuera inscribible, desde la fecha de su publicación en el BORM, correspondía en exclusiva a los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, a los ausentes y a los que hubieran sido ilegítimamente privados del voto así como a los administradores, debiendo dirigirse la acción contra la sociedad. (artículos 116 y 117 TRLSA y 205 y 206 TRLSC).

Pues bien, no hay constancia de que los administradores o accionistas que representasen un cinco por ciento del capital, por un lado, los accionistas (empresas estibadoras) asistentes a la Junta, que hubiesen hecho constar en acta su oposición, los ausentes o los administradores de la sociedad, por otro, formularan en esos plazos de caducidad antes mencionados la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración y de la Junta de Accionistas, por lo que no es posible que ahora pretendan obtener, utilizando para ello como pantalla a la propia sociedad, de la Autoridad Portuaria, como causante del daño, la reparación de los daños y perjuicios causados y que se concretan en la parte de déficit de esa sociedad que entienden que le es imputable.

Al margen de que, a día de hoy, no hay constancia documental alguna de la continua oposición a la adopción de los acuerdos por los accionistas privados y por sus representantes en el órgano de administración de SESTIBA, debe añadirse que no es cierta la afirmación contenida en el escrito de reclamación (página 11) de que "es ahora, cuando se ha verificado la separación de la Autoridad Portuaria, cuando puede ejercitarse la presente reclamación, pues con anterioridad la voluntad societaria ha estado conformada por el accionista mayoritario –Autoridad Portuaria–, sustrayendo a los accionistas privados y a sus representantes en el órgano de administración de la capacidad de decisión," pues, como se ha dicho, partiendo siempre de la premisa de que los gastos salariales o no de los trabajadores portuarios eran cubiertos exclusivamente por los ingresos procedentes de las cuotas abonadas por las empresas estibadoras, en el momento de adopción de los acuerdos oportunos presuntamente perjudiciales para los accionistas distintos de la Autoridad Portuaria y, en todo caso, en el momento de aprobación de las cuentas anuales por la Junta de Accionistas, que, necesariamente, tenían que reflejar ese déficit, los administradores y los accionistas podían haber impugnado los correspondientes acuerdos sociales oportuno sin que haya constancia alguna de que se tomara alguna iniciativa en este sentido.

SESTIBA, que no estaría legitimada, por tanto, para ejercitar esa acción, ya que el perjuicio, de existir, lo habrían sufrido únicamente las empresas estibadoras accionistas de la sociedad, en la proporción oportuna, ejerce una acción de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (tímidamente se alude al artículo 145 de esa Ley) contra una entidad pública como la Autoridad Portuaria de Las Palmas que, presuntamente, ha ocasionado con su proceder un daño a la entidad, daño que ha tenido su plasmación en una serie de acuerdos sociales que se dicen perjudiciales para los accionistas (empresas estibadoras), que son los únicos que, con la aportación inicial y las cuotas mensuales tienen que hacer frente a los gastos y costes de ese personal. Dichos acuerdos tenían que haber sido impugnados y anulados en su momento, restableciendo el equilibrio financiero de la sociedad.

No es posible, por tanto, al hilo de la transformación de la antigua SESTIBA en SAGEP imputar directamente ese daño a la Autoridad Portuaria cuando el mismo ha sido consecuencia de una actuación continua y reiterada de SESTIBA, a lo largo de varios años y con el oportuno reflejo en los acuerdos del Consejo de Administración y de la Junta General de Accionistas aprobatorios de las cuentas generales, que no fueron impugnados en momento alguno por los accionistas perjudicados por los mismos (las empresas estibadoras).

- III -

Si se examina la reclamación formulada desde el prisma de la responsabilidad patrimonial de un ente público –la Autoridad Portuaria de Las Palmas–, como entienden las reclamantes mediante la referencia que en las páginas 13 y 12 de sus respectivos escritos hacen a los presupuestos para la exigencia de esa responsabilidad de los artículos 139 y ss de la Ley 30/1992, la conclusión sería, en primer término, la total improcedencia de la vía iniciada cuando la que corresponde, como se ha venido diciendo, es la de la impugnación de los acuerdos sociales de SESTIBA.

Sobre esa base, faltaría el título de imputación de la Autoridad Portuaria de Las Palmas cuando el daño, de existir, sería imputable a la propia SESTIBA, que adoptó acuerdos sociales presuntamente contrarios a los intereses de los accionistas (empresas estibadoras) y que estos no impugnaron en momento alguno en tiempo y forma por el cauce adecuado.

Tampoco consta en absoluto que los diversos acuerdos adoptados en su día por la Autoridad Portuaria de Las Palmas (los que denegaban la actualización de tarifas, los que otorgaban determinadas bonificaciones a ciertos tráficos con la consiguiente reducción de tarifas portuarias y del coste del servicio de estiba, etc) fueran, en su momento objeto de recurso alguno ni por parte de SESTIBA ni por parte de las empresas estibadoras.

Por consiguiente, los accionistas (empresas estibadoras) que, durante estos años, han consentido la adopción de acuerdos sociales y decisiones administrativas supuestamente perjudiciales para los mismos tienen el deber jurídico de soportar el daño producido (artículo 141.1 de la Ley 30/1992), teniendo en cuenta, además, que, dadas las peculiaridades de las sociedades de estiba y desestiba, la financiación en general de la sociedad, desde la aportación inicial dineraria realizada por las mismas siguiendo por la cuotas mensuales que han venido abonando a la sociedad, ha corrido siempre a cargo de las empresas estibadoras, que, por tanto, tienen que hacer frente, en proporción a la utilización del personal perteneciente a la plantilla, a las deudas derivadas de esa actividad para mantener el equilibrio financiero. De igual forma las citadas empresas tienen que hacer frente al volumen total de gastos y costes salariales o no de los trabajadores portuarios en función del volumen de utilización de los servicios de dicho personal atendiendo a las tarifas fijadas por la prestación de los servicios (artículos 41 y 42 de los Estatutos de la sociedad)

Sobre esa base, no resultaría aplicable en absoluto en el presente caso, el artículo 138 de la Ley 33/2010, 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,” pues esa previsión está pensada, como es obvio, para los

nuevos accionistas de la SAGEP, entre los que no se encuentra la Autoridad Portuaria, accionista institucional de la antigua SESTIBA.

Por otro lado, la reclamación formulada sería claramente extemporánea, al superarse, con claridad, el plazo de prescripción del año desde la producción del efecto lesivo del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, entendiéndose que, de existir, se estaría, según la doctrina jurisprudencial (en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004, citada en la de 20 de junio de 2006 y en la de 18 de julio de 2007, que sigue la estela de las Sentencias de 12 de mayo de 1997, 26 de marzo de 1999, 29 de junio de 2002 y 10 de octubre de 2002), ante daños permanentes, debiendo entenderse por tales aquellos en los que los actos generadores de los mismos (los diversos acuerdos perjudiciales adoptados por el Consejo de Administración y por la Junta de Accionistas de SESTIBA) se agotan en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, a diferencia de los daños continuados que son aquellos que se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, siendo necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo.

En todo caso, aunque el cauce de la reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial de la Autoridad Portuaria —ex artículo 139 y ss de la Ley 30/1992— iniciado, es totalmente inadecuado, debiendo desembocar en la inadmisibilidad y desestimación en todo caso de la misma, a los efectos procedimentales, lo más correcto es tener presente lo prevenido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 423/1993, de 26 de marzo, debiendo indicarse que, transcurridos seis meses desde el inicio del procedimiento (se entiende iniciado en este caso con la presentación de los escritos de reclamación ante la Autoridad Portuaria el 17 de marzo pasado —artículo 6 del Real Decreto 423/1993—), sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización solicitada (artículo 13.3 del Real Decreto 423/1993).

A la vista de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- La financiación de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de la Luz y de Las Palmas se realiza, de acuerdo con el artículo 8 del Real Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, con la aportación inicial que fijan sus Estatutos para las empresas estibadoras que inicialmente la constituyen o se incorporen con posterioridad, así como con las cuotas mensuales de las Empresas, determinadas de forma individualizada para cada una de ellas en proporción a la utilización de los servicios del personal perteneciente a la plantilla de la Sociedad.

Segunda.- De conformidad con los artículos 41 y 42 de los Estatutos de la sociedad, el importe total de las cuotas a abonar por los socios deberá ser suficiente para mantener el equilibrio financiero de la Sociedad. El volumen total de los gastos y costes, con carácter salarial y no salarial, de los trabajadores portuarios de la plantilla de la Sociedad, será cubierto exclusivamente con los ingresos procedentes de las cuotas a abonar por las empresas estibadoras por la utilización de los servicios de dicho personal. Las cuotas devengadas se remitirán mensualmente a las empresas en función del volumen de utilización de tales servicios atendiendo a las tarifas fijadas por la prestación de servicios.

Tercera.- La forma en que los accionistas empresas estibadoras, perjudicadas por las decisiones que la Autoridad Portuaria, como socio institucional mayoritario, conseguía imponer en el seno del Consejo de Administración de la sociedad estatal, podían reaccionar contra esas decisiones no era otra que prevista para la impugnación de los acuerdos sociales en la legislación reguladora de las sociedades de capital (artículos 115 y ss y 143 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989,

de 22 de diciembre –hoy 204 y ss y 251 y ss del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio–), a la que se remite el artículo 1 de los Estatutos y que resulta plenamente aplicable en este caso.

Cuarta.- No hay constancia de que los administradores o accionistas que representan un cinco por ciento del capital, por un lado, o los accionistas empresas estibadoras asistentes a esas Juntas, que hubiesen hecho constar en acta su oposición, los ausentes o los administradores de la sociedad, por otro, formularan en los plazos de caducidad establecidos legalmente la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos del Consejo de Administración y de la Junta de Accionistas, por lo que no es posible ya que, ahora, por una vía totalmente inadecuada y tan extemporáneamente pretendan obtener, utilizando como pantalla a la propia Sociedad, de la Autoridad Portuaria, como causante del daño, en concepto de daños y perjuicios, la indemnización de la parte de déficit de esa sociedad que entienden que le es imputable.

Quinta.- La vía de la responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común iniciada es una vía totalmente inadecuada para hacer valer las pretensiones indemnizatorias de los reclamantes.

Sexta.- La Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba de Las Palmas, que no estaría legitimada para ejercitar esta acción de responsabilidad patrimonial ya que el perjuicio, de existir, lo habrían sufrido únicamente las empresas estibadoras accionistas de la sociedad, en la proporción oportuna, estaría ejercitando una acción de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y ss de la Ley 30/1992 contra una entidad pública como la Autoridad Portuaria de Las Palmas que, presuntamente, ha ocasionado con su proceder un daño a la entidad, daño que ha tenido su plasmación en una serie de acuerdos sociales perjudiciales para los accionistas empresas estibadoras, las únicas que, con la aportación inicial y las cuotas mensuales a abonar por las mismas por la utilización de los servicios de los trabajadores portuarios y no la sociedad, tienen que hacer frente a los gastos y costes de ese personal. Dichos acuerdos tenían que haber sido impugnados y anulados en su momento por ellas, restableciendo el equilibrio financiero de la sociedad.

Séptima.- Sobre esa base, faltaría el título de imputación de la Autoridad Portuaria de Las Palmas cuando el daño, de existir, sería imputable a la propia SESTIBA, que adoptó acuerdos sociales presuntamente contrarios a los intereses de los accionistas empresas estibadoras y que estos no impugnaron en momento alguno en tiempo y forma por el cauce adecuado.

Octava.- Tanto SESTIBA como, especialmente, los accionistas empresas estibadoras que, durante estos años, han consentido la adopción de acuerdos sociales y decisiones administrativas supuestamente perjudiciales para los mismos, tiene el deber jurídico de soportar el daño producido (artículo 141.1 de la Ley 30/1992), teniendo en cuenta, además, que dadas las peculiaridades de las sociedades de estiba y desestiba, la financiación en general de la sociedad, a lo largo de todos estos años, desde la aportación inicial dineraria realizada por las mismas siguiendo por la cuotas mensuales que han venido abonando a la sociedad, ha corrido siempre a cargo de las empresas estibadoras.

Novena.- La reclamación formulada sería claramente extemporánea, al superarse, con claridad, el plazo de prescripción del año del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, desde la producción del efecto lesivo.

En todo caso, aunque el cauce de la reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial de la Autoridad Portuaria –ex artículo 139 y ss de la Ley 30/1992– iniciado, es totalmente inadecuado, debiendo desembocar en la inadmisibilidad y desestimación en todo caso de la misma, a los efectos procedimentales, lo más correcto es tener presente lo prevenido en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 423/1993, de 26 de marzo.

VI.- RÉGIMEN PATRIMONIAL

VI.- RÉGIMEN PATRIMONIAL

54.- Informe solicitado por la Dirección General del Patrimonio del Estado sobre diversas cuestiones que suscita la aplicación de la Ley 27/1992, de Puertos de Estado y de la Marina Mercante.

Resumen

Consulta de la D.G. del Patrimonio del Estado sobre diversas cuestiones que suscita la aplicación de la Ley 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM). Ocupación y uso del demanio portuario estatal por órganos de la Administración del Estado: ha de instrumentarse mediante una reserva demanial (artículo 47.1 Ley de Costas) y no mediante concesión. Afectación de bienes patrimoniales del Estado a la zona de servicio de un puerto: régimen jurídico, procedimiento y efectos. Adscripción de bienes del Estado a las Entidades públicas creadas por la LPMM: forma según los casos. Desafectación de bienes adscritos por el Estado a los antiguos Organismos portuarios y a las Entidades actuales. Inclusión de los bienes y derechos adscritos a los referidos Organismos y Entidades en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.

Ref.: A.E H-PATRIMONIO 53/94

Fecha: 11 de octubre de 1994

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Observaciones

En la actualidad la referencia que se hace en este informe a los artículos 47.1 de la Ley de Costas debe entenderse sustituida por el artículo 73 del TRLPEMM. Igualmente, los artículos 15.3 y 49.4 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante debe entenderse sustituida por los artículos 69.4.e) y 44 del TRLPEMM

Texto del Informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre diversas cuestiones que suscita la aplicación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPMM), y, en relación con tales cuestiones, tiene el honor de informar cuanto sigue.

- I -

Se desea conocer, en primer lugar, el criterio de este Centro acerca de cuál ha de ser el régimen jurídico al que deba someterse la utilización de bienes de dominio público portuario por los órganos de la Administración del Estado que los precisen para el cumplimiento de sus fines.

En el escrito de consulta se propone como solución a esta cuestión la constitución de la oportuna reserva demanial, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 22/1988, de 18 de julio, de Costas, y en el artículo 101 del Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, dada la remisión que a la legislación reguladora del dominio público marítimo estatal hace el artículo 54 de la LPMM; sin embargo, y como se indica en la propia consulta, tal solución no es pacífica, dada la pretensión de las Autoridades Portuarias de exigir un canon de ocupación.

La solución de la cuestión planteada exige examinar, en primer término, si la utilización de superficies ubicadas dentro de la zona de dominio público portuario por órganos de la

Administración del Estado para el cumplimiento de sus cometidos ha de someterse, como pretenden las Autoridades Portuarias, a autorización o concesión administrativa, y, más concretamente, a concesión administrativa, habida cuenta de que, según el artículo 63.1 de la LPMM, la concesión se exige tratándose de ocupaciones de dominio público portuario con obras o instalaciones no desmontables o por plazo superior a tres años, en tanto que es precisa la autorización administrativa, conforme dispone el artículo 57.1 de la referida Ley, para actividades que, desarrollándose en el espacio portuario, no requieran obras o instalaciones de ningún tipo y para la ocupación del dominio público portuario con instalaciones desmontables o con bienes muebles, debiendo entenderse, a los efectos de este informe, que el desempeño de sus funciones por los órganos de la Administración del Estado exige instalaciones no desmontables y, en cualquier caso, permanentes.

En opinión de este Centro Directivo, no es posible someter a concesión administrativa la ocupación de bienes del dominio público portuario por órganos de la Administración del Estado para el ejercicio de las competencias que legalmente les están atribuidas, y ello por las consideraciones que seguidamente se exponen.

La concesión demanial o de dominio público constituye el título jurídico que habilita para el uso o aprovechamiento privativo, exclusivo y excluyente de un bien de aquel carácter, 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. Configurado el dominio público, según la doctrina más autorizada, como una propiedad, bien que especial, y caracterizada la concesión demanial en los términos expuestos, implica ésta una desmembración de parte de las facultades -facultad de uso y aprove-chamiento- que integran esa propiedad y que con las características indicadas se transfieren al concesionario, separándose así de la titularidad del demanio. Cabe deducir de ello que no puede acudir a la concesión administrativa como 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 demanio resulta necesaria. En tal supuesto, 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 de la relación jurídica de propiedad en que consiste el dominio público, sin que sea necesario acudir a un título jurídico distinto y especial, como sería la concesión, que habilite ese uso; se trata de la actuación de una facultad de las que integran el derecho de propiedad por su titular y que le corresponde, precisamente, por su condición de titular del derecho de propiedad.

Pues bien, tras indicar el artículo 10 de la LPMM que “corresponde a la Administración del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.200 de la Constitución, la competencia exclusiva sobre los puertos de interés general”, el artículo 14.1, bajo la rúbrica de “naturaleza de los bienes portuarios”, dispone que “las aguas marítimas, terrenos, obras e instalaciones fijas de los puertos de competencia de la Administración del Estado, son bienes de dominio público portuario estatal”; siendo estos bienes del dominio público de la Administración del Estado no resultará admisible, por las consideraciones expuestas precedentemente, que los órganos de dicha Administración tengan que solicitar y obtener las oportunas concesiones administrativas, a efectos de poder ocupar y usar parte de esos bienes demaniales como medio necesario para el ejercicio de las funciones públicas que les están encomendadas. No cabe, a juicio de este Centro Directivo, redargüir con éxito que, aun tratándose de dominio público estatal, las facultades de gestión del mismo corresponden a Entidades de Derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios e independientes de los del Estado (“Autoridades Portuarias”, conforme a los artículos 35.1 y 36.d) de la LPMM), y ello en razón de que la escisión entre la titularidad del dominio público portuario y la gestión del mismo operada por aquellas Entidades al amparo de la LPMM, como medida que se ordena para la mejor prestación del servicio público portuario, no afecta o incide en la titularidad de ese dominio, a la que es inherente la facultad de uso.

Como segundo argumento en la línea expuesta, y aun cuando se haya mantenido el carácter de la concesión demanial como acto administrativo unilateral, ha de partirse de la consideración de 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 la 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 n1 5.278- y de 22 de febrero de 1973, emitido en el expediente n1 38.223).

La caracterización jurídica de la concesión demanial como negocio de Derecho público de carácter bilateral no permite fundamentar la tesis de que las ocupaciones y usos que de una porción de dominio público portuario hayan de hacer los órganos de la misma Administración titular de aquél para el cumplimiento de las funciones que legalmente les corresponden deba tener, como título que los posibilite, la concesión demanial.

De una parte, si el carácter bilateral de la concesión presupone la diferenciación entre la personalidad jurídica de la Administración concedente, titular del dominio público, y la del concesionario, titular del derecho de aprovechamiento que surge por virtud de la concesión, difícilmente puede mantenerse tal carácter bilateral cuando la titularidad del demanio y la titularidad del derecho de uso y aprovechamiento corresponden a una misma Administración, en este caso la Administración del Estado que, integrada por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única (artículo 1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957).

De otra parte, el carácter negocial de la concesión demanial, por razón de la relevancia que tiene la voluntad del concesionario para la existencia de aquélla, resulta desvirtuado si se entiende que, en el caso a que se refiere la consulta, se hace necesaria la obtención de una concesión administrativa. En efecto, la ocupación de una dependencia del dominio público portuario por parte de determinados órganos de la Administración del Estado para el ejercicio de las funciones que les están asignadas por las normas sectoriales de que se respectivamente se trate (control de entrada y salida de nacionales y extranjeros del territorio español, aduanas, sanidad exterior, etc.) no puede considerarse, obviamente, como una ocupación o uso pretendido por la libre voluntad del "concesionario"; se trata, distintamente, de ocupaciones y usos que, en realidad, vienen impuestos por las normas jurídicas que atribuyen esas funciones públicas para cuyo ejercicio resultan absolutamente necesarios tales ocupaciones y usos del demanio portuario.

Puede traerse a colación, como ejemplo ilustrativo de lo que se acaba de decir, el relativo al control de entrada y salida de nacionales y extranjeros del territorio español: la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad atribuye en su artículo 12.1.A).b) al Cuerpo Nacional de Policía el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros y, por su parte, y con base en lo dispuesto en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, el artículo 1.1 del Reglamento para su ejecución, aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, establece que "la entrada en territorio español y la salida del mismo por fronteras terrestres, puertos y aeropuertos deberá realizarse por los puestos habilitados a tal fin ... y bajo el control de los funcionarios competentes del Ministerio del Interior".

Cabe añadir, volviendo a la consideración general del tema planteado, que la configuración como acto debido de la ocupación y uso de determinadas partes del dominio público portuario en los casos a que se refiere la presente consulta, no ya desde la perspectiva de los órganos que han de utilizarlo para el ejercicio de sus funciones, sino desde la perspectiva de la Entidad pública gestora de dicho dominio, se puede sostener, por vía de aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil), a la vista de lo dispuesto para el dominio público aeroportuario en el artículo 14.g) del Estatuto del Ente público "Aeropuertos Españoles y

Navegación Aérea”, aprobado por Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, en cuanto establece como obligación de dicho Ente la de “proveer a los distintos Departamentos Ministeriales, para el adecuado cumplimiento de las funciones a ellos asignadas, los espacios físicos que resulten precisos en el ámbito de las instalaciones aeroportuarias, cuando tales funciones deban desempeñarse en el citado ámbito”.

Debiendo descartarse, por las consideraciones precedentes, que la ocupación y uso de determinadas superficies del dominio portuario en los supuestos a que se refiere la consulta deban someterse a concesión administrativa, ha de examinarse seguidamente cuál debe ser la instrumentación jurídica de tales ocupaciones y usos.

A juicio de este Centro directivo, las ocupaciones y usos de referencia han de instrumentarse, compartiendo el criterio de la Dirección General del Patrimonio del Estado, a través de la técnica de la denominada reserva demanial.

El artículo 13 de la LPMM prevé, en aplicación de este criterio para un supuesto concreto, que la Administración del Estado se reserve espacios del dominio público marítimo-terrestre con destino a instalaciones navales y zonas portuarias que sean precisas para el cumplimiento de los fines que la legislación vigente atribuye a la Guardia Civil.

El que este precepto sólo prevea la constitución de reservas demaniales para el cumplimiento de los fines que la legislación vigente atribuye a la Guardia Civil podría invocarse, en una interpretación literalista de aquél, como argumento para entender que ha de quedar excluida la constitución de reservas de dominio público portuario con destino a otros órganos de la Administración del Estado y para el cumplimiento de sus fines.

Este Centro entiende, sin embargo, que la referencia exclusiva que hace el artículo 13 de la LPMM a reservas demaniales para el cumplimiento de las funciones legalmente asignadas a la Guardia Civil no constituye un obstáculo que excluya la posibilidad de constituir reservas demaniales sobre partes del dominio público portuario para el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento atribuye a otros órganos de la Administración del Estado.

En efecto, y en primer lugar, siendo la utilización directa del dominio público por parte de la Administración titular del mismo una facultad que le corresponde, como manifestación de la facultad de uso inherente al derecho subjetivo de propiedad especial en que consiste el demanio, no tiene sentido que la reserva demanial, a través de la cual se instrumenta esa utilización directa del dominio público por su titular, sólo se admita en relación con el cumplimiento de ciertos fines (los atribuidos a la Guardia Civil) y no respecto de otros, en cuanto todos son establecidos por normas legales o reglamentarias de obligada ejecución.

En segundo lugar, y aun admitiendo que la facultad de uso directo del demanio por la Administración titular del mismo limita el derecho de los particulares a obtener la utilización privativa del dominio público e, incluso, el derecho de aquéllos al uso común, y de aquí la exigencia de que la reserva demanial tenga por base una disposición legal previa de habilitación, no puede desconocerse que el artículo 54.1 de la LPMM remite a la legislación sobre Costas al disponer que “la ocupación y utilización del dominio público portuario estatal se ajustará a lo establecido en la legislación reguladora del dominio público marítimo-terrestre estatal con las salvedades y singularidades que se recogen en esta Ley”; pues bien, el artículo 47.1 de la Ley 22/1988, de 18 de julio, de Costas, declara que “la Administración del Estado podrá reservarse la utilización total o parcial de determinadas pertenencias del dominio público marítimo-terrestre exclusivamente para el cumplimiento de fines de su competencia, siempre que concurran las circunstancias prevenidas en el artículo 32 de esta Ley” (precepto que alude a las “actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación”), añadiendo el apartado 2 que “la reserva podrá ser para la realización de estudios e investigaciones, o para obras, instalaciones o servicios”; indudablemente, en este ámbito quedan comprendidos los supuestos a que se refiere la consulta.

En conclusión, y por lo que a este extremo de la consulta se refiere, la ocupación y uso de determinadas dependencias del dominio público portuario por órganos de la Administración del Estado, como medio necesario para el cumplimiento de las funciones que legalmente les corresponden, ha de instrumentarse a través de la constitución de las pertinentes reservas demaniales en los términos del precepto citado de la Ley de Costas, y no mediante concesión administrativa, sin que, en consecuencia, pueda exigirse el abono del correspondiente canon o precio público.

- II -

Se consulta, en segundo lugar, cuál ha de ser la interpretación que con arreglo a Derecho deba hacerse del artículo 15.3 de la LPMM.

Tras indicar los apartados 1 y 2 de dicho artículo 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 agua necesarias para la ejecución de sus actividades”; y que “la delimitación de la zona de servicio se hará ... a través de un plan de utilización de los espacios portuarios”, el apartado 3 del mismo precepto dispone:

“Cuando la delimitación incluya terrenos y bienes patrimoniales de la Administración del Estado destinados a usos o finalidades distintas, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes lo someterá a informe del Ministerio de Economía y 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, quedando dichos bienes afectados a la entidad portuaria correspondiente.”

La Dirección General del Patrimonio del Estado entiende que la afectación a que se refiere el precepto transcrito no tiene lugar en relación con bienes patrimoniales en sentido estricto, sino en relación con bienes destinados a otros usos o finalidades distintos de los portuarios y que puedan ser de interés general o público, en cuyo caso se tratará de bienes de dominio público. Partiendo de esta premisa, considera el citado Centro Directivo que, puesto que todo bien demanial se halla, competencialmente, bajo la administración de un Departamento Ministerial, parece ineludible que en esa desafectación de una finalidad pública distinta de la portuaria y subsiguiente afectación a ésta intervenga, además del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH), el Departamento competente; de esta forma, el plazo señalado para la emisión de informe por el MEH debería entenderse aplicable al informe que, con arreglo a esta interpretación, debería emitir el Departamento u Organismo público al que está afectado el bien. “Con otra interpretación -prosigue la Dirección General del Patrimonio del Estado- podría parecer que la desafectación y simultánea afectación al uso portuario la determina exclusivamente el interés para el puerto de los bienes en cuestión”; “cabe cuestionarse, por tanto, -agrega el mismo Centro Directivo- si en este supuesto ha de prevalecer necesariamente el interés portuario sobre el resto de los intereses públicos identificables en el uso de dichos bienes demaniales, con lo que quedaría a la exclusiva voluntad de la Autoridad Portuaria determinar si tales bienes de dominio público, incluidos en la delimitación, tienen o no un preferente interés portuario, ya que el informe requerido (el del MEH) no tiene efecto vinculante y su falta de emisión expresa produce la afectación legal de los bienes al servicio portuario, sin más trámites.”

Para pronunciarse sobre la cuestión así planteada, conviene señalar, ante todo, que el concepto de bienes patrimoniales del Estado es un concepto residual que se caracteriza negativamente: son bienes de tal carácter los que, “siendo propiedad del Estado, no se hallan afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una ley les confiera expresamente el carácter de demaniales”, según dispone el artículo 1.1 de la Ley del Patrimonio del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 22 de abril (LPE). No se ajustaría, por tanto, a este concepto y terminología legales la calificación de unos bienes como

“patrimoniales” para añadir seguidamente “destinados a usos o finalidades distintos” (de los portuarios), si se hubiera querido hacer referencia a usos y finalidades públicos, pues en tal caso ya no se trataría de bienes patrimoniales, sino de bienes demaniales.

Si se pone el acento en la calificación que el artículo 15.3 de la LPMM hace de los bienes a que alude como bienes “patrimoniales” (o dicho de otro modo, si se emplea esta expresión en el sentido de la LPE), se estará ante un supuesto de afectación de un verdadero bien patrimonial al servicio público, lo que determinará la pérdida de su condición de bien patrimonial para pasar a ser un bien de dominio público; por el contrario, si se considera que lo relevante no es la calificación de estos bienes como patrimoniales, sino el hallarse destinados a usos y finalidades que se entienden públicos, pero distintos de los portuarios, se estará en presencia de un supuesto de mutación demanial: un bien de dominio público (pese a calificarse como “patrimonial”) cambia de afectación, quedando destinado a un uso o servicio público distinto (portuario).

En principio ha de entenderse que el artículo 15.3 de la LPMM se refiere a bienes patrimoniales en el sentido estricto y preciso que establece el artículo 1.1 de la LPE, pues debe presumirse que el legislador utiliza correctamente los términos o conceptos jurídicos.

No obstante lo anterior, y dadas las dudas que suscita el reiterado precepto de la LPMM y, en particular, si la frase “destinados a otros usos y finalidades distintos” ha de entenderse como usos y finalidades públicos, considera este Centro Directivo que su interpretación ha de efectuarse en coordinación con el régimen jurídico dispuesto en el Título V de la LPE para las afectaciones de bienes patrimoniales al uso o servicio público y para las mutaciones demaniales, al no apreciarse elementos interpretativos suficientes para entender que la LPMM ha querido modificar en estos extremos el régimen de la LPE, al menos en lo sustancial. Se hace preciso para ello exponer, previamente, el régimen que la LPE dispone para las afectaciones y mutaciones demaniales.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la afectación de bienes patrimoniales al uso o servicio público, los artículos 113 a 115 de la LPE disponen, en esencia, que los órganos de la Administración del Estado que precisen bienes patrimoniales para el cumplimiento de sus fines han de dirigirse al Ministerio de Hacienda (hoy MEH), que, a la vista de la situación de los bienes, razones invocadas para su afectación y aquéllas que puedan existir para otras de distinto orden o su conservación en el Patrimonio, tomará el acuerdo que proceda. En cuanto, a la mutación demanial, el artículo 125 de la LPE establece que “los Departamentos que precisen bienes que se hallen afectados a otros se dirigirán a la Dirección General del Patrimonio del Estado para que por la misma se incoe el oportuno expediente en que, con audiencia de todos los Ministerios interesados, se decidirá sobre el destino del bien o bienes de que se trate, mediante resolución motivada,” añadiendo el segundo párrafo del mismo precepto que “cuando se produzca discrepancia entre los Departamentos interesados o entre alguno de éstos y el Ministerio de Hacienda ... la resolución correspondiente será de la competencia del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda.”

Del régimen jurídico de las dos figuras jurídicas de referencia interesa destacar que, así como en la afectación de un bien patrimonial al uso o servicio público sólo intervienen, en consonancia con la naturaleza del supuesto, el Departamento que precise ese bien patrimonial para el cumplimiento de sus fines y el MEH como órgano al que corresponde la gestión, conservación y administración de bienes patrimoniales, tratándose de mutación demanial es trámite inexcusable, impuesto por las circunstancias del caso, la intervención, mediante audiencia, de los dos Departamentos interesados -el que tiene afectado el bien para el cumplimiento de sus fines y el que pretende el cambio de esa afectación para destinar el bien al cumplimiento de los suyos-, correspondiendo la resolución del expediente, cuando se suscite discrepancia entre los Departamentos interesados (o entre alguno de ellos y el MEH), al Consejo de Ministros.

Expuesto el régimen jurídico que la LPE establece respecto a la afectación de bienes patrimoniales al uso o servicio público y a la mutación demanial, la interpretación coordinada del artículo 15.3 de la LPMM con la propia LPE permite entender que aquel precepto, no obstante su equívoca redacción, se refiere a bienes patrimoniales en el sentido preciso del artículo 1.1 de la LPE -no destinados a uso o servicio público- y, por tanto, a un caso de afectación de un bien patrimonial del Estado al servicio público portuario, y ello por las consideraciones que siguen.

Si se entiende que el artículo 15.3 de la LPE se refiere a bienes patrimoniales en el sentido preciso del artículo 1.1 de la LPE, contemplándose un supuesto de afectación de un bien patrimonial al servicio público, se guardará la debida correspondencia o paralelismo con el régimen dispuesto por la LPE para la afectación de bienes patrimoniales al uso o servicio público, aunque la LPMM establezca ciertas diferencias que no resultan esenciales: el MOPTMA somete la inclusión del bien patrimonial en la delimitación de la zona portuaria y, en definitiva, su afectación al servicio portuario, a informe del MEH.

De entenderse, por el contrario, que el artículo 15.3 se refiere, no obstante la calificación que hace de los bienes como patrimoniales, a bienes de dominio público afectos a un uso o servicio público distinto del portuario, y, por tanto, contempla un supuesto de mutación demanial, se rompería esa correspondencia o paralelismo con el régimen dispuesto por la LPE para la mutación demanial. En efecto, ya en primer lugar, no se dispone la intervención, a través del oportuno trámite de audiencia, del Departamento a que esté afecto el bien y bajo cuya administración y conservación se encuentra, siendo de todo punto de vista lógica, e incluso obligada, la audiencia a dicho Departamento, puesto que se trata de cambiar el uso o servicio público a que está afectado el bien; en segundo lugar, no se prevé en el artículo 15.3 de la LPMM ningún mecanismo de resolución de las posibles discrepancias que pudieran suscitarse por razón del cambio de afectación, discrepancias que habrían de ser resueltas por un órgano distinto y superior a los interesados como es el Consejo de Ministros, dada la posición de igualdad en que se encuentran los Departamentos ministeriales, conforme resulta del artículo 2 de la LRJAE.

Pues bien, el recurso a la técnica del informe por el MEH, que se entiende favorable de no emitirse en el plazo fijado por el precepto, y, muy especialmente, la falta de intervención del Departamento al que está afecto el bien, a través del oportuno trámite de audiencia, y de cualquier mecanismo resolutorio de las discrepancias que se susciten por razón del cambio de afectación, son circunstancias que se explican satisfactoriamente si se entiende que el artículo 15.3 de la LPMM se refiere a bienes patrimoniales en el sentido preciso del artículo 1.1 de la LPE y, por tanto, a la afectación de un bien al servicio público portuario, y no si se entiende que dicho precepto se refiere a un supuesto de mutación demanial, de bienes antes afectados a un uso o servicio público distinto del portuario y que pasan a tener este destino.

En definitiva, la calificación por el artículo 15.3 de los bienes en cuestión como patrimoniales y, fundamentalmente, la interpretación de dicho precepto en coordinación con el régimen dispuesto por la LPE para las afectaciones y mutaciones demaniales, constituyen argumentos suficientes, en opinión de esta Dirección General, para concluir que el precepto analizado se refiere a bienes patrimoniales según la definición que de los mismos suministra el artículo 1.1 de la LPE y no a bienes que ya se encuentran afectos a usos o servicios públicos distintos del servicio portuario (bienes de dominio público); consiguientemente, la afectación al servicio público portuario de bienes de dominio público, por estar destinados a otro uso o servicio público distinto -mutación demanial-, ha de entenderse sometida al régimen dispuesto por la legislación del Patrimonio del Estado.

Por lo demás, tal conclusión permite explicar adecuadamente la frase “destinados a usos y finalidades distintas” que emplea el inciso inicial del artículo 15.3 de la LPMM. Se trata de los usos derivados de las explotaciones de los bienes patrimoniales a que se refiere el artículo 31 de la LPE y que conectan con la caracterización histórica de los bienes patrimoniales como bienes productores de rentas o ingresos para el Erario.

Se plantea con ello, y así se apunta en el escrito de petición de consulta, la cuestión relativa a las consecuencias jurídicas que tendría la afectación de esos bienes patrimoniales al servicio público portuario respecto de los terceros adjudicatarios de explotaciones sobre aquéllos.

Acordada definitivamente la inclusión de bienes patrimoniales objeto de explotación en la delimitación de la zona de servicio portuario y, por tanto, la afectación de aquéllos a dicho servicio, y dada la imposibilidad de compatibilizar la afectación de los bienes al servicio portuario con el mantenimiento de los derechos de ocupación y uso de los adjudicatarios de las explotaciones, ha de entenderse que procede la expropiación forzosa de sus derechos. Aun cuando este supuesto no esté contemplado en la LPMM, ha de llegarse a esta conclusión por aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.2, párrafo segundo, de dicha Ley, según el cual la aprobación del plan de utilización de los espacios portuarios (a través de este plan se efectúa la delimitación de la zona de servicio) lleva implícita la declaración de utilidad pública, a efectos expropiatorios, de los bienes de propiedad privada; por lo tanto, si la aprobación de dicho plan habilita la expropiación de bienes de propiedad privada, con igual motivo ha de habilitar la expropiación de los derechos que ostentan los adjudicatarios de explotaciones concertadas sobre esos bienes patrimoniales a que se refieren los artículos 31 y siguientes de la LPE, dada la indiscutible naturaleza privada que tienen esos derechos, que, de esta forma, quedan comprendidos en la amplia fórmula del artículo 1.1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF); deberá, pues, procederse a la expropiación forzosa de esos derechos por los trámites y con los requisitos que establecen la LEF y el Reglamento para su ejecución aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957.

De no compartirse la conclusión, expuesta precedentemente, de que el artículo 15.3 se refiere a bienes patrimoniales en el sentido en que los define el artículo 1.1 de la LPE, entendiéndose, distintamente, que dicho precepto alude a bienes de dominio público afectados a un uso o servicio público distinto del portuario y que pasarían a ser afectados a éste (mutación demanial), convendría, y así lo sugiere este Centro Directivo, que en el futuro Reglamento para la ejecución de la LPMM se introdujera, en desarrollo y como complemento del régimen procedimental dispuesto por el artículo 15.3, la intervención del Departamento al que esté afectado el bien de que se trate, a través del oportuno trámite de audiencia, y se determinara el órgano al que competiría resolver las discrepancias que puedan suscitarse, lo que en buena lógica correspondería al Consejo de Ministros, en cuanto superior jerárquico común de los Departamentos afectados (artículo 2.1 de la LRJAE).

- III -

Plantea el escrito de consulta, como tercera cuestión, cuáles han de ser las consecuencias de que el informe del Ministerio de Economía y Hacienda a que se refiere el artículo 15.3 de la LPMM sea desfavorable a la inclusión de bienes patrimoniales del Estado en la delimitación de la zona de servicio del puerto prevista en aquel precepto.

La debida resolución de esta cuestión exige diferenciar el aspecto formal o procedimental y del material o sustantivo.

En el plano formal o procedimental, el artículo 15.3 de la LPMM resulta ciertamente incompleto: se limita a declarar favorable el informe del MEH en el caso de no emitirse en el plazo señalado legalmente, sin que establezca regla alguna para el caso de informe desfavorable.

En principio, hay que entender que el informe del Ministerio de Economía y Hacienda no tiene carácter vinculante; así resulta de la regla establecida por el artículo 85.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, vigente al tiempo de la entrada en vigor de la LPMM y, en la actualidad, por el artículo 83.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de que salvo disposición expresa en contrario, los informes no son vinculantes. Ahora bien, si el informe del MEH no tiene carácter vinculante, tampoco puede tener este carácter, a efectos de inclusión de los bienes de que se trata en la delimitación de la zona de servicio del puerto, el plan aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (MOPTMA), pues ello supondría reconocer a este Departamento competencia decisoria en relación con la afectación de bienes patrimoniales, así como atribuir al servicio público portuario un valor o interés preferente sobre otros servicios públicos a los que pudieran afectarse los bienes patrimoniales de que se trate.

En el fundamento jurídico anterior se ha razonado que el artículo 15.3 de la LPMM se refiere a bienes patrimoniales en el sentido en que éstos son definidos por el artículo 1.1 de la LPE y que, en consecuencia, el artículo 15.3 de la LPMM contempla el supuesto de afectación de bienes patrimoniales al uso o servicio público (portuario) a que aluden los artículos 113 y siguientes de la LPE. Pues bien, en este aspecto formal o procedimental las relaciones del MEH y del MOPTMA han de resolverse, a falta de previsión específica en el artículo 15.3 de la referida Ley de Puertos, con arreglo a lo dispuesto en la LPE. El artículo 115 de la LPE dispone que “el Ministerio de Hacienda, a la vista de la situación de los bienes, las razones invocadas para su afectación y aquellas otras que pudieran existir para otras de distinto orden o su conservación en el Patrimonio, tomará el acuerdo procedente, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 125”, precepto este último que establece que “cuando se produzca discrepancia entre los Departamentos interesados o entre éstos y el Ministerio de Hacienda acerca de la afectación, desafectación o cambio de destino de un bien determinado, la resolución correspondiente será de la competencia del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda”.

Por consiguiente, y en virtud de la aplicación supletoria de los artículos 115 y 125, párrafo segundo de la LPE, si existiese discrepancia entre este Departamento y el MOPTMA, correspondería al Consejo de Ministros dictar el acuerdo que proceda.

Entrando en el aspecto sustantivo o material de la cuestión, en el supuesto de que, emitido informe desfavorable por el MEH, el MOPTMA lo aceptase o, manteniéndose la discrepancia, hubiese resuelto el Consejo de Ministros confirmando el criterio desfavorable del MEH, no se producirán otras consecuencias que las de quedar excluidos los bienes patrimoniales de que se trate de la zona de servicio del puerto delimitada por el MOPTMA y no quedar afectados a la Entidad portuaria correspondiente, es decir, al uso o servicio público portuario, manteniendo su carácter de bienes patrimoniales en tanto que no se destinasen a usos o servicios públicos distintos del portuario (la previsión de afectación próxima a esos usos o servicios sería, lógicamente, lo que habría justificado su exclusión de la zona de servicios delimitada por el MOPTMA).

Por lo demás, el artículo 53.c) de la LPMM, al que se alude en el escrito de consulta y conforme al cual pertenecen al dominio público portuario las obras que el Estado o las Autoridades Portuarias realicen sobre dicho dominio, no desvirtúa la conclusión anterior. Entender lo contrario, equivaldría a admitir que el artículo 53.c) de la referida Ley excluye totalmente la posibilidad, implícitamente prevista por la misma, de que esos bienes patrimoniales queden excluidos de la zona de servicios y no afectados a la Entidad portuaria correspondiente, lo que carecería de sentido. Ha de tenerse en cuenta, de otra parte, que, refiriéndose el artículo 53 al dominio público portuario estatal, los bienes de que se trata no se integran en dicho dominio, al no estarse en el caso de bienes que, siendo de la titularidad estatal, estén afectados al servicio de los puertos, por lo que las obras, edificaciones e instalaciones que sobre estos inmuebles se construyan con destino a servicios públicos distintos del portuario no integrarán tampoco el dominio público portuario: ni se asientan sobre el dominio público portuario, como exige el artículo 53.c) de la Ley, ni constituyen obras e instalaciones afectadas al servicio de los puertos, como indica el artículo 53.a).

- IV -

La Dirección General del Patrimonio del Estado consulta, en cuarto lugar, si, a la vista de lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la LPMM, es preciso un acto administrativo por el que formalmente se atribuyan como propios del Ente público “Puertos del Estado” el conjunto de bienes y derechos que constituían el patrimonio -propio- del extinguido Organismo Autónomo “Comisión Administrativa de Grupos de Puertos,” declarando, por otra parte, como adscritos a aquel Ente los bienes estatales que con tal carácter tenía adscritos dicho Organismo, atribución y adscripción que se formalizaría, tratándose de bienes inmuebles, mediante Orden del MEH. Asimismo se consulta si sería preciso realizar similares actuaciones para los nuevos Entes públicos denominados “Autoridades Portuarias,” de modo que se pueda identificar un patrimonio inicial propio y otro adscrito, coincidentes con los que integraban los patrimonios de las extinguidas “Juntas de Puerto” y Entidades públicas “Puertos Autónomos.”

Con arreglo a los artículos 31 y 49 de la LPMM, el patrimonio de los Entes públicos “Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias” está integrado por: a) “Un patrimonio propio formado por el conjunto de 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”; y b) Un patrimonio que cabe calificar de adscrito, en cuanto constituido por los bienes estatales que se les adscriban.

El examen de la cuestión planteada exige diferenciar los bienes y derechos que, tras la entrada en vigor de la LPMM, se incorporen a los patrimonios de “Puertos del Estado” y de las “Autoridades Portuarias” por título de atribución o adscripción por parte del Estado y los bienes y derechos que correspondían a los extinguidos “Juntas de Puerto,” “Puertos Autónomos” y “Comisión Administrativa Grupos de Puertos.”

No cabe duda de que, tratándose de bienes y derechos que en lo sucesivo, es decir, tras la entrada en vigor de la LPMM se atribuyan por el Estado a las nuevas Entidades portuarias para integrarse como propios de ellas en sus patrimonios (artículos 31.1 y 49.1) y de bienes estatales que se les adscriban conservando su calificación jurídica originaria (artículos 31.2 y 49.2), es necesario el oportuno acto administrativo de atribución o adscripción, en cuanto que la Ley tan sólo prevé unas posibilidades genéricas de actuación en este sentido cuya concreta realización precisará en cada caso del correspondiente acto administrativo de aplicación en el que, entre otros extremos, se indique la Entidad pública destinataria, se identifique el bien y se precise el título jurídico por el que se efectúa la entrega.

Cuando se trate de bienes y derechos que constituían el patrimonio del extinguido Organismo Autónomo “Comisión Administrativa de Grupos de Puertos,” así como de los bienes y derechos que constituían los patrimonios de los también extinguidos Organismos Autónomos “Juntas de Puerto” y Entidades públicas “Puertos Autónomos,” ha de diferenciarse entre los bienes y derechos adquiridos por dichos Organismos y Entidades públicas con cargo a sus propios recursos -respecto de los cuales, lógicamente, no se puede suscitar la cuestión de que se trata, al no haber pertenecido esos bienes a la Administración del Estado, por lo que difícilmente podría atribuirlos ahora a las Entidades públicas creadas por la LPMM- y aquellos otros bienes o derechos que les fueron adscritos por la Administración del Estado.

En relación con estos últimos de bienes o derechos, que en su día fueron adscritos por el Estado a los aludidos Organismos autónomos y Entidades públicas, hoy extinguidos, este Centro considera que no resulta jurídicamente necesario, como condición de validez o eficacia, un acto administrativo por el que se adscriban dichos bienes a las Entidades públicas “Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias” creadas por la nueva Ley de Puertos.

En rigor, para que fueran necesarios esos actos administrativos de adscripción de tales bienes y derechos a las nuevas Entidades públicas creadas por la LPMM sería preciso que esos bienes y derechos, adscritos en su día por el Estado a la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos, Juntas de Puerto y Puertos Autónomos, hubieran retornado, por conse-

cuencia o como efecto de la extinción de estas Entidades, a la Administración del Estado para, posteriormente, ser adscritos por ella a las Entidades públicas creadas por la vigente LPMM.

Pues bien, este presupuesto queda excluido teniendo en cuenta: 11) Que la adscripción de bienes por el Estado a los Organismos Autónomos “Comisión Administrativa de Grupos de Puertos” y “Juntas de Puerto” no determinaba la adquisición en propiedad de esos bienes por tales Organismos, conforme resulta del artículo 80 de la LPE, y este mismo efecto se producía respecto de los bienes adscritos por el Estado a las Entidades públicas “Puertos Autónomos,” tal y como disponía el artículo 29 de la Ley 27/1968, de 20 de junio, sobre Juntas de Puertos y Estatutos de Autonomía (derogada expresamente por la LPMM), todo lo cual determina que sea innecesario el retorno o reversión de esos bienes a la titularidad dominical del Estado, puesto que éste la ha retenido siempre; y 21) Que la disposición adicional 60.2 y disposición adicional 70.2 de la LPMM establecen que las nuevas Entidades públicas creadas por ella sucederán a las Juntas de Puertos, Puertos Autónomos y Comisión Administrativa de Grupos de Puertos en la titularidad de sus patrimonios, quedando subrogadas en su misma posición jurídica en las relaciones en las que las Entidades extinguidas fueron parte. Se establece, así, una sucesión universal de los extinguidos Organismos autónomos y Entidades públicas por las nuevas entidades que crea la LPMM, sucesión que produce sus efectos -subrogación de las nuevas Entidades en la misma posición que ostentaban las extinguidas en las relaciones jurídicas en las que éstas eran parte- por ministerio de la Ley, directamente y sin solución de continuidad, lo que hace jurídicamente innecesario acudir, como instrumento de ejecución de esa sucesión “ope legis,” a actos administrativos de adscripción a las nuevas Entidades de los bienes y derechos que, en su día, fueron adscritos a los Organismos y Entidades extinguidos.

Los actos administrativos de adscripción de tales bienes y derechos a las Entidades públicas creadas por la LPMM supondrían, en un plano estrictamente conceptual, que, hasta tanto se dictasen, dichas Entidades no podrían usarlos para sus fines, lo que resultaría contrario a la exigencia de continuidad y no interrupción en la prestación del servicio público portuario, exigencia a la que responde esa sucesión o subrogación “ope legis” y directa establecida por las disposiciones adicionales de la LPMM que se han citado.

En conclusión, y por las consideraciones precedentes, esta Dirección General estima que, tratándose de bienes y derechos que en su día fueron adscritos por la Administración del Estado a los Organismos Autónomos “Comisión Administrativa de Grupos de Puertos” y “Juntas de Puerto” y a las Entidades Públicas “Puertos Autónomos,” no son jurídicamente necesarios actos administrativos concretos por los que formalmente se adscriban ahora esos bienes a las Entidades públicas creadas por la LPMM.

- V -

Como quinta cuestión se plantea en el escrito de consulta la relativa al ámbito o alcance del régimen de desafectación que establecen los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM, y, más precisamente, si en dicho régimen quedan comprendidos los bienes que integran el patrimonio adscrito a las Entidades públicas creadas por la Ley, tanto los que, con este carácter de bienes adscritos, tuvieron los Organismos autónomos y Entidades públicas extinguidos, como los bienes que se adscriban en lo sucesivo a las nuevas Entidades públicas por el Estado.

Tal y como señala la Dirección General del Patrimonio del Estado, los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM establecen un procedimiento de desafectación que excluye la intervención del MEH prevista en la legislación del Patrimonio del Estado, sin que, a diferencia de ésta, se exija la constatación de la innecesariedad de los bienes que se desafecten para otros organismos de la Administración del Estado.

El artículo 31 de la LPMM, tras indicar en su apartado 3 que la afectación de nuevos bienes de dominio público al Ente público “Puertos del Estado,” así como la adscripción de

nuevos bienes patrimoniales se efectuará por el MEH, a propuesta del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, dispone en su apartado 4:

“Los bienes de dominio público que no sean precisos para el cumplimiento de sus fines serán desafectados por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, previa declaración de innecesariedad por el Consejo Rector de Puertos del Estado, y se incorporarán al patrimonio del mismo, quien podrá proceder a su enajenación o permuta. Si el valor fuera superior a tres mil millones, su enajenación deberá, además, ser autorizada por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Obras Públicas y Transportes.”

Por su parte, el artículo 49 de la LPMM, sobre régimen patrimonial de las Entidades públicas “Autoridades Portuarias” se manifiesta, con ligeras variaciones, en los mismos términos.

Pues bien, la cuestión planteada por el órgano consultante en relación con el alcance de los preceptos transcritos ha de ser resuelta, a juicio de este Centro Directivo, en el sentido de que los bienes que, con arreglo a los artículos 31.2 y 49.2 de la LPMM, el Estado adscriba a “Puertos del Estado” y a las “Autoridades Portuarias”, así como los que en su día fueron adscritos a los Organismos autónomos y Entidades públicas extinguidas y a los que han sucedido aquéllas, no quedan comprendidos en el régimen de desafectación que establecen los artículos 31.4 y 49.4 de la referida Ley, y ello con fundamento en las siguientes consideraciones:

10) Tratándose de bienes adscritos en su día por el Estado a los extinguidos Organismos Autónomos “Comisión Administrativa de Grupos de Puertos” y “Juntas de Puerto” y a las también extinguidas Entidades Públicas “Puertos Autónomos”, a los que han sucedido las Entidades públicas creadas por la nueva LPMM, la adscripción, según se indicó en el fundamento jurídico precedente, no determinó, conforme a lo dispuesto en los artículos 80 de la LPE, 10 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 y 29 de la Ley 27/1968, de 20 de junio, sobre Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía, la adquisición de la propiedad de los bienes de referencia por los Organismos Autónomos y Entidades Públicas extinguidos; por el contrario, la titularidad de esos bienes era retenida, en consecuencia, por la Administración del Estado, imponiéndose a los reiterados Organismos y Entidades la obligación de utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines (servicio portuario) y determinando el incumplimiento de esta obligación la extinción de la adscripción y la reincorporación de los bienes al Patrimonio del Estado, tal y como dispone expresamente el artículo 83 de la LPE, que, además, encomienda al MEH, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, la potestad de fiscalizar la aplicación de los bienes adscritos a los Organismos Autónomos al fin para el que les fueron cedidos. Por consiguiente, si las nuevas Entidades públicas portuarias se subrogan en la misma posición jurídica que ostentaban las extinguidas, alcanzándoles, por tanto, la obligación de utilizar exclusivamente esos bienes para el cumplimiento de sus fines, y si la titularidad dominical de estos bienes corresponde a la Administración del Estado, difícilmente puede admitirse que esas nuevas Entidades puedan desafectarlos del cumplimiento de dichos fines, y proceder, luego, a realizar actos de disposición (enajenación y permuta), para los que carecen de facultad, por no ostentar la titularidad dominical.

20) Tratándose de bienes que, tras la entrada en vigor de la LPMM, se adscriban por el Estado a las Entidades públicas “Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias”, cabe dar por reproducida la argumentación precedentemente expuesta. Ciertamente que los artículos 31.2 y 49.2 de la LPMM no indican expresamente, a diferencia del artículo 80 de la LPE, que las Entidades destinatarias de estos bienes no adquirirán la propiedad de los mismos; ahora bien, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que en la vigente legislación el sentido de la adscripción de bienes del Estado a Entidades públicas no es el de transferir la titularidad dominical de aquéllos, sino solamente el derecho al uso y aprovechamiento, con lo que quedan excluidas las facultades de disposición (enajenación y permuta a que se refieren los artículos 31.2 y 49.2 de la LPMM), y, en segundo lugar, que los artículos 31.2 y 49.2 expresamente

imponen a dichos Entes públicos el deber de utilizar exclusivamente los bienes adscritos para el cumplimiento de sus fines, deber con el que, obviamente, resulta incompatible la posibilidad de desafectación de tales bienes del cumplimiento de esos fines, y, en su caso, y tras ella, con la posibilidad de realizar actos de disposición sobre los mismos.

- VI -

Se formula consulta, finalmente, sobre la procedencia o no de incluir en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado los bienes integrantes del patrimonio adscrito y del patrimonio propio de los Entes públicos "Puertos del Estado" y "Autoridades Portuarias".

Respecto a los bienes adscritos por el Estado a las referidas Entidades (así como los que en su día se adscribieron a los Organismos autónomos y Entidades públicas extinguidos y a los que han sucedido las Entidades creadas por la nueva LPMM), esta Dirección General estima que han de figurar incluidos, sin duda, en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, ya que, ostentando el Estado la titularidad dominical sobre ellos, se está ante el supuesto previsto en el artículo 6.11 de la LPE, conforme al cual el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado comprenderá "los bienes del Estado, cualquiera que sea su naturaleza, demanial o patrimonial, la forma de su adquisición o el Departamento que la haya realizado".

Por lo que se refiere a los bienes y derechos integrados en los patrimonios propios de las Entidades "Puertos del Estado" y "Autoridades Portuarias" (cfr. artículos 31.1 y 49.1 de la LPMM), su inclusión en el Inventario aludido resulta, en principio, discutible, pero en opinión de este Centro Directivo, y por las consideraciones que seguidamente se exponen, puede mantenerse con fundamento razonable una conclusión negativa.

En primer lugar, el artículo 6.31 de la LPE se refiere exclusivamente a los Organismos Autónomos, entes que no agotan la variada tipología de Entidades públicas integrantes de la llamada comúnmente Administración Institucional. Ha de tenerse en cuenta que ya la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, anterior, por tanto, a la LPE, enumeraba en su artículo 5 una serie de Entidades más o menos vinculadas a la Administración del Estado que, aun siendo de Derecho público, no tenían la consideración de Organismos Autónomos y que quedaban excluidas del ámbito de aplicación de aquella Ley, por lo que la referencia que el artículo 6.31 de la LPE hace a los Organismos Autónomos ha de entenderse que lo es en sentido estricto o preciso. Por otra parte, en normas muy posteriores a la LPE, como es el caso del Real Decreto 1100/1977, de 23 de abril, por el que se impulsa la realización del Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, se sigue haciendo referencia exclusivamente a los Organismos Autónomos y no a otras Entidades Públicas distintas de aquéllos, no obstante la existencia de un apreciable número de tales Entidades en la fecha de promulgación de dicha norma reglamentaria.

En segundo lugar, la inclusión en el referido Inventario de los bienes de los Organismos Autónomos, no obstante tener éstos personalidad jurídica y patrimonio propios, distintos de los del Estado, se justifica, partiendo de su estrecha vinculación a la Administración del Estado, en la regla de que el grupo o categoría más importante -inmuebles- de los bienes de los Organismos Autónomos, en caso de ser innecesarios para el cumplimiento de sus fines, se incorporan al Patrimonio del Estado, sin que puedan ser enajenados por aquéllos (artículo 84 LPE), por lo que en cierto sentido puede hablarse de una vocación a su incorporación al Patrimonio del Estado; esto explica que el artículo 6.31 de la LPE exceptúe de la inclusión en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado aquellos bienes de los Organismos Autónomos que hayan sido adquiridos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial o para garantizar la rentabilidad de las reservas que están obligados a constituir, bienes que son precisamente los que el artículo 85 de la propia LPE excluye de la regla de incorporación al Patrimonio del Estado y de la prohibición de enajenación por los Organismos

Autónomos que establece el artículo 84 de la misma Ley. Pues bien, en las Entidades Públicas del tipo a que se refiere este extremo de la consulta (“Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias”) se aprecia un menor grado de vinculación orgánica y funcional respecto de la Administración General del Estado, en cuanto se trata de Entidades que, no obstante su condición de Entes de Derecho público, se sujetan en el ejercicio de sus actividades (como regla general) al ordenamiento jurídico privado (cfr. artículos 24.2 y 35.2 de la LPMM) con la finalidad de que apliquen criterios de “eficacia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial” (cfr. apartado 3.A) del Preámbulo de la LPMM). Como consecuencia de ello, no rige respecto de estas Entidades una regla similar a la del artículo 84 de la LPE, pudiendo, por tanto, enajenar sus bienes propios conforme exijan las necesidades de gestión.

En definitiva, y por las consideraciones precedentemente expuestas, existen argumentos jurídicos suficientes para mantener el criterio de que los bienes propios de las Entidades públicas creadas por la LPMM no han de figurar incluidos en el Inventario a que se refiere el artículo 6 de la LPE.

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.- 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.

Segunda.- El artículo 15.3 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, se refiere a bienes patrimoniales en el sentido preciso en que dichos bienes se definen en el artículo 1.1 de la Ley del Patrimonio del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 22 de abril, y no a bienes afectos a usos o servicios públicos distintos del servicio portuario, contemplando, en consecuencia, la afectación de bienes patrimoniales a dicho servicio y no un supuesto de mutación demanial.

Tercera.- Una vez acordada la inclusión de bienes patrimoniales en la zona de servicio de un puerto y dispuesta, por tanto, su afectación a la Entidad portuaria correspondiente, habrá de procederse, en su caso, a la expropiación forzosa de los derechos que sobre aquellos bienes patrimoniales ostenten los adjudicatarios de las explotaciones que se hubieran acordado al amparo de los artículos 31 a 35 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Cuarta.- El informe del Ministerio de Economía y Hacienda a que se refiere el artículo 15.3 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante no tiene carácter vinculante, carácter que tampoco puede reconocerse, a los efectos de la inclusión de bienes patrimoniales en la zona de servicio del puerto correspondiente al plan de utilización de espacios portuarios aprobado por el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. Las discrepancias que, en su caso, se susciten entre uno y otro Departamento han de ser resueltas por el Consejo de Ministros en aplicación supletoria de los artículos 115 y 125, párrafo segundo, de la Ley del Patrimonio del Estado. En el supuesto de que, emitido informe desfavorable por el Ministerio de Economía y Hacienda, lo aceptase el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, o, cuando, manteniéndose la discrepancia, hubiese resuelto el Consejo de Ministros confirmando el criterio del Ministerio de Economía y Hacienda, los bienes patrimoniales quedarán excluidos de la zona de servicio del puerto y no se afectarán a la Entidad portuaria correspondiente.

Quinta.- Tratándose de bienes y derechos que se atribuyan o adscriban por el Estado a las Entidades públicas creadas por la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, resulta necesario que la atribución o adscripción se efectúe a través de los pertinentes actos administrativos. Por el contrario, tratándose de bienes y derechos que en su día fueron adscritos por el Estado a los Organismos Autónomos “Comisión Administrativa de Grupos de Puertos” y “Juntas de Puertos” y a las Entidades públicas “Puertos Autónomos”, no son jurídicamente necesarios actos administrativos por los que formalmente se adscriban ahora esos bienes a las Entidades públicas creadas por la nueva Ley de Puertos del Estado.

Sexta.- El procedimiento de desafectación establecido en los artículos 31.4 y 49.4 de la vigente Ley de Puertos y de la Marina Mercante no es aplicable a los bienes y derechos que en su día fueron adscritos por el Estado a la “Comisión Administrativa de Grupos de Puertos”, a las “Juntas de Puertos” o a los “Puertos Autónomos” para el cumplimiento de sus respectivos fines. Tampoco es aplicable el aludido régimen de desafectación a los bienes y derechos que el Estado haya adscrito o adscriba en lo sucesivo a las Entidades Públicas “Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias” para el cumplimiento de sus fines.

Séptima.- Los bienes y derechos que el Estado adscriba a las Entidades públicas “Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias”, así como los que en su día adscribió a los Organismos Autónomos y Entidades Públicas extinguidas y a las que han sucedido aquellas Entidades, han de figurar incluidos en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado. Existen argumentos jurídicos suficientes para entender, por el contrario, que no han de incluirse en dicho Inventario los bienes integrados en los patrimonios propios de “Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias” a que se refieren los artículos 31.1 y 49.1, respectivamente, de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

55.- Informe sobre el régimen jurídico aplicable con carácter general a la desafectación de los bienes de dominio público portuario con la redacción originaria de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Resumen

Consulta sobre el régimen jurídico aplicable con carácter general a la desafectación de los bienes del dominio público portuario y, específicamente, a la posibilidad legal de desafectación y enajenación por la correspondiente Autoridad Portuaria (A.P.) de determinadas parcelas. Conclusiones: a) Las normas sobre competencia y procedimiento contenidas en los artículos 31.4 y 49.4 de la Ley de Puertos y de la Marina Mercante (LPMM) son aplicables a la desafectación de todos los bienes de dominio público portuario estatal cuya gestión corresponde al Ente Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias; b) Los bienes del Estado de carácter patrimonial adscritos a dichos Entes continúan plenamente sometidos a lo dispuesto en los artículos 80 a 83 de la LPE; c) La desafectación de las parcelas específicamente aludidas en la consulta se considera ajustada a derecho, pero, al ser terrenos ganados al mar, forman parte del dominio público marítimo-terrestre (ex Ley de Costas), por lo que no pueden pasar al patrimonio de la A.P. ni ser enajenados por ésta a particulares; d) Actuaciones a realizar por la D.G. de Costas para evitar el quebranto del demanio marítimo-terrestre.

Ref.: A.E H-PATRIMONIO 31/96

Fecha: 29 de agosto de 1996

Ponente: Javier Lamana Palacios

Observaciones

Atualmente, los artículos 31.4 y 49.4 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante deben entenderse sustituida por los artículos 69.4.e) y 44 del actual TRLPEMM. Debe tenerse presente igualmente el artículo 43 del mismo TR, sobre adscripción de bienes patrimoniales del Estado a los organismos publicos portuarios. Los artículos 80 a 83 de la LPE han sido sustituidos por los artículos 73 y ss de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Texto del Informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por V.I., en relación con el régimen jurídico aplicable con carácter general a la desafectación de los bienes del dominio público portuario y, específicamente, a la posibilidad legal de la desafectación de las parcelas "Isla de Talleres," "V Centenario" y "Explanada de San Lorenzo," situadas en la Zona de Servicio del Puerto de Melilla, acordada por el Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, mediante Orden de 9 de febrero de 1996.

Analizadas las cuestiones planteadas, esta Dirección General procede a emitir el siguiente informe:

ANTECEDENTES

- 1) A petición de la Dirección General del Patrimonio del Estado, este Centro Directivo emitió informe, con fecha 11 de octubre de 1994 (Ref. AEH - Patrimonio 53/94), en relación con diversas cuestiones suscitadas por la aplicación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPMM).

La conclusión sexta de dicho informe señalaba que "el procedimiento de desafectación establecido en los artículos 31.4 y 49.4 de la vigente LPMM no es aplicable a los bienes y

derechos que en su día fueron adscritos por el Estado a la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos, a las Juntas de Puertos o a los Puertos Autónomos para el cumplimiento de sus respectivos fines. Tampoco es aplicable el aludido régimen de desafectación a los bienes y derechos que el Estado haya adscrito o adscriba en lo sucesivo a las Entidades Públicas Puertos del Estado y Autoridades Portuarias para el cumplimiento de sus fines”

2) En virtud de Orden dictada el 9 de febrero de 1996, el Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, aplicando lo previsto en el artículo 49.4 de la LPMM, acordó desafectar del dominio público portuario estatal las parcelas sitas en la Zona de Servicio del Puerto de Melilla denominadas “Isla de Talleres”, “V Centenario” y “Explanada de San Lorenzo” (la primera y la tercera procedentes de terrenos ganados al mar, como se señala expresamente en la propia Orden) e incorporarlas al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Melilla, que “podrá proceder a su enajenación o permuta con los requisitos señalados en dicho artículo”. La Orden se dictó previa declaración de innecesariedad adoptada por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla e informe favorable de la Dirección General de Costas.

3) Con fecha 23 de febrero de 1996, la Delegada de Economía y Hacienda de Melilla se dirigió al Subdirector General del Patrimonio del Estado, comunicándole haber tenido conocimiento de la intención de la Autoridad Portuaria de Melilla de enajenar directamente a una cooperativa de viviendas

la parcela “Explanada de San Lorenzo”, en la Zona de Servicio del Puerto de aquella localidad; y manifestando su criterio de que la citada Autoridad Portuaria no puede disponer del mencionado terreno, por ser un bien demanial afecto al servicio público portuario, adscrito en su día por el Estado a la extinguida Junta del Puerto, y que ha conservado su calificación jurídica originaria.

4) Como consecuencia de la anterior comunicación, el Director General del Patrimonio del Estado se dirigió a la Autoridad Portuaria de Melilla el 8 de marzo de 1996, advirtiéndole que, de acuerdo con los criterios del informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 11 de octubre de 1994, la venta del terreno de referencia podría ser nula de pleno derecho, “dada la indisponibilidad de los bienes adscritos y la Inaplicabilidad del procedimiento de desafectación regulado en el artículo 49.4 de la LPMM, debiendo seguirse sobre ellos las normas generales contenidas en la Ley del Patrimonio del Estado, en especial, las previstas en los artículos 82 y 83 de la misma, por lo que si la referida finca, como consecuencia de su declaración como sobrante, no cumple el fin que motivó su adscripción, debería entregarse a esta Dirección General” (la del Patrimonio del Estado).

5) En contestación al escrito citado en el apartado anterior, el Presidente del Ente Público Puertos del Estado se dirigió al Director General del Patrimonio del Estado, con fecha 16 de mayo de 1996, manteniendo el criterio de que, con arreglo al artículo 49.4 de la LPMM, los bienes de dominio público portuario estatal pueden ser desafectados por el Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, con lo que se incorporan al patrimonio propio de las Autoridades Portuarias (salvo que conserven características naturales de bienes de dominio público marítimo terrestre, en cuyo caso recobran automáticamente el destino propio de éstos), pudiendo realizar aquellas Autoridades los actos de disposición de los referidos bienes que tengan por conveniente.

Asimismo, el Presidente del Ente Público Puertos del Estado señalaba que en el presente supuesto (parcela sita en la “Explanada de San Lorenzo” de Melilla) se trata de una parcela procedente de terrenos ganados al mar mediante la ejecución de obras, no adscrita por el Estado a la Autoridad Portuaria, por lo que no se produce el caso planteado en el escrito de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

6) Como consecuencia de las actuaciones a las que se ha hecho mención en los anteriores antecedentes, el Director General del Patrimonio del Estado se dirige a este Centro Directivo, con fecha 17 de junio de 1996, formulando consulta sobre los siguientes extremos:

- a) “Si legalmente compete a esta Dirección General (la consultante) tomar alguna medida contra la desafectación efectuada y, sobre todo, contra la posible venta posterior realizada por la Autoridad Portuaria de Melilla y, en caso afirmativo, cuál sería el procedimiento adecuado para ello.”
- b) Si el “patrimonio adscrito” a que se refiere el apartado V del informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado “está compuesto exclusivamente por los bienes respecto de los cuales el Ministro de Economía y Hacienda ha dictado el pertinente Acuerdo de adscripción según lo regulado en el artículo 80 de la LPE, esto es, si se refiere exclusivamente a bienes patrimoniales formalmente entregados a organismos autónomos u otras entidades públicas para el cumplimiento de sus fines, como parece dar a entender Puertos del Estado, o si por el contrario, dicho patrimonio adscrito se compone del conjunto de bienes gestionados por las Autoridades Portuarias que, por exclusión, no estén integrados en su patrimonio propio y cuya titularidad corresponde en última instancia al Estado, y que comprendería tanto los bienes de dominio público por naturaleza cuya gestión encomienda la propia Ley de Puertos a las Autoridades Portuarias, como los adscritos por el Estado en su día a los organismos y entidades de los que son continuadoras y los que se directamente se adscriban a aquéllas;” criterio mantenido por la Dirección General del Patrimonio del Estado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Por razones de sistemática, se procederá a examinar en primer lugar la segunda de las cuestiones planteadas por el Director General del Patrimonio del Estado (en lo sucesivo, DGPE) relativa a la determinación de cuáles son los bienes de titularidad del Estado afectados o adscritos al Ente Público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias para la gestión del servicio público portuario a los que resulta de aplicación el procedimiento de desafectación establecido en los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM.

A este respecto, como se señala en la solicitud de informe, existen dos criterios divergentes:

El mantenido por el Ente Público Puertos del Estado, según el cual el procedimiento regulado en los artículos 32.4 y 49.4 de la LPMM no regirá respecto de los bienes patrimoniales del Estado adscritos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (en adelante, LPE), a los Entes Públicos actualmente encargados de la prestación del servicio público portuario (Puertos del Estado y Autoridades Portuarias) o a los Entes y Organismos extinguidos que les precedieron en el desempeño de esta función; pero sí será aplicable aquel procedimiento respecto a todos los bienes integrantes del dominio público portuario estatal cuya gestión compete a los citados Entes Públicos.

El expresado por la DGPE, con arreglo al cual el aludido procedimiento no será de aplicación en ningún caso a los bienes gestionados por estos Entes Públicos que no se encuentren integrados en sus patrimonios propios y cuya titularidad corresponda “en última instancia al Estado” (tanto si son bienes de dominio público por naturaleza, cuya gestión encomienda la LPMM a los Entes Públicos que crea, como si se trata de bienes demaniales adscritos en su día a los Entes y Organismos extinguidos por dicha Ley o que se adscriban directamente a los actuales Entes que han sucedido a aquéllos).

La opinión de esta Dirección General en relación con esta materia es que el procedimiento de desafectación regulado en los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM es aplicable a todos los bienes de dominio público estatal afectados al servicio público portuario cuya gestión

compete a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, pero no puede extenderse a los bienes patrimoniales del Estado adscritos a los citados Entes Públicos. Esta opinión (que aclara o puntualiza, en lo que pueda ser necesario, el contenido del anterior informe de este Centro de 11 de octubre de 1994, antes citado) se fundamenta en las consideraciones que se exponen a continuación:

1º) El procedimiento ordinario de desafectación de los bienes de dominio público estatal es el regulado en los artículos 120 a 123 de la LPE. El primero de estos preceptos establece una regla general de competencia, al disponer que “la desafectación de los bienes que no sean precisos al uso general o a los servicios públicos compete al Ministerio de Hacienda (actualmente, de Economía y Hacienda), cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para su adquisición, el Departamento que la hubiera realizado, o la causa por la que hubieran pasado al dominio del Estado, salvo lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 125 de esta Ley (que prevé que en caso de discrepancia entre el Departamento interesado y el Ministerio de Economía y Hacienda acerca de la desafectación, resolverá el Consejo de Ministros, a propuesta del de Economía y Hacienda)”

Los artículos 121 al 123 de la LPE desarrollan la regulación del procedimiento de desafectación de los bienes demaniales el Estado, estableciendo, en esencia, los siguientes trámites:

Comunicación del Departamento que administraba el bien a la DGPE, identificando aquél e indicando las causas que determinen su desafectación.

Tramitación del expediente por la DGPE.

Formalización del acta de entrega del bien al Patrimonio del Estado, con intervención de un representante del Ministerio interesado y otro de la DGPE.

Recepción formal del bien por el Ministerio de Economía y Hacienda, momento en el aquél perderá el carácter demanial y se incorporará al Patrimonio del Estado.

2º) Este procedimiento ordinario de desafectación, establecido con carácter general por la LPE para todos los bienes de dominio público estatal (“cualquiera que haya sido el procedimiento seguido para su adquisición, el Departamento que la hubiera realizado, o la causa por la que hubieran pasado al dominio público”, en la dicción del artículo 120 de la citada Ley), era el aplicable a los bienes demaniales afectados al servicio público portuario hasta la entrada en vigor de la LPMM.

Sin embargo, la LPMM introdujo importantes modificaciones en la regulación legal del procedimiento de desafectación aplicable a los bienes de dominio público portuario, para los que estableció las siguientes normas especiales, según se trate de bienes gestionados por el Ente Público Puertos del Estado o por las Autoridades Portuarias:

Artículo 31.4 (para Puertos del Estado): “Los bienes de dominio público que no sean precisos para el cumplimiento de sus fines serán desafectados por el Ministro de Obras Públicas y Transportes (esta referencia debe entenderse actualmente al Ministro de Fomento, al igual que las restantes realizadas a aquél Departamento o a su titular en los artículos de la LPMM reproducidos en este dictamen), previa declaración de innecesariedad por el Consejo Rector de Puertos del Estado, y se incorporarán al patrimonio del mismo, quien podrá proceder a su enajenación o permuta. Si el valor fuera superior a tres mil millones, su enajenación deberá, además, ser autorizada por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas y Transportes”

Artículo 49.4 (para las Autoridades Portuarias): “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, quien podrá proceder a su enajenación o permuta. Si

el valor fuera superior a quinientos millones de pesetas y no excediera de tres mil millones, su enajenación deberá, además, ser autorizada por Puertos del Estado, y por el Gobierno cuando sobrepase esta última cantidad.

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.”

Estas normas especiales de competencia y procedimiento para la desafectación demanial dejaron sin efecto las reglas generales de la LPE, respecto de los bienes del dominio público portuario, por imperativo de los principios de derogación de las normas anteriores por las posteriores y de las generales por las especiales (“lex posterior derogat priori” y “lex specialis derogat generalis”).

En cuanto a la determinación concreta de los bienes a los que serán aplicables las normas sobre competencia y procedimiento de desafectación contenidas en los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM (materia que constituye el objeto de la segunda de las consultas formuladas por la DGPE), este Centro Directivo, como ya se anticipó, entiende que la extensión objetiva de dichos preceptos engloba la totalidad de los bienes de dominio público afectados al servicio público portuario, pero no alcanza a los bienes patrimoniales del Estado adscritos a los Entes Públicos portuarios. A todo ello se hará referencia detallada a continuación.

3º) En primer lugar, se entiende que la generalidad de las expresiones utilizadas por los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM (“bienes de dominio público”, en el primero, y “bienes de dominio público portuario”, en el segundo), no permiten excepcionar de su ámbito de aplicación a ninguno de los bienes demaniales estatales afectados a los Entes gestores del servicio público portuario, teniendo en cuenta el principio hermenéutico conforme al cual el intérprete no puede establecer distinciones allí donde la norma no las hace (“ubi lex non distinguet, nec nos distinguere debemus”).

Por tanto, las reglas de procedimiento y competencia establecidas en los aludidos preceptos de la LPMM regirán para la desafectación de todos los bienes demaniales portuarios a que se refiere el artículo 53 de la propia LPMM, que dispone lo siguiente:

“Pertenece al dominio público portuario estatal:

- a) Los terrenos, obras e instalaciones fijas portuarias de titularidad estatal afectados al servicio de los puertos.
- b) Los terrenos e instalaciones fijas que las Autoridades Portuarias adquieran mediante compraventa, expropiación o por cualquier otro título para el cumplimiento de sus fines, cuando sean debidamente afectados.
- c) Las obras que el Estado o las Autoridades Portuarias realicen sobre dicho dominio.
- d) Las obras construidas por los titulares de una concesión de dominio público portuario, una vez extinguida ésta.
- e) Los terrenos, obras e instalaciones fijas de señalización marítima, afectados a las Autoridades Portuarias para esta finalidad.
- f) Los espacios de agua incluidos en la zona de servicio de los puertos.”

Por consiguiente, siempre que se pretenda desafectar cualquiera de los bienes de dominio público portuario a que se refiere el artículo 53 de la LPMM, habrá de observarse lo dispuesto en cuanto a competencia y procedimiento en los artículos 31.4 y 49.4 de la citada Ley (sin que resulten aplicables en estos supuestos las previsiones generales sobre desafectación contenidas en los artículos 120 al 123 de la LPE).

En consonancia con lo anterior, este Centro Directivo considera que en los mencionados preceptos de la LPMM no existe fundamento alguno que permita excluir de su aplicación a ninguno de los bienes demaniales afectados al servicio público portuario, ni, por tanto,

mantener, como propone la DGPE, que se excepcionen de su ámbito objetivo todos los bienes demaniales gestionados por los Entes Públicos portuarios, no integrados en sus patrimonios propios, y cuya titularidad “corresponda en última instancia al Estado”. La desafectación de estos bienes de dominio público (como la de cualesquiera otros de igual naturaleza jurídica que gestionen los Entes Públicos portuarios) habrá de acordarse, cuando se considere procedente, por el Ministro de Fomento, previos los trámites legalmente previstos, y tras la desafectación, se incorporarán al patrimonio de Puertos del Estado o de la correspondiente Autoridad Portuaria, de acuerdo con lo previsto en los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM.

4^o) Cuestión diferente es la relativa a los bienes patrimoniales del Estado adscritos a los Entes Públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias o a los Entes y Organismos que precedieron a aquéllos en el ejercicio de sus funciones hasta la entrada en vigor de la LPMM (Comisión Administrativa de Grupos de Puertos, Puertos Autónomos y Juntas de Puertos), con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 80 y siguientes de la LPE.

Debe recordarse que el artículo 80 de la LPE (precepto modificado, como el siguiente artículo 81, por la disposición adicional 11 de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre) establece que “los Organismos del Estado podrán solicitar del Ministerio de Economía y Hacienda, por conducto del Departamento del que dependan, la adscripción de bienes inmuebles del Patrimonio del Estado para el cumplimiento de sus fines. Los Organismos que reciban dichos bienes no adquirirán su propiedad y habrán de utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines que determine la adscripción, bien sea de forma directa, bien mediante la percepción de sus rentas o frutos”. Los artículos 81 a 83 del mismo texto legal complementan esta regulación con las previsiones siguientes:

“Los Acuerdos de adscripción se adoptarán por el Ministro de Economía y Hacienda en virtud de discrecional ponderación de las razones aducidas por el Organismo solicitante, expresando concretamente el fin a que los bienes han de ser destinados” (artículo 81).

Si los bienes adscritos no fuesen destinados al uso previsto o dejaran de serlo posteriormente, se considerará resuelta la adscripción y “revertirán aquéllos al Estado” (artículo 82, en relación con el artículo 79).

El Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la DGPE, fiscalizará la aplicación de estos bienes al fin para el que se adscribieron y promoverá, en su caso, su reincorporación al Patrimonio del Estado (artículo 83).

Teniendo en cuenta la diferencia de naturaleza jurídica y de régimen normativo que presentan los bienes patrimoniales del Estado adscritos a los Entes Públicos portuarios y los bienes integrantes del dominio público estatal afectados al servicio público portuario, debe concluirse que no regirá respecto de los primeros la regulación de la desafectación demanial prevista en los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM. Esta afirmación se funda, ante todo, en el propio tenor literal de dichos artículos, que se refieren, en términos categóricos, a los “bienes de dominio público” (por consiguiente, no a los patrimoniales); y, en segundo lugar, en la configuración técnico-jurídica de la institución de la “desafectación”, que por su misma naturaleza solamente es predicable de los bienes previamente “afectados”, esto es, incorporados al demanio mediante un acto administrativo adoptado a tal efecto (y nunca aplicable a los bienes patrimoniales, puesto que éstos no están “afectados” al uso o servicio público, que es lo que determina el carácter demanial).

De acuerdo con lo anterior, esta Dirección General sostiene el criterio de que los bienes patrimoniales del Estado adscritos a los Entes Públicos gestores del servicio público portuario quedan fuera del ámbito objetivo de los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM. Asimismo, entiende que este texto legal no ha introducido modificación alguna respecto al régimen jurídico de los bienes a que ahora se hace referencia, por lo cual seguirán estando sujetos a las disposiciones de los artículos 80 al 83 de la LPE, anteriormente citados, de tal forma que Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias habrán de continuar utilizándolos para el fin que motivó su adscripción y, caso de no hacerlo así, la DGPE estará facultada para promover su

reincorporación a dicho Patrimonio, sin que en ningún supuesto los Entes Públicos portuarios adquieran su titularidad ni puedan disponer de ellos (únicamente podrán utilizarlos para el fin preestablecido por el acto de adscripción, ya sea directamente o por percepción de sus frutos o rentas, ex artículo 80 de la LPE).

- II -

Procede seguidamente examinar la otra cuestión consultada por la DGPE, que versa sobre la posible competencia de dicho Centro Directivo para la adopción de alguna medida contra la desafectación, acordada por la Orden Ministerial reseñada en el antecedente 2 , de las parcelas denominadas “Isla de Talleres”, “V Centenario” y “Explanada de San Lorenzo”, situadas en la Zona de Servicio del Puerto de Melilla, y, “sobre todo, contra la posible venta posterior realizada por la Autoridad Portuaria de Melilla”.

En relación con esta cuestión, es preciso exponer, ante todo, las siguientes consideraciones:

1º) Como se ha señalado en el fundamento I del presente dictamen, las normas aplicables a la desafectación de los bienes de dominio público portuario cuya gestión compete a las Autoridades Portuarias corresponde al Ministro de Fomento (hasta la promulgación del Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo, de reestructuración de Departamentos ministeriales, las ostentaba el Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente), en los términos preceptuados por el artículo 49.4 de la LPMM.

Las tres parcelas anteriormente mencionadas, situadas en la Zona de Servicio del Puerto de Melilla, delimitada por Orden del Ministro de Obras Públicas de 15 de julio de 1977 (y subsistente hasta su nueva delimitación de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la LPMM, al amparo de su disposición adicional primera), tienen el carácter de bienes de dominio público portuario, por lo que su desafectación, acordada por Orden del Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 9 de febrero de 1996, se considera conforme con la legalidad vigente, ya que se realizó (según se indica en la propia Orden) previo cumplimiento de los trámites previstos en el mencionado artículo 49.4 de la LPMM, ya que:

- El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Melilla, en Acuerdo de 6 de abril de 1995, declaró la innecesariedad de estas parcelas para el cumplimiento de fines portuarios.
- La Dirección General de Costas emitió informes de 3 de agosto y 27 de diciembre de 1995, manifestando que las parcelas son innecesarias para la protección y defensa del dominio público marítimo-terrestre.

Por tanto, ninguna objeción de índole jurídica puede formularse, en principio, a la desafectación acordada en el apartado primero de la Orden de 9 de febrero de 1996, que resultaba procedente si las parcelas ya no eran necesarias para el cumplimiento de los fines portuarios, y que fue verificada con observancia de los trámites procedimentales legalmente exigidos.

2º) No obstante lo anterior, sí que procede realizar una importante observación de legalidad al apartado segundo de la citada Orden de 9 de febrero de 1996, por el que se dispone que “las fincas desafectadas se incorporan al patrimonio de la Autoridad portuaria de Melilla, quien podrá proceder a su enajenación o permuta con los requisitos señalados en el artículo 49.4 de la LPMM”.

Ciertamente, el destino previsto con carácter general en los artículos 31.4 y 49.4 de la LPMM para los bienes desafectados del dominio público portuario es el de su incorporación al patrimonio del Ente Público portuario (en este caso, al de la Autoridad Portuaria de Melilla), con la expresa atribución de la facultad de enajenarlos o permutarlos.

Ahora bien, aunque ésta sea la regla general, no puede desconocerse que el segundo párrafo del artículo 49.4 de la LPMM regula un supuesto especial, que es el de los bienes que, habiendo sido desafectados del dominio público portuario, siguen conservando “sus características naturales de bienes de dominio público marítimo-terrestre conforme a lo previsto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas”. Estos bienes (entre los que el reiterado precepto cita, a título de ejemplo, “las playas o zonas de depósito de materiales sueltos”, aunque su previsión alcanza a todos los definidos como demaniales en virtud de su configuración física por la citada Ley de Costas), en lugar de integrarse en el patrimonio de la Autoridad Portuaria, “se incorporarán automáticamente al uso propio del dominio público marítimo-terrestre regulado por dicha Ley”.

Esta previsión legal tiene su justificación en las circunstancias fácticas y jurídicas que se exponen a continuación:

La situación geográfica de los puertos marítimos hace inevitable, por razones obvias, que queden integrados en el dominio público “portuario” (es decir, afectados a la prestación del servicio público portuario) ciertos bienes que forman parte del dominio público “marítimo-terrestre”, definido en el artículo 132.2 de la Constitución Española y en los artículos 3 al 6 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (en sucesivas referencias, LC). Es evidente que la configuración física de los puertos implica que sea imprescindible que éstos ocupen aguas marítimas y terrenos que revisten las características naturales de bienes de dominio público marítimo-terrestre.

Esta evidente exigencia se prevé en el artículo 14.2 de la LPMM, con arreglo al cual, “se considera dominio público portuario estatal el dominio público marítimo terrestre afecto a los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal”.

Por consiguiente, y para exponer la situación de una forma gráfica, podría decirse que en ciertos casos el dominio público portuario queda “superpuesto” al dominio público marítimo-terrestre, de manera que determinados bienes, integrados constitucional o legalmente en el demanio marítimo-terrestre (por ejemplo, la ribera del mar y de las rías, el mar territorial y las aguas interiores, las accesiones a la ribera del mar por depósitos de materiales o retirada del mar, los terrenos ganados al mar y los desecados en su ribera, los terrenos invadidos por el mar que pasen a formar parte de su lecho, etc.: cfr. artículos 132.2 de la Constitución y 3 al 6 de la LC), se incorporan también al demanio portuario (cuando, además de revestir las correspondientes características físicas, se afectan al servicio público portuario con arreglo a la LPMM).

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente cuál es la razón de ser del segundo párrafo del artículo 49.4 de la LPMM. Se trata de impedir que la desafectación del dominio público portuario de un determinado bien, cuyas características naturales obligan a considerarlo integrado en el demanio marítimo-terrestre, pueda causar un detrimento a este último, como sucedería si, en aplicación de la regla del primer párrafo del precepto, se integrara el bien en el patrimonio privativo de la Autoridad Portuaria, con facultad de la misma para enajenarlo.

El artículo 49.4 de la LPMM evita este posible perjuicio al dominio público marítimo-terrestre, disponiendo que en tales supuestos el bien se incorpore automáticamente al uso propio de aquel dominio público, de acuerdo con lo establecido en la LC. De esta forma, al desaparecer la condición de dominio público portuario que ostentaba el bien desafectado, “reaparece” la de dominio público marítimo-terrestre, que, volviendo a la figura antes empleada, “subyacía” bajo la primera.

En definitiva, los bienes a que se está haciendo referencia no dejan de ser de dominio público por la desafectación acordada de conformidad al artículo 49.4 de la LPMM, sino que, tras dicha desafectación, continúan integrados en el dominio público estatal, si bien ya no se hallan afectados al servicio portuario. En este sentido, se produce respecto de ellos, más que una “desafectación demanial” (en el estricto sentido técnico del término), lo que cabría

calificar como una “mutación demanial,” que se refiere únicamente a su destino y no altera su naturaleza jurídica de bienes de dominio público.

Cabe añadir que precisamente es la observancia de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 49.4 de la LPMM la razón que justifica la exigencia del informe de la Dirección General de Costas, previsto en el párrafo primero del mismo precepto como trámite a cumplimentar en toda desafectación de bienes demaniales por las Autoridades Portuarias, “a efectos de la protección y defensa del dominio público marítimo-terrestre.”

3º) En el caso objeto del presente informe, debe ponerse de manifiesto que dos de las parcelas desafectadas en virtud de la reiterada Orden del Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 9 de febrero de 1996 (concretamente, las denominadas “Isla de Talleres” y “Explanada de San Lorenzo”) corresponden a terrenos ganados al mar, como se señala de forma expresa en la parte expositiva de la citada Orden.

En este mismo sentido, el informe emitido por la Secretaría General Técnica del mencionado Departamento con fecha 8 de febrero de 1996 destaca que la parcela “Explanada de San Lorenzo” consta de “terrenos ganados al mar como consecuencia de obras realizadas a principios de siglo,” si bien nada señala respecto de la parcela “Isla de Talleres”; y el escrito del Presidente del Ente Público Puertos del Estado de 16 de mayo de 1996 indica que “en el presente supuesto nos encontramos ante una parcela procedente de terrenos ganados al mar” (refiriéndose también, al parecer, a la parcela sita en la “Explanada de San Lorenzo,” mencionada en el primer párrafo del escrito).

En criterio de esta Dirección General, la condición natural de terrenos ganados al mar de las aludidas parcelas conlleva, por imperativo de los preceptos de la LC que enseguida se citarán, su inclusión en el dominio público marítimo-terrestre. Por esta causa, les será de aplicación el párrafo segundo del artículo 49.4 de la LPMM, de manera que, una vez desafectadas del dominio público portuario, no pueden incorporarse al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Melilla, ni tampoco ser enajenadas o permutadas por este Ente Público en favor de particulares; sino que han quedado automáticamente incorporadas al uso propio del demanio marítimo-terrestre (al que pertenecen por disposición de la ley).

En efecto, conforme al artículo 4 de la LC, “pertenecen asimismo al dominio público marítimo-terrestre estatal: ... 2. Los terrenos ganados al mar como consecuencia directa o indirecta de obras, y los desecados en su ribera.”

La demanialidad de los terrenos ganados al mar, por tanto, deriva de una declaración legal expresa, que asocia tal condición jurídica a una característica física de estos bienes. Se trata, pues, de bienes de dominio público “natural,” determinado “ex lege”; y que únicamente podrían dejar de serlo en virtud de una declaración legal en contrario, pero nunca mediante la adopción de actos administrativos singulares.

En este sentido, el artículo 7 de la LC establece una regla general de indisponibilidad, a cuyo tenor “conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Constitución, los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en esta Ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

En el caso de los bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre “natural” (definidos legalmente por sus características físicas, sin necesidad de afectación mediante actos administrativos dictados al efecto), no cabe desafectación que no sea por una norma de rango legal posterior, como se deduce de lo previsto en los artículos 18 y 19 de la LC, que únicamente admiten la desafectación de los terrenos demaniales citados en los apartados 5 y 10 del artículo 4 de la misma Ley (terrenos que pierden sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre; y obras e instalaciones de iluminación y señalización), pero no la de los restantes bienes enumerados en dicho precepto, entre los que se encuentran los terrenos ganados al mar.

También es de capital importancia, a los efectos del presente informe, lo establecido en el artículo 9 de la LC, conforme al cual “1. No podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 49 (relativo a la adscripción de bienes demaniales a las Comunidades Autónomas para la construcción de nuevos puertos). 2. Serán nulos de pleno derecho los actos administrativos que infrinjan lo dispuesto en el apartado anterior. Los actos particulares en fraude del mencionado precepto no impedirán la debida aplicación del mismo.”

Con esta previsión se desarrolla el principio de política legislativa recogido en el apartado IV de la Exposición de motivos de la propia LC, que se refiere precisamente a los terrenos ganados al mar, como son los que nos ocupan en el momento presente, indicando que “se ha considerado conveniente eliminar la posibilidad de adquirir la propiedad de los terrenos ganados al mar o de cualquier otra porción del dominio público como consecuencia de la realización de obras, ya que estas actuaciones proporcionan frecuentemente cobertura a operaciones de especulación inmobiliaria, y en todo caso van en detrimento del dominio público.”

Lo establecido en los preceptos expuestos, y muy especialmente la norma contenida en el artículo 9 de la LC (en el que, como se vio, se hace referencia expresa a los terrenos ganados al mar), que, por otra parte, no es sino la lógica consecuencia de las previsiones contenidas en los artículos 3 al 6, 7, y 18 y 19 de la misma Ley, confirma el criterio de este Centro Directivo en relación con la reincorporación al uso propio del demanio marítimo-terrestre de las dos parcelas “Isla de Talleres” y “Explanada de San Lorenzo” (que forman parte del dominio público marítimo-terrestre delimitado legalmente por su condición natural de terrenos ganados al mar), una vez desafectadas del demanio portuario y con la absoluta interdicción legal de realizar cualquier acto de enajenación de estas dos parcelas en favor de particulares.

Por todo lo anterior, cabe concluir que la previsión contenida en el apartado segundo de la Orden del Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 9 de febrero de 1996, en cuanto a la incorporación de las parcelas “Isla de Talleres” y “Explanada de San Lorenzo” al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Melilla (con expresa habilitación a ésta para su posterior “enajenación o permuta”) se encuentra viciada de nulidad de pleno derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.2 de la LC, que asocia tal calificación jurídica a cualquier acto administrativo por el que pretendan excluirse del dominio público marítimo-terrestre bienes integrados en el mismo (como son los ganados al mar, condición natural que, según se ha reiterado, revisten las dos parcelas anteriormente aludidas).

- III -

Para concluir el presente dictamen, debe completarse lo expuesto en el fundamento precedente con el análisis de la cuestión relativa a las medidas que concretamente pudiera adoptar, en su caso, la DGPE “contra la desafectación” de las parcelas sitas en la Zona de Servicio del Puerto de Melilla y “contra la posible venta posterior” por la Autoridad Portuaria correspondiente.

A fin de resolver esta cuestión, deben distinguirse los siguientes aspectos:

- 1º) De conformidad con lo expuesto en el fundamento I de este informe, el Ministro de Fomento resulta competente, previo cumplimiento de los trámites previstos en los artículos 31.4 y 49.4, para la desafectación de los bienes de dominio público portuario que no resulten necesarios para el cumplimiento de fines de esta índole; y, una vez desafectados, dichos bienes se integrarán en el patrimonio del correspondiente Ente Público, salvo que forme parte del demanio marítimo-terrestre, en cuyo caso se reincorporarán al uso propio del mismo previsto en la LC (cfr. artículo 49.4, “in fine”).

Por tanto, la DGPE no deberá ni, en rigor, podrá adoptar medida alguna en los supuestos en que el Ente Público Puertos del Estado o las Autoridades Portuarias ejerzan sus competencias de desafectación demanial en los términos en que les son atribuidas por los indicados preceptos legales. Así ocurre, en el caso concreto analizado en este informe, en lo atinente a la parcela denominada “V Centenario”, en la Zona de Servicio del Puerto de Melilla (aunque no, como quedó constatado, en cuanto a las otras dos parcelas desafectadas).

Por el contrario, la DGPE deberá, lógicamente, emprender las actuaciones pertinentes para la defensa de la integridad del Patrimonio del Estado, en todos los hipotéticos supuestos en los que los Entes Públicos gestores del servicio portuario pretendieran incorporar a sus propios patrimonios, o enajenar a terceros, bienes estatales de carácter patrimonial que les hubieran sido adscritos (a los citados Entes o los que les precedieron en la prestación del servicio público portuario con anterioridad a la promulgación de la vigente LPMM) para cumplir sus fines de acuerdo con el artículo 80 de la LPE, ya que tales actuaciones carecerían de cobertura en los artículos 31.4 y 49.4 de la LPE. Todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 de la LPE, conforme al cual, “Corresponde al Ministerio de Hacienda (actualmente, de Economía y Hacienda) a través de la Dirección General de Patrimonio del Estado, fiscalizar la aplicación de los bienes inmuebles adscritos a los Organismos Autónomos al fin para el que fueron cedidos por el Patrimonio del Estado, y promover, en su caso, la reincorporación al mismo”.

2º) En el supuesto de las parcelas “Isla de Talleres” y “Explanada de San Lorenzo”, también ubicadas en el Puerto de Melilla, existen circunstancias peculiares que hacen imprescindible su examen pormenorizado.

Tal y como se indicó anteriormente, la desafectación de estas parcelas, en virtud de lo dispuesto en el apartado primero de la Orden del Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 9 de febrero de 1996, no plantea problemas de legalidad, por ser ajustada al artículo 49.4 de la LPMM. Sin embargo, por las razones que se detallaron, se considera que el segundo apartado de la citada Orden se halla viciado de nulidad plena, al acordar la incorporación al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Melilla, e incluso autorizar la ulterior “enajenación o permuta”, de sendas parcelas ganadas al mar y, por ello, integrantes del inalienable dominio público marítimo-terrestre “por naturaleza”.

En cuanto a las medidas a adoptar respecto de esta materia, procede formular las consideraciones que siguen:

El artículo 203.3 del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, encomendó al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente el ejercicio de las competencias estatales relacionadas en el apartado 1 del mismo precepto, entre las que figura (epígrafe c), “la tutela y policía del dominio público marítimo-terrestre”.

Estas competencias han de entenderse atribuidas actualmente al Ministerio de Medio Ambiente, que al ser creado por el Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo, de reestructuración de Departamentos ministeriales, asumió la mayoría de las que venía ejerciendo la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda, y en cuya estructura orgánica ha quedado integrada la Dirección General de Costas, dependiente de la Secretaría de Estado de Aguas y Costas, de acuerdo con el artículo 11.1.a del Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo.

La competencia de la Dirección General de Costas en esta materia venía establecida por el artículo 5.1 del Real Decreto 1316/1991, de 5 de junio (modificado por el Real Decreto 599/1992), que la faculta para la “adopción de las medidas necesarias para asegurar la integridad y adecuada conservación del dominio público marítimo-terrestre” y para su “gestión, tutela y policía”.

De acuerdo con estas normas atributivas de competencias, en la actualidad será el Ministerio de Medio Ambiente, a través de la Dirección General de Costas, el competente para

adoptar cuantas medidas sean necesarias para evitar que las parcelas de dominio público marítimo-terrestre desafectadas por la Orden de 9 de febrero de 1996 queden integradas en el patrimonio de la Autoridad Portuaria de Melilla, e incluso lleguen a ser enajenadas a particulares.

Llegados a este punto, debe ponerse de manifiesto que, de conformidad con lo exigido por el artículo 49.4 de la LPMM, la referida Orden fue sometida a la Dirección General de Costas e informada favorablemente por ésta, antes de ser aprobada por el Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. Si bien los informes emitidos por aquel Centro Directivo no constan en el expediente examinado, la parte expositiva de la Orden indica que el citado Centro “en sus informes de 3 de agosto y de 27 de diciembre de 1995, ha señalado que estas parcelas son innecesarias para la protección y defensa del dominio público marítimo-terrestre.”

A juicio de esta Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, sería conveniente someter a la consideración de la Dirección General de Costas el contenido del presente dictamen, por si a la vista del mismo entendiera que procede realizar alguna actuación dirigida a la tutela de las parcelas “Isla de Talleres” y “Explanada de San Lorenzo” (puesto que lo trascendental a estos efectos no es que sean o no “necesarias para la protección y defensa del dominio público marítimo-terrestre”, sino que ellas mismas “forman parte” de dicho dominio público).

En lo relativo a las actuaciones precisas a emprender para evitar la producción de un posible perjuicio al demanio marítimo-terrestre, pueden apuntarse las siguientes:

- a) En primer lugar, se considera pertinente comunicar a la Autoridad Portuaria de Melilla que no debe enajenar a particulares ninguna de las dos parcelas demaniales de referencia, ya que tal actuación supondría la aparente adquisición de bienes demaniales (viciada de nulidad plena, en todo caso) por particulares, en vulneración de los artículos 49.4 de la LPMM y 7 y 9 de la LC.

Es aconsejable efectuar la aludida comunicación con carácter urgente, ya que parece existir el propósito de “enajenar directamente” la parcela “Explanada de San Lorenzo” a una Cooperativa de Viviendas (así se señala en el escrito que dirigió la Delegada de Economía y Hacienda de Melilla al Subdirector General del Patrimonio del Estado el 23 de febrero de 1996).

- b) Seguidamente, procederá la revisión de oficio del segundo apartado de la Orden de 9 de febrero de 1996, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), por adolecer de nulidad de pleno derecho con arreglo a los artículos 62.1.g de la LRJ-PAC y 9.2 de la LC.
- c) A continuación las parcelas pasarían a ser gestionadas por el Ministerio de Medio Ambiente, destinándose al uso propio del dominio público marítimo-terrestre.
- d) En el caso de que ya se hubiera producido su enajenación a particulares, o si ésta llegara a producirse en el futuro, las actuaciones deberían ser remitidas de forma inmediata a esta Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, a fin de proceder al ejercicio de las acciones precisas para el restablecimiento de la integridad del dominio público marítimo-terrestre.

Para ello sería necesario promover la resolución del hipotético contrato de enajenación, que adolecería de un vicio de nulidad de pleno derecho (por vulneración de los artículos 7 y 9 de la LC; y por versar sobre cosas fuera del comercio de los hombres, que por ello no pueden ser objeto de contratación, como establece el artículo 1271 del Código Civil).

Esta nulidad de pleno derecho no quedaría subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad del aparente derecho del adquirente o de los posibles subadquirentes; ya que, como prevé el artículo 33 de la Ley Hipotecaria (LH), “la inscripción no convalida los actos o

contratos que sean nulos con arreglo a las leyes;” y ni siquiera la protección que la publicidad registral atribuye al tercero hipotecario en el artículo 34 de la LH podría prevalecer ante la publicidad legal del dominio público, que ostenta constitucionalmente las notas de inalienabilidad y imprescriptibilidad (cfr. artículo 132.1 de la Constitución).

En virtud de todo lo expuesto, esta Dirección General formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- Las normas sobre competencia y procedimiento contenidas en los artículos 31.4 y 49.4 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) son aplicables a la desafectación de todos los bienes de dominio público portuario estatal cuya gestión corresponde al Ente Público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias. Por tanto, no serán aplicables a la desafectación de estos bienes las reglas de los artículos 120 al 123 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Segunda.- Los bienes del Estado de carácter patrimonial adscritos a los Entes Públicos citados en la conclusión anterior (o a los Entes y Organismos que les precedieron), para el desenvolvimiento del servicio público portuario, continúan plenamente sometidos a lo dispuesto en los artículos 80 al 83 de la Ley del Patrimonio del Estado.

Tercera.- La desafectación del dominio público portuario de la parcela denominada “V Centenario”, sita en la Zona de Servicio del Puerto de Melilla, y su incorporación al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Melilla, en virtud de la Orden del Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 9 de febrero de 1996, se considera conforme a derecho, al haberse realizado con sujeción a lo previsto en el artículo 49.4 de la LPMM.

Cuarta.- Aun cuando la desafectación del dominio público portuario de las otras dos parcelas a que se refiere la citada Orden (las denominadas “Isla de Talleres” y “Explanada de San Lorenzo”) también se considera ajustada a derecho, se entiende que las mismas, al ser terrenos ganados al mar, forman parte del dominio público marítimo-terrestre y han de reincorporarse a su uso propio, sin que puedan pasar al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Melilla ni ser enajenadas a particulares.

Quinta.- A los efectos señalados en la conclusión anterior, el Ministerio de Medio Ambiente, a través de la Dirección General de Costas, debería adoptar las medidas expuestas en el fundamento III de este informe, a fin de evitar que se produzca quebranto al dominio público marítimo-terrestre cuya protección le está encomendada legalmente.

56.- Informe sobre la existencia o no de adscripción demanial a una Comunidad Autónoma de unos terrenos de dominio público afectados a una concesión administrativa.

Resumen

Formulada consulta sobre la existencia o no de adscripción demanial a la C.A. de Canarias de unos terrenos de dominio público afectados por una concesión administrativa otorgada por la Administración de dicha C.A. a una sociedad mercantil para la construcción de un puerto deportivo, se informa que debe considerarse producida aquella adscripción, conforme a lo establecido en el art. 49 de la Ley 22/88, de Costas, por lo que hasta que no se proceda a la reversión de aquellos terrenos, de conformidad con los arts. 50 de la citada Ley y 107 de su Reglamento, ni la Administración General del Estado ni la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife pueden realizar actos de gestión demanial sobre los mismos.

Ref.: A.G SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 12/98

Fecha: 14 de octubre de 1998

Ponente: Carlos Gallego Huéscar

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 Santa Cruz de Tenerife sobre la existencia o no de adscripción demanial a la Comunidad Autónoma de Canarias de unos terrenos de dominio público afectados por el proyectado Puerto Deportivo "Mariano Cabrera," en San Andrés, término municipal de Santa Cruz de Tenerife, así como sobre la posición de la citada Entidad de Derecho Público en el proceso de caducidad de la concesión del citado Puerto Deportivo. En relación con dicha consulta y a la vista de la documentación que la acompaña, este Centro Directivo informa lo que sigue:

ANTECEDENTES

1) La Entidad "Mariano Cabrera S.A." solicitó una concesión administrativa para construir un Puerto Deportivo de invernada, en San Andrés, término municipal de Santa Cruz de Tenerife, el 8 de noviembre de 1973.

La tramitación del procedimiento se ha demorado extraordinariamente en el tiempo, incidiendo sobre la misma diversos cambios legislativos y pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre alguna de las normas legales aplicables.

Una primera fase de esa tramitación llega hasta la efectiva transferencia a la Comunidad Autónoma de Canarias de la materia de puertos deportivos el 1 de enero de 1986. En ésta se sometió el proyecto originario de 1973 a informe de diversas entidades administrativas. Resueltas determinadas dudas competenciales, que no interesan a este informe, y separada la parcela afectada por el puerto deportivo de la zona de servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, se cumplió con el trámite de información pública y el de audiencia. Solicitada documentación complementaria, el 23 de mayo de 1986 el Servicio de Costas de Tenerife comunicó al peticionario un escrito de la Dirección General de Puertos y Costas en el que se indicaba la efectividad de la transferencia de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de puertos a la Comunidad Autónoma de Canarias. El 31 de octubre de 1986 se entregó el expediente a dicha Comunidad Autónoma.

2) Una segunda fase transcurre desde que la Comunidad Autónoma se hace cargo de la tramitación del expediente administrativo hasta que entra en vigor la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (LC). En esta fase se emiten diversos informes favorables a la construcción

del puerto deportivo por organismos de la Comunidad Autónoma. A su vez la Dirección General de Puertos y Costas informó desfavorablemente la construcción del puerto deportivo por no ajustarse el proyecto a las normas generales dictadas por ese Centro Directivo para las concesiones de puertos deportivos.

- 3) Una tercera fase se inicia con la entrada en vigor de la nueva LC. La Consejería de Obras Públicas solicitó el 24 de enero de 1989 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (MOPU) informe preceptivo y vinculante sobre la construcción del puerto deportivo. El 20 de marzo de 1989 el MOPU dejó en suspenso la emisión del informe hasta que se cumplieran determinados requisitos. El 2 de mayo de 1990 se envió documentación complementaria al MOPU en base a lo exigido el 20 de marzo de 1989. El 31 de julio de 1990 el MOPU solicitó informe a la Junta del Puerto de Santa Cruz de Tenerife sobre la posibilidad de ampliar la zona de servicio del Puerto. La mencionada Junta informó el 6 de febrero de 1991 que la futura concesión habría de quedar integrada en la zona de servicios del Puerto prevista, estableciendo condiciones sobre volumetría y ocupación. A la vista de este informe el MOPU exigió al petionario documentación complementaria, lo cual fue cumplimentado por éste el 22 de abril de 1991. El 25 de julio de 1991 la Dirección General de Puertos y Costas informó favorablemente la documentación relativa al proyecto del puerto deportivo siempre que se cumplieran las condiciones y prescripciones que se indicaban en el mismo informe. Este se emitió de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Reglamento de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre (RC), indicándose expresamente en el citado informe que las prescripciones y condiciones expuestas en el mismo deberían ofrecerse al petionario para que, una vez aceptadas por éste, se remitiera de nuevo a la Dirección General de Puertos y Costas el expediente y la propuesta de la Comunidad Autónoma para proceder al otorgamiento por el Centro Directivo citado de la correspondiente concesión de ocupación del dominio público.

A la vista de las Sentencias del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados presentados contra diversos preceptos de la LC, y 198/1991, de 17 de octubre, que resuelve los conflictos positivos de competencia acumulados contra el RC, la Consejería de Obras Públicas mantiene que no procede someter al petionario las condiciones establecidas por el MOPU en el citado informe de 25 de julio de 1991 y, asumiendo la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de Puertos, previa oferta de las correspondientes condiciones, el Consejero de Obras Públicas dictó resolución de 14 de febrero de 1992 otorgando al petionario la concesión administrativa que le habilitaba para la construcción de un puerto deportivo.

- 4) Según se manifiesta en escritos de la Comunidad Autónoma de Canarias, que constan en el expediente administrativo enviado a esta Dirección, la Administración del Estado no ha impugnando la citada Orden de la Consejería de Obras Públicas de la Comunidad Autónoma de Canarias. Tampoco en los escritos del MOPU se manifiesta que la citada Orden se hubiese impugnado.
- 5) Por Orden Ministerial de 26 de febrero de 1992 se amplió la zona de servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, integrando en la misma la zona ocupada por el puerto deportivo proyectado.

La Dirección General de Puertos, mediante escrito de 30 de octubre de 1992 dirigido a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias, manifiesta que debe interpretarse que su informe favorable (se refiere al fechado el 25 de julio de 1991, citado anteriormente) lo es a efectos de adscripción del dominio público marítimo-terrestre, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/1991. No obstante, se entiende por el mencionado Centro Directivo que la concesión de 14 de febrero de 1992, otorgada por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias es nula por diversas razones, entre las cuales interesan dos al efecto de contestar a la consulta planteada. La primera porque no se ha hecho efectiva la adscripción, mediante la correspondiente acta de entrega, previa comunicación por la Comunidad Autónoma del proyecto de construcción del Puerto Deportivo,

la cual nunca fue efectuada. La segunda porque no se recogen en el acto de otorgamiento definitivo de la concesión la prescripciones establecidas por la Dirección General de Puertos en su momento reseñadas en el tan citado informe de 25 de julio de 1991. En consecuencia, la Dirección General de Puertos declara que la concesión administrativa otorgada por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias "incorpora en su tratamiento vicios que determinan su nulidad" y que, después de la ampliación de la zona de servicios del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, realizada por la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1992, corresponde a la Junta del Puerto citado "la tramitación de la correspondiente concesión y al Gobierno del Estado su aprobación". El escrito de la Dirección General de Puertos de 30 de octubre de 1992 termina solicitando a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias la devolución del expediente.

La citada Consejería, mediante escrito de 28 de abril de 1993, manifestó que la aprobación definitiva del proyecto de construcción se produjo de facto con el otorgamiento de la concesión, entendiéndose que el MOPU informó, en su momento, favorablemente el mismo. Por esta razón, mediante ese escrito se comunica la aprobación definitiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 del RC, considerando que la formalización del acta de entrega de la parcela del dominio público es un acto debido.

6) La Administración Canaria ha declarado la caducidad de la concesión de 14 de febrero de 1992 por no haberse iniciado las obras de construcción del Puerto Deportivo, mediante Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas de 9 de enero de 1998. Esta Orden está impugnada por el interesado, siendo coadyuvante de la Administración Autónoma en el recurso contencioso-administrativo existente la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife.

Por otra parte, la Entidad "Parque Marítimo Anaga S.A." ha solicitado a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife una concesión administrativa para instalar un Puerto Deportivo en San Andrés, dentro de la Zona de Servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife. La citada Autoridad Portuaria ha iniciado la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, publicando el anuncio de información pública en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife de 10 de diciembre de 1997. En el procedimiento se personó la Administración Autónoma, con fecha de 17 de diciembre de 1997, manifestando que la concesión solicitada afecta directamente a la concesión otorgada por la Comunidad Autónoma de Canarias a la Entidad Mariano Cabrera S.A. Esta entidad ha presentado con fecha de 5 de enero de 1998 alegaciones oponiéndose al otorgamiento de la concesión por parte de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

El escrito de consulta de la Abogacía del Estado en Santa Cruz de Tenerife plantea la cuestión básica de la existencia o no de adscripción por parte de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias de los terrenos del dominio público marítimo-terrestre a los que se refiere la concesión administrativa otorgada por Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno Canario de 14 de febrero de 1992.

A pesar de que la petición del concesionario está fechada el 8 de noviembre de 1973, la larga tramitación del procedimiento ha dado oportunidad a cambios constitucionales y legislativos que han obligado a adaptar el procedimiento iniciado a las nuevas exigencias competenciales y de trámites esenciales establecidos por las normas que se han ido promulgando. De entre estas es especialmente destacable la nueva LC y su Reglamento, que regulan la adscripción demanial y que han sido tenidos en cuenta en el ejercicio de las condiciones

esenciales de la competencia sobre la materia, resuelta después de su entrada en vigor, sin que ello pueda considerarse una aplicación retroactiva de tales normas.

En consecuencia, en lo que interesa a la cuestión planteada en la consulta, es de aplicación la LC y el RC, y a la luz de estas normas y de su interpretación por el Tribunal Constitucional debe determinarse si ha existido o no adscripción del dominio público a la Comunidad Autónoma de Canarias y con qué efectos.

Conviene empezar destacando las notas características de la adscripción demanial, objeto fundamental de la presente consulta, de acuerdo con lo establecido en la LC y el RC y la doctrina constitucional al respecto.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 define la adscripción demanial como:

“Un instrumento puesto por la Ley al servicio de las Comunidades Autónomas, que al actuar dos de sus competencias sectoriales con incidencia en el territorio costero, quedan exentas del régimen concesional general, y pueden obtener la utilización privativa de zonas de dominio público de una forma similar a las reservas en favor de la Administración del Estado”.

Sin embargo, la propia doctrina constitucional de esa sentencia, de acuerdo, como es lógico, con la regulación legal de la adscripción demanial de la LC y el RC, pone de manifiesto que esta figura jurídica es no solamente un título habilitante del uso del dominio público por parte de las CCAA, sustitutivo de la concesión, sino también un instrumento de cesión a las CCAA de la gestión demanial. Producida la adscripción, la Administración del Estado, que continúa siendo la titular del dominio público, conserva solamente el nudo dominio y cede a la Comunidad Autónoma el uso y la gestión de la parcela del dominio público afectada. La cesión de la competencia de gestión que la adscripción implica determina que sea la Comunidad Autónoma la competente para otorgar las concesiones administrativas de ocupación sobre los bienes demaniales adscritos (cfr. artículo 49.1, in fine, de la LC).

El legislador, como ha dicho el Tribunal Constitucional en su Sentencia 198/1991, entre un sistema de dualidad concesional (concesión demanial otorgada por el Estado y concesión portuaria otorgada por la Autonomía) y un sistema de concesión autonómica única, previo informe con virtualidad adscriptoria de la Administración del Estado, ha elegido este último sistema. Por tanto, el título habilitante para la ocupación del dominio público para los terceros lo otorga la Comunidad Autónoma, sin que por ello la Administración del Estado pierda la titularidad del dominio público. Esto último permite a la Administración estatal intervenir, mediante su informe vinculante, en las condiciones que afectan a la integridad física y jurídica del dominio público marítimo-terrestre adscrito, pero no le está permitido inmiscuirse en la gestión o explotación de los servicios portuarios o viarios de la competencia de la Comunidad Autónoma, como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, que sienta la siguiente doctrina:

“Nada hay que objetar a que el informe estatal, condicionante de la adscripción se refiera a la delimitación del dominio público afectado por las obras, y a las medidas necesarias para su protección o a los ‘usos previstos’ en cuanto a las repercusiones que éstos pueden tener sobre los bienes demaniales adscritos, pues es claro que en todo lo demás, el modo de disponer los servicios portuarios y viarios, y de configurar las correspondientes obras e instalaciones, queda fuera del ámbito de competencia estatal”.

En definitiva, en el ámbito de la delimitación y protección del dominio público adscrito la Administración del Estado puede establecer medidas y condiciones. Además, por razones de economía procedimental y de lealtad y colaboración mutuas, como dice la tan citada STC 149/1991, nada le impide que:

“Aproveche el informe bajo el que la Ley ha instrumentado su intervención para formular aquellas observaciones, críticas o sugerencias que fluyan del ejercicio de algunas de sus competencias sectoriales, como pudieran ser la iluminación de costas, la marina mercante,

la sanidad exterior o la defensa del patrimonio monumental español (artículo 149.1, números 20, 16 y 28)”

A la luz de esta doctrina constitucional ha de valorarse el informe emitido por la Administración del Estado en el caso concreto planteado por la consulta para determinar su eficacia en orden a la adscripción de los terrenos afectados por la concesión citada de 14 de febrero de 1992.

- II -

Antes de realizar esa valoración, deben hacerse algunas consideraciones sobre la finalidad intrínseca que en principio perseguía el informe de la Dirección General de Puertos y Costas de 25 de julio de 1991.

El Real Decreto 2250/1985, de 23 de octubre, de transferencia a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de Puertos, en el apartado C) de su Anexo, establecía la competencia del MOPU para informar, con carácter preceptivo y vinculante, los proyectos relativos a la construcción de nuevos puertos o instalaciones portuarias, que afectasen al dominio público estatal. En estos proyectos se debían contener los estudios específicos que fueran necesarios para determinar los efectos de las obras sobre la costa, la plataforma costera y la dinámica litoral, incluyendo, en su caso, las medidas correctoras de estos fenómenos. Emitido el informe favorable por el MOPU se aprobaba el proyecto por la Comunidad Autónoma, lo que implicaba “la adscripción a la Comunidad Autónoma de la zona de servicios resultante, o, en su caso, de la pertinente concesión administrativa de ocupación de dominio público, que será otorgada por la Administración del Estado” (punto C), apartado a), último párrafo, del Anexo del Real Decreto citado). Por tanto, la adscripción se configuraba solamente como un título habilitante del uso privativo directo del dominio público por la Comunidad Autónoma. Pero, si el puerto deportivo iba a ser construido y gestionado por un tercero, era necesaria la concesión administrativa de ocupación otorgada por la Administración del Estado y, en tal caso, la aprobación definitiva del proyecto por la Comunidad Autónoma implicaba la adscripción a la Comunidad Autónoma de la concesión para el servicio del puerto de titularidad autonómica, que no de los bienes demaniales afectados. Cabe interpretar que, en el caso de existencia de concesión administrativa otorgada por la Administración del Estado, ésta mantenía la gestión del dominio público ocupado, esto es, de la propia concesión de ocupación, teniendo la adscripción de la misma a la CA respectiva una mera significación funcional o de soporte a la instalación portuaria.

Como se ha dicho en el anterior fundamento jurídico, la LC amplía el concepto de la adscripción demanial que se contenía en los Reales Decretos de transferencia. Tal adscripción se configura ahora en la LC como el único sistema para articular las competencias de las CCAA en materia de puertos y vías de transportes con las competencias del Estado sobre el dominio público marítimo-terrestre, constituyendo tanto título habilitante para el uso directo por las CCAA del dominio público como título de transferencia de la gestión del dominio público mediante su concesión a terceros, que corresponde así otorgar a la respectiva Comunidad Autónoma. No obstante, el RC, en su redacción originaria, mantuvo la dualidad de sistemas en su artículo 103.2, distinguiendo la gestión directa por la Comunidad Autónoma del puerto o vía de transporte, en cuyo caso se procedería a la adscripción de bienes del dominio público afectado a la respectiva Comunidad Autónoma, de la gestión indirecta, otorgándose en este último caso la correspondiente concesión por la Administración del Estado. La STC 198/1991, citada, declaró la nulidad del artículo 103.2, haciendo prevalecer el artículo 49 de la LC, subsistiendo únicamente un sistema de informe preceptivo y vinculante de la Administración del Estado, que permite la adscripción de los bienes de dominio público y la cesión a la Comunidad Autónoma de las facultades de gestión demanial, correspondiendo a la Comunidad Autónoma respectiva el otorgamiento de la concesión administrativa como título de ocupación del dominio público estatal.

En consecuencia, habiendo entrado en vigor la LC, el procedimiento debía ajustarse a lo dispuesto en esta última, que modificaba lo establecido en el citado Real Decreto de transferencia, incidiendo sobre trámites esenciales para el ejercicio de las competencias sobre la materia, tanto por parte de la Administración del Estado como de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Pues bien, a pesar de este cambio legislativo, aunque unos tres meses antes de pronunciarse el TC sobre el citado artículo 103.2 del RC, el informe de la Dirección General de Puertos y Costas de 25 de julio de 1991 no pretendió posibilitar la adscripción de los terrenos afectados por el puerto deportivo. En efecto, el tan citado informe sin hacer referencia, curiosamente, al citado artículo 103.2 del RC, según su redacción originaria, aunque invocó el artículo 112 c) de la LC y, por tanto, indirectamente el artículo 49 de la misma, se basó también, incoherentemente, en el apartado C) del Real Decreto de transferencia antes citado, así como en el artículo 150 del RC. La finalidad era informar favorablemente el proyecto del Puerto Deportivo y ofrecer al peticionario las condiciones y prescripciones de la concesión administrativas que, una vez aceptadas, determinarían el otorgamiento por la Administración estatal de la oportuna concesión administrativa de ocupación del dominio público. En caso de no ser aceptadas y, por tanto, cumplidas esas condiciones, el informe emitido debería entenderse negativo.

Sin embargo, la declaración de la citada STC 198/1991, reiterando lo ya manifestado su anterior STC 149/1991, impide que el tan citado informe de 25 de julio de 1991 pueda desplegar los efectos pretendidos. Partiendo de la declaración contenida en las referidas sentencias y dados los efectos ex tunc de una declaración de esa naturaleza, el acto de trámite que constituye el informe de 25 de julio de 1991 es nulo con el efecto y finalidad en el mismo previsto. Por esta razón, la propia Dirección General de Puertos, en su escrito de 30 de octubre de 1992, reconoce que aquel informe favorable lo era a efectos de la adscripción de los bienes de dominio público a la Comunidad Autónoma de Canarias, aparte de otras consideraciones que luego serán comentadas.

En cualquier caso, el acto constitutivo del informe tan citado de 25 de julio de 1991 contiene los elementos del acto que realmente debía haberse dictado, esto es, el informe vinculante del artículo 49 de la LC. En efecto, se pronuncia favorablemente sobre la materia de la competencia del Estado, esto es, la delimitación del dominio público afectado, los usos previstos y las medidas necesarias para la protección del dominio público. Es posible, así, la conversión del acto para que se entiendan producidos los efectos del que se debía dictar, de conformidad con lo que establecía el artículo 51 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en vigor en el momento de emitirse el citado informe, y establece el artículo 65 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En conclusión, puede sostenerse, considerando en este momento una argumentación puramente formal y haciendo abstracción de su contenido, que el informe del MOPU de 25 de julio de 1991 es el previsto en el artículo 49 de la LC, que posibilita la adscripción demanial de los bienes afectados por el puerto deportivo.

Ahora bien, siguiendo aún el desarrollo de la argumentación en el plano puramente formal de determinación de la existencia del informe ex artículo 49 de la LC y su virtualidad adscriptoria, debe tenerse en cuenta que la adscripción de los bienes de dominio público no se produce por medio del informe favorable, por sí sólo, sino que está implícita en el acto definitivo de aprobación del proyecto que compete a la Comunidad Autónoma (cfr. artículo 49.3 de la LC), el cual es notificado al MOPU, hoy Ministerio de Fomento, tras lo que se suscribirá acta y plano de adscripción por representantes de ambas Administraciones (cfr. artículo 105 c) del RC), formalizándose así la adscripción demanial. Sin embargo, la Comunidad Autónoma de Canarias no dictó, en el caso que ocupa a este informe, una resolución expresa de aprobación definitiva del proyecto que, una vez notificada al entonces MOPU, hubiera permitido suscribir el acta y plano de adscripción citados. Este reproche se recoge en el escrito de la Dirección

General de Puertos de 30 de octubre de 1992, aunque no está de acuerdo este Centro Directivo con las consecuencias que de esta circunstancia se sacan en ese escrito.

En efecto, siendo cierto que no se dictó, en su momento, por la Comunidad Autónoma de Canarias una resolución específica de aprobación del proyecto de construcción del Puerto Deportivo, también es cierto que el otorgamiento de la concesión de 14 de febrero de 1992 por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas pone de manifiesto una voluntad implícita de aprobación del citado proyecto. El acto de aprobación de las obras está implícito en el acto de otorgamiento de la concesión administrativa que autoriza las obras conforme al tan citado proyecto técnico. En consecuencia, cuando la Administración del Estado tuvo conocimiento del otorgamiento de la concesión administrativa se debió ya proceder a formalizar la adscripción mediante el acta correspondiente. No se comparte la conclusión del escrito de la Dirección General de Puertos de 30 de octubre de 1992 según la cual la Comunidad Autónoma de Canarias no podía otorgar la concesión administrativa hasta tanto no se hubiera formalizado la adscripción de los bienes de dominio público afectados. Por una parte, el artículo 105 c) del RC únicamente condiciona a la formalización de la adscripción el inicio de las obras, por lo que en nada afecta la falta de formalización para otorgar el título concesional. Por otra parte, como se dice en el escrito de consulta de la Abogacía del Estado en Santa Cruz de Tenerife, la doctrina constitucional ha destacado el carácter de la formalización de la adscripción, mediante acta, por representantes de la Administración estatal y autonómica, como un “acto debido” afirmando la STC 198/1991:

“Suscripción ... que es un acto debido por parte de la Administración titular del demanio, quien no puede condicionarlo o retrasarlo de modo que impida el ejercicio de las exclusivas competencias autonómicas”

Por tanto, otorgada la concesión por la Administración de la Comunidad Autónoma con fecha de 14 de febrero de 1992, en la que estaba implícita la aprobación del proyecto técnico del Puerto Deportivo, y conocido tal otorgamiento por la Administración del Estado, la formalización del acta de adscripción era un “acto debido” por parte de la Administración estatal que no podía impedir el ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias. Siguiendo esta línea argumental, es claro que la Administración del Estado o bien procedía a formalizar la adscripción o bien impugnaba la Orden de otorgamiento de la concesión administrativa de 14 de febrero de 1992 si entendía que incurría en nulidad, sin que de la documentación enviada conste que haya interpuesto recurso contra la citada Orden.

- III -

Hasta ahora se ha expuesto que, desde el punto de vista formal, el tan citado informe vinculante de la Dirección General de Puertos y Costas de 25 de julio de 1991 posibilitó la adscripción demanial ex artículo 49 de la LC y, en consecuencia, no hay motivos de nulidad de la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas de 14 de febrero de 1992. Corresponde ocuparse ahora de la validez de esta Orden atendiendo al contenido del citado informe vinculante y su cumplimiento por la concesión otorgada. Lo que determinará que, desde el punto de vista material o sustantivo, haya existido o no adscripción demanial a la Comunidad Autónoma de Canarias.

En primer lugar debe precisarse cual deba ser el contenido del informe previsto en el artículo 49 de la LC. Esto tiene íntima relación con la naturaleza y efectos de la adscripción demanial prevista en el precepto que se acaba de citar, básicamente expuesta en el fundamento jurídico I de este informe. El contenido del informe vinculante del entonces MOPU, como ya se ha expuesto, versa sobre la delimitación del dominio público marítimo-terrestre, los usos previstos y las medidas necesarias para su protección (cfr. artículo 49.2 de la LC). Además, respecto de las obras de modificación que requieren un nuevo informe favorable (cfr. artículo 49.1 LC) ha dicho la STC 149/1991:

“El hecho de la adscripción no exonera a la Administración del Estado de su deber de velar por la integridad física y jurídica del demanio marítimo-terrestre y que por tanto es legítimo que la Ley prevea cauces que le permitan conocer a tiempo si las obras de modificación proyectadas por una Comunidad Autónoma pueden llegar a producir una alteración importante del dominio, o influyen sobre la costa y pueden afectar a su regresión, o distorsionan la dinámica del litoral, a los efectos previstos en el artículo 42.2 y 44.2 y 3 de la Ley de Costas. Salvaguardados estos legítimos intereses demaniales, queda agotada la intervención del Estado, cuya Administración no está autorizada por este precepto para inmiscuirse en la gestión o explotación de los servicios portuarios o viarios de competencia de la Comunidad Autónoma.”

A la vista de la doctrina constitucional expuesta, respetando el ámbito de actuación estatal, articulada mediante el informe preceptivo y vinculante, debe tenerse en cuenta que la Comunidad Autónoma tiene la competencia para otorgar la concesión administrativa que conlleva la ocupación del dominio público y tiene, también, cedida la competencia de gestión del demanio así ocupado. Por consiguiente, los actos de gestión demanial y los propios de gestión o explotación de los servicios portuarios, así como “configurar las correspondientes obras e instalaciones” (STC 149/1991) corresponden a la Comunidad Autónoma.

Algunas de las condiciones y prescripciones contenidas en el informe tan citado de 25 de julio de 1991 invaden ese ámbito de gestión que corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, por lo que su incumplimiento no puede ser causa de la nulidad de la concesión y, por tanto, no han de impedir el efecto de la adscripción demanial.

Ocurre así con la condición general 2, párrafo primero, del tan citado informe, que establece que al replanteo de las obras sea convocado un representante del Servicio periférico de Costas del Estado. También excede del ámbito de competencias del Estado lo establecido en la condición general 6, que atribuye a la Administración del Estado las facultades de inspección, y en la condición general 7, que impone un representante estatal en el reconocimiento de las obras, e, igualmente, lo establecido en la prescripción B), que impone la autorización previa del hoy Ministerio de Fomento del proyecto de cualquier tipo de edificación. En efecto, por una parte, la Administración del Estado ya ha aprobado el proyecto técnico de las obras en su relación con la delimitación, integridad y protección del demanio que se va a ocupar, al emitir informe favorable, por lo que la confrontación de aquél con las obras efectivas a realizar y realizadas (replanteo y reconocimiento), así como la inspección, constituyen facultades de gestión del dominio público transferidas a la Comunidad Autónoma por el acto de adscripción. Por otra parte, en lo que respecta a nuevas edificaciones durante la vida de la concesión, constituyen, además, nuevas instalaciones portuarias sobre el mismo demanio ya ocupado, que sólo compete autorizar a la Administración de la Comunidad Autónoma, que tiene la competencia exclusiva en la materia de puertos deportivos. Cuestión distinta es que la nueva edificación constituyese modificación del puerto, supuesto en el que sería de nuevo exigible informe preceptivo y vinculante del Ministerio de Fomento (cfr. artículo 49.1 de la LC), como lo ha destacado y declarado constitucional la STC 149/1991 y puede verse en el párrafo transcrito de la misma en este fundamento jurídico, referido a las obras de modificación.

Aparte de las facultades de gestión que la Administración del Estado se había reservado (no se olvide que el sentido originario del informe preveía el otorgamiento de la concesión por la propia Administración estatal), la práctica totalidad de las condiciones y prescripciones contenidas en el tan citado informe de 25 de julio de 1991 han sido incorporadas, incluso literalmente, a la Orden de otorgamiento de la concesión administrativa de 14 de febrero de 1992, de acuerdo con el carácter vinculante del tan citado informe.

Las únicas condiciones generales del mismo no recogidas son las siguientes:

- A) La número 9, que establece el uso libre y gratuito de las instalaciones del Puerto Deportivo para las embarcaciones dependientes de los Servicios del hoy Ministerio de Fomento. Es evidente, en lo que interesa a este dictamen y haciendo abstracción de otras considera-

ciones, que esta cláusula es impropia de un informe amparado en el artículo 49 de la LC, pues en nada afecta a la integridad y protección del dominio público adscrito al puerto deportivo.

- B) La número 12, que impone la notificación al hoy Ministerio de Fomento de la resolución de la Comunidad Autónoma que declare la caducidad de la concesión, así como la notificación por dicho Departamento Ministerial del incumplimiento de las condiciones por el concesionario, en ambos casos, “a los efectos oportunos.” Esta condición carece de relevancia a los efectos del informe que compete a la Administración del Estado ex artículo 49 de la LC, puesto que ni afecta directamente a la integridad del dominio público ocupado, ni de la declaración de caducidad, que es un acto de gestión demanial transferido a la Comunidad Autónoma, se derivaría, necesaria y automáticamente, la reversión de los bienes adscritos, como se verá seguidamente. En cualquier caso, la conservación del nudo dominio por la Administración del Estado siempre le permitiría comunicar a la Comunidad Autónoma el incumplimiento de las condiciones, conste o no tal cláusula en el título.
- C) La número 13, que impone la convocatoria de un representante del Servicio periférico de Costas del Estado, una vez terminado el plazo de la concesión, para la recepción de los terrenos, obras e instalaciones objeto de la concesión administrativa. Esta condición ha sido recogida, aunque modificada, por las cláusulas 23 y 24 de la concesión de 14 de febrero de 1992. La modificación ha consistido en señalar a la Comunidad Autónoma como favorecida por la recepción o reversión de los bienes, con al salvedad de que podría serlo el Estado “en su caso.” Es correcta la redacción de las cláusulas citadas de la concesión otorgada por la Comunidad Autónoma y no lo es la redacción de la condición general citada del informe de 25 de julio de 1991. En efecto, la adscripción implica, como se ha dicho, la cesión a la Comunidad Autónoma de las facultades de gestión demanial. Por otra parte, la adscripción solamente puede extinguirse mediante el procedimiento de reversión establecido en el artículo 107 del RC (cfr. artículo 50 de la LC), por lo que no se produce automáticamente cuando se extingue la concesión, sea por caducidad de la misma sea por transcurso del plazo. Por tanto, a quien compete gestionar la recepción de los bienes dados en concesión, junto con sus obras e instalaciones, es a la Comunidad Autónoma, porque, como se ha dicho, tiene transferida la facultad por el hecho mismo de la adscripción. Ahora bien, si de la extinción de la concesión resulta la no utilización de los terrenos para el cumplimiento de los fines a los que se adscribieron (cfr. artículos 50 de la LC y 107.1 del RC) porque, por ejemplo, no se procede a otorgar una nueva concesión, habría de procederse a la reversión de los bienes a la Administración del Estado titular de los mismos. Esta reversión sería una actuación ulterior a la recepción de los terrenos por la Comunidad Autónoma por extinción de la concesión administrativa, aunque podrían darse simultáneamente ambos procedimientos e, incluso, ya estar anticipadamente declarada la reversión a favor del Estado, supuestos en los que por economía procedimental el receptor de los bienes, respecto del concesionario, podría ser la Administración del Estado. Este es el supuesto al que quiere referirse la expresión “en su caso” que consta en las cláusulas 23 y 24 del título concesional otorgado por la Comunidad Autónoma.
- D) Aparte de las condiciones generales enumeradas, tampoco se ha recogido en el citado título concesional la prescripción C) que recogía el tan citado informe de 25 de julio de 1991. Esta circunstancia es la que especialmente se destaca tanto en el escrito de la Dirección General de Puertos de 30 de octubre de 1992, como en el escrito de consulta de la Abogacía del Estado en Santa Cruz de Tenerife, como determinante de la pérdida del carácter favorable del tan citado informe y, consiguientemente, la inexistencia de adscripción de los terrenos de dominio público afectados por el proyecto de puerto deportivo. La prescripción C) referida dice lo siguiente:

“En caso de que se ampliare la zona de servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife incluyendo los terrenos de dominio público marítimo-terrestre objeto de la presente solicitud de concesión, y que esta se otorgare, quedará integrada en la referida zona de servicio y, en

consecuencia, tanto el replanteo de las obras, como la inspección de las mismas y la dirección y control de la explotación, se llevará por la Junta de los Puertos del Estado en Tenerife (sic):”

Para valorar la licitud de esta prescripción debe tenerse en cuenta que, como ha reconocido la propia Dirección General de Puertos y se ha expuesto y razonado anteriormente, el informe tan citado de 25 de julio de 1991 ha de entenderse emitido a los efectos de la adscripción demanial, regulada en el artículo 49 de la LC. Por consiguiente, como se ha repetido varias veces en este informe, la Administración del Estado ha transferido las facultades de gestión demanial a la Comunidad Autónoma de Canarias sobre los terrenos donde se proyectó ubicar el puerto deportivo, después de haber establecido con carácter vinculante las condiciones de delimitación del dominio público afectado, de usos previstos, en su relación con la integridad del dominio público, y de protección física y jurídica del mismo. Además, producida la adscripción, ésta solamente puede extinguirse mediante la reversión efectuada de conformidad con lo establecido en los artículos 50 de la LC y 107 del RC.

Pues bien, la inclusión de los terrenos demaniales adscritos a la Comunidad Autónoma de Canarias en la zona de servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife puede significar que las necesidades inmediatas de la actividad económica del citado Puerto estatal o el interés general exigen que los terrenos adscritos reviertan al Estado, aplicando lo establecido en el artículo 107.4 del RC. Aunque también puede ocurrir que tales necesidades no sean tan inmediatas, constituyendo los espacios así delimitados reservas para el ulterior desarrollo de la actividad portuaria (cfr. artículo 15 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, modificada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante). En cualquier caso, en tales supuestos, la Administración estatal titular del dominio público puede comunicar a la Comunidad Autónoma las razones que justifiquen la reversión, para que aquélla pueda formular en el plazo de un mes las alegaciones que estime convenientes, antes de elevar la propuesta, para su decisión, al Consejo de Ministros (cfr. artículo 107.4 del RC).

Sin embargo, la prescripción C, antes transcrita, en contra de lo establecido en el artículo 50 de la LC, en relación con el citado artículo 107.4 del RC, supondría de facto una reversión automática haciendo retornar las facultades de gestión demanial a una Entidad Estatal como es el caso de la actual Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife. Además de esto, la prescripción comentada da por supuesto la continuidad de la explotación del Puerto Deportivo, mediante la concesión que permanece, lo que resulta cuando menos incoherente con la delimitación de la zona de servicio de un Puerto de interés general y carácter comercial. Sin entrar a considerar esta cuestión, ajena al objeto de la consulta, sí debe destacarse que la gestión y explotación de los puertos deportivos es una competencia exclusiva de las CCAA (cfr. artículo 148.1 6 de la Constitución y artículo 30.22 del Estatuto de Autonomía de Canarias, aprobado por Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, modificada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre).

En definitiva, la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, que sustituye a la Junta del Puerto, ni puede gestionar el demanio adscrito a la Comunidad Autónoma de Canarias, antes de haberse producido la reversión de conformidad con el citado artículo 50 de la LC, ni puede gestionar ni explotar o dirigir y controlar la explotación de un puerto deportivo en detrimento de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias.

- IV -

El escrito de la Abogacía del Estado consultante plantea también cuál debería ser la postura que debe adoptar la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, representada por el Abogado del Estado, en el recurso contencioso-administrativo existente contra el acto de declaración de caducidad de la concesión administrativa de 14 de febrero de 1992, adoptado por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias.

En consonancia con lo expuesto en este informe, puede mantenerse la posición actual de coadyuvante con la Comunidad Autónoma de Canarias defendiendo la declaración de caducidad adoptada. La constatación de la existencia de adscripción demanial, aunque ésta no se haya formalizado, lleva consigo el reconocimiento de la existencia legal de la tan citada concesión administrativa de 14 de febrero de 1992, otorgada por la Comunidad Autónoma de Canarias, así como la transferencia a ésta de las facultades de gestión de la misma. En el ejercicio de estas últimas se ha constatado por la Comunidad Autónoma la falta de comienzo en plazo de las obras autorizadas por el título concesional, como causa de la declaración de caducidad. Habida cuenta que la Administración del Estado mantiene la titularidad del dominio público marítimo-terrestre afectado por la citada concesión administrativa, y que la falta de utilización de los bienes demaniales para el cumplimiento de los fines a que se adscribieron puede dar lugar a la reversión (cfr. artículo 50 de la LC), interesa a la Administración General del Estado coadyuvar con la Comunidad Autónoma de Canarias en la declaración de caducidad mencionada. Además, teniendo en cuenta que los bienes de dominio público adscritos a los que viene refiriéndose este informe han sido incluidos en la zona de servicio del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, puede entenderse legitimada la citada Autoridad Portuaria para mantener la posición de coadyuvante.

En virtud de todo lo expuesto esta Dirección formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- Los terrenos de dominio público marítimo-terrestre afectados por la concesión administrativa otorgada por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias con fecha de 14 de febrero de 1992, deben considerarse actualmente adscritos a la Comunidad Autónoma de Canarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

En consecuencia, hasta tanto no se proceda a la reversión de los terrenos citados, de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la citada Ley de Costas y el artículo 107 del Reglamento de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1112/1991, de 18 de septiembre, ni la Administración General del Estado ni la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife pueden realizar actos de gestión demanial sobre los mismos.

Segunda.- La Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife puede mantener la posición de coadyuvante de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias en el recurso contencioso-administrativo instado por "Mariano Cabrera S.A." contra la declaración de caducidad de la concesión otorgada con fecha de 14 de febrero de 1992 por la citada Administración autónoma.

57.- Informe sobre diversas cuestiones suscitadas por la inmatriculación en el Registro de la Propiedad y posterior desafectación de un inmueble en el que se encontraba ubicado el Centro Técnico de Señales Marítimas.

Resumen

Consulta sobre diversas cuestiones suscitadas por la inmatriculación en el Registro de la Propiedad y posterior desafectación del inmueble en que se encontraba ubicado el Centro Técnico de Señales Marítimas, que en su día dependió de la D.G. de Puertos, después fue adscrito al Ente Público Puertos del Estado (en aplicación de la Ley 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante -LPMM-) y, finalmente, fue desafectado, previa declaración de innecesariedad del inmueble para el servicio público. Aplicación al caso del art. 31.4 de la LPMM (incorporación al patrimonio del E.P. Puertos del Estado -P. del E.- de los bienes de dominio público que estuvieron adscritos al mismo y fueran desafectados, por resultar innecesarios para el cumplimiento de los fines del mencionado Ente). Especialidades del procedimiento de desafectación previsto en el citado artículo de la LPMM respecto del procedimiento general de la LPE. Validez y eficacia de la desafectación, por considerarse convalidadas por la inscripción registral ciertas irregularidades anteriores (falta de acto expreso de adscripción del inmueble a P. del E.). Adquisición de la propiedad del inmueble por P. del E.

Ref.: A.E H-PATRIMONIO 44/99

Fecha: 28 de julio de 1999

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Observaciones

La referencia que se hace a los artículos 31.4 y 49.4 de la Ley 27/1992 debe entenderse sustituida actualmente por el artículo 44 del TRLPEMM. La mención al artículo 15 de la Ley 27/1992, derogado, hay que referirla al artículo 69 del TRLPEMM.

Texto del Informe

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre diversas cuestiones suscitadas por la inmatriculación del inmueble en que se encontraba ubicado el Centro Técnico de Señales Marítimas, así como por la posterior desafectación del dominio público de dicho inmueble, y, en relación con la referida consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, tiene el honor de informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

- 1) Mediante certificación expedida por el Presidente del Ente Público Puertos del Estado el 27 de febrero de 1997 y completada con otra expedida por el citado Presidente el 6 de noviembre siguiente, se inmatriculó, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, una finca de 9.821,84 metros cuadrados, sita en el término municipal de Alcobendas (Madrid) en la que a la sazón se encontraba ubicado el (hoy extinto) Centro Técnico de Señales Marítimas, dependiente de la antigua Dirección General de Puertos. En la certificación primeramente citada se hizo constar que el referido inmueble se encuentra adscrito al Ente Público Puertos del Estado con la naturaleza de bien demanial afectado al servicio público de señalización marítima (cfr. expositivo primero y punto 4º de los que explícitamente son objeto de certificación), así como que habida cuenta que las competencias en materia de señalización que antes ejercía la extinta Dirección General de Puertos se atribuyen por la Ley 27/1992 a Puertos del Estado, el inmueble quedaría ope legis adscrito a dicho Ente Público para el desenvolvimiento de las funciones que la citada Ley le encomienda (cfr. expositivo segundo).

2) En aplicación de lo establecido en el artículo 31.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el Consejo Rector de Puertos del Estado, en sesión celebrada el 27 de octubre de 1997, acordó declarar la innecesariedad del inmueble reseñado en el apartado anterior, que servía de sede al extinto Centro de Señales Marítimas.

3) Con fecha de 19 de abril de 1999 el Ministro de Fomento, al amparo del artículo 31.4 del aludido texto legal, dictó una Orden en la que se dispone lo siguiente:

Primero. Desafectar del dominio público los terrenos de 9.821,84 metros cuadrados de superficie con sus instalaciones, sitos en el término municipal de Alcobendas (Madrid) e integrados por las dos parcelas A y B anteriormente descritas.

Segundo. Los terrenos desafectados se incorporarán al patrimonio del Ente público Puertos del Estado, quien podrá proceder a su enajenación o permuta, conforme a lo dispuesto por el artículo 31.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

4) La Dirección General del Patrimonio del Estado, ante las dudas que se le suscitan sobre la adscripción ope legis de la finca de continua referencia a la entidad pública Puertos del Estado, la inmatriculación de la misma a favor de dicha entidad y la aplicación del procedimiento de desafectación previsto en el artículo 31.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, recaba el parecer de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre dichos extremos, así como sobre las actuaciones a realizar, de índole registral o administrativa, para el caso de que se entendiera que el inmueble, por razón de su desafectación, debe incorporarse al Patrimonio del Estado.

5) Con fecha 21 de julio de 1999 el Ilmo. Sr. Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento remitió a esta Dirección una Nota sobre la legalidad del procedimiento seguido para la desafectación de un inmueble adscrito al Ente público Puertos del Estado y situado en el término municipal de Alcobendas (Madrid) que ha sido recibida en este Centro Directivo el pasado día 26 de julio y en la que se formulan, en síntesis, las siguientes conclusiones:

Primera.- El Ente Público Puertos del Estado tiene atribuidas competencias en materia de señalización marítima para cuyo ejercicio gestiona los bienes de dominio público estatal que se le hayan adscrito con esa finalidad. La LPMM (se refiere a la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) no exige la adscripción formal a dicho Ente Público de los bienes en cuestión ...

Segunda.- El criterio clave para determinar la aplicabilidad del procedimiento especial de desafectación regulado en el artículo 31.4 de la Ley de Puertos ... estriba en que el bien pertenezca al dominio público y hubiera estado adscrito a Puertos del Estado ...

Tercera.- Carece de fundamento el reproche que formula la Dirección General del Patrimonio del Estado en el sentido de que la inmatriculación debería haber sido realizada a favor del Estado, sin perjuicio de hacer constar su afectación al servicio público de señalización marítima, pero nunca a favor de Puertos del Estado

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La cuestión fundamental que suscita el escrito de consulta, por cuanto que de ella depende la conformidad a Derecho de la situación jurídica resultante de la -desafectación de la finca reseñada en el antecedente 1 a favor de Puertos del Estado, es la relativa a la aplicación del artículo 31.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) al supuesto a que se refiere el presente informe. Debe, por ello, examinarse,

en primer lugar, el ámbito de aplicación o alcance del referido precepto, en su doble aspecto formal o adjetivo –procedimiento y competencia para la desafectación– y sustantivo o material –consecuencias de la desafectación–, cuestiones que fueron examinadas en dos informes de este Centro Directivo de 11 de octubre de 1994 (ref. AEH - Patrimonio 53/94) y de 29 de agosto de 1996 (ref. AEH - Patrimonio 31/96).

El artículo 31.4 de la LPMM dispone que los bienes de dominio público que no sean precisos para el cumplimiento de sus fines (se refiere a los fines que la LPMM encomienda al Ente público Puertos del Estado) serán desafectados por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (referencia que actualmente debe entenderse hecha al Ministerio de Fomento), previa declaración de innecesariedad por el Consejo Rector de Puertos del Estado, y se incorporarán al patrimonio del mismo, quien podrá proceder a su enajenación o permuta. Si el valor fuera superior a tres mil millones, su enajenación deberá, además, ser autorizada por el Gobierno a propuesta del Ministro de Obras Públicas y Transportes.

Siguiendo el criterio de los dictámenes de este Centro a que se ha hecho referencia, la determinación del alcance o ámbito de aplicación del artículo 31.4 de la LPMM exige diferenciar según se trate de bienes de dominio público afectos al cumplimiento de las funciones encomendadas a Puertos del Estado o de bienes patrimoniales del Estado adscritos a dicho Ente público.

Los bienes de dominio público afectos al cumplimiento de las funciones encomendadas a Puertos del Estado quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 31.4 de la LPMM, y ello en razón de que la generalidad y amplitud de la expresión utilizada por dicho precepto (los bienes de dominio público), idéntica a la utilizada por el artículo 49.4 del citado texto legal a propósito de las Autoridades Portuarias (los bienes de dominio público portuarios), no permite excepcionar de su ámbito de aplicación a los bienes de dominio público afectos a Puertos del Estado, dado el principio hermenéutico según el cual no es posible establecer distinciones allí donde la norma no las hace.

Los bienes de dominio público referidos quedan, pues, comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 31.4 de la LPMM, pero no ocurre lo propio respecto de los bienes patrimoniales del Estado que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (LPE), están adscritos a Puertos del Estado, llevando a esta conclusión las siguientes consideraciones:

- 1º) El propio tenor literal del artículo 31.4 de la LPMM que, de forma categórica, se refiere a bienes de dominio público o demaniales, concepto o categoría jurídica en la que no están comprendidos, por su distinta naturaleza jurídica, los bienes patrimoniales.
- 2º) El concepto técnico-jurídico de la desafectación de los bienes demaniales. Puesto que el artículo 31.4 de la LPMM establece, como más adelante se expondrá, un procedimiento específico de desafectación, dicho precepto solamente puede referirse a bienes de dominio público y no a los bienes patrimoniales, pues solamente los primeros cumplen la condición precisa para ser desafectados, cual es la de que previamente hayan sido afectados al uso o servicio público, siendo, precisamente, la afectación al uso o servicio público la nota definidora de los bienes de dominio público y que permite diferenciarlos de los bienes patrimoniales.
- 3º) La incompatibilidad del régimen jurídico a que se sujeta la adscripción de bienes patrimoniales del Estado y el régimen que dispone el artículo 31.4 de la LPMM. El artículo 80 de la LPE, según redacción dada por la disposición adicional 11 de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, establece que los Organismos del Estado podrán solicitar del Ministerio de Economía y Hacienda, por conducto del Departamento del que dependan, la adscripción de bienes inmuebles del Patrimonio del Estado para el cumplimiento de sus fines. Los Organismos que reciban dichos bienes no adquirirán su propiedad y habrán de utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines que determine la adscripción, bien sea de

forma directa, bien mediante la percepción de sus rentas o frutos. Esta previsión normativa ha de ser completada con la establecida en el artículo 82 en relación con el artículo 79 de la propia LPE, de los cuales resulta que si los bienes patrimoniales adscritos no fuesen destinados al uso previsto o dejaran de serlo posteriormente, se considerará resuelta la adscripción y revertirán aquéllos al Estado, así como con lo dispuesto por el artículo 83 del mismo texto legal, según el cual corresponde al Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General del Patrimonio, fiscalizar la aplicación de los bienes inmuebles adscritos a los Organismos autónomos al fin para el que fueron cedidos por el Patrimonio del Estado y promover, en su caso, la reincorporación al mismo. Pues bien, si, con arreglo a los preceptos que se han mencionado, la titularidad de los bienes patrimoniales adscritos a los Organismos del Estado es retenida por la Administración del Estado, imponiendo a dichos Organismos la obligación de utilizar exclusivamente esos bienes para el cumplimiento de sus fines, de forma que el incumplimiento de esa obligación da lugar a la extinción de la adscripción y a la reincorporación de los repetidos bienes al Patrimonio del Estado, no cabe duda de que las previsiones normativas que conforman el régimen jurídico de los bienes patrimoniales adscritos son incompatibles con las consecuencias a que da lugar el artículo 31.4 de la LPMM, desde el momento en que, con arreglo a este último precepto, la desafectación provoca la incorporación de los bienes a que dicho precepto se refiere al patrimonio de Puertos del Estado, entidad que, por tanto, podrá proceder a la enajenación o permuta de los referidos bienes. No existe, por otra parte, ninguna razón que permita entender que el régimen jurídico de los bienes patrimoniales adscritos que establecen los artículos 80 y siguientes de la LPE haya quedado exceptuado, respecto de los bienes patrimoniales adscritos a Puertos del Estado, por el artículo 31.4 de la LPMM, máxime si se tiene en cuenta que el apartado 2 de dicho precepto contempla el supuesto de bienes estatales adscritos al referido Ente público disponiendo que conservarán su calificación jurídica originaria (es decir, bienes patrimoniales y no demaniales), debiendo utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines determinantes de su afectación o adscripción.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho, esta Dirección considera que el ámbito de aplicación del artículo 31.4 de la LPMM queda circunscrito a los bienes de dominio público afectados a los fines o funciones encomendados a Puertos del Estado y no cabe extenderlo a los bienes patrimoniales del Estado adscritos a dicho Ente público para el cumplimiento de sus fines.

Delimitado, en los términos que acaban de indicarse, el alcance o ámbito de aplicación del artículo 31.4 de la LPMM, ha de hacerse referencia, según se ha indicado mas arriba, a su aspecto formal o adjetivo y a su aspecto sustantivo o material.

Desde el punto de vista formal o adjetivo, el artículo 31.4 de la LPMM establece, para los bienes a que dicho precepto se refiere, un procedimiento de desafectación que cabe calificar de específico, en cuanto que se aparta del procedimiento general de desafectación de los bienes demaniales del Estado regulado en los artículos 121 al 123 de la LPE, procedimiento este último que debe entenderse inaplicable al supuesto de que aquí se trata, y ello, como se decía en el informe de este Centro Directivo de 29 de agosto de 1996 a que antes se ha hecho referencia, por imperativo de los principios de derogación de las normas anteriores por las posteriores y de las generales por las especiales (*lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generalis*).

El artículo 31.4 de la LPMM añade al aspecto formal o adjetivo un efecto material o sustantivo que anuda directa y automáticamente al acto de desafectación, cual es la adquisición de la propiedad de los bienes, una vez desafectados, por el Ente público Puertos del Estado, como de forma categórica declara el reiterado precepto legal (los bienes de dominio público que no sean precisos para el cumplimiento de sus fines serán desafectados ... y se incorporarán al patrimonio del mismo ...). Se dispone, pues, una adquisición del dominio por Puertos del Estado que no tiene otro título o causa que la declaración de la propia Ley y que, por tanto, cabe calificar como adquisición *ope legis*.

- II -

Una vez razonado en el fundamento jurídico precedente que el artículo 31.4 de la LPMM es aplicable a los bienes de dominio público que, siendo de la titularidad de la Administración General del Estado, fueron afectados al cumplimiento de los fines del Ente público Puertos del Estado y posteriormente dejan de ser precisos a aquellos efectos, debe examinarse si el inmueble reseñado en el antecedente 1º tenía la condición de bien de dominio público estatal y si dicho inmueble quedó afectado al reiterado Ente para el cumplimiento de sus fines, pues en el caso de cumplirse ambas condiciones habría que concluir afirmando la aplicación del citado precepto al inmueble en cuestión, lo que tendría por efecto la validez de la declaración de innecesariedad efectuada por el Consejo Rector de Puertos del Estado y de la desafectación acordada por el Ministro de Fomento y, a su vez, y como consecuencia de ello, la incorporación del inmueble en cuestión al patrimonio de Puertos del Estado.

Según se indica en los antecedentes remitidos, el inmueble a que se refiere el presente informe y en el que se ubicó el denominado Centro Técnico de Señales Marítimas fue adquirido por el entonces Ministerio de Obras Públicas, habiendo sido utilizado para las operaciones de adquisición, almacenamiento, reparación y suministro de equipos y material preciso para el servicio de señalización marítima, así como centro para la formación de personal técnico. Así las cosas, debe entenderse que el referido inmueble tenía la condición de bien de dominio público cuya titularidad correspondía al Estado (o, si se quiere emplear una expresión más precisa, a la Administración General del Estado). En efecto, el artículo 1 de la LPE fija el concepto de Patrimonio del Estado, disponiendo en su apartado 1 que constituyen el Patrimonio del Estado los bienes que, siendo propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una ley les confiera expresamente el carácter de demaniales... Delimitado así el concepto de Patrimonio del Estado y, por tanto, el de bienes patrimoniales del Estado, del citado precepto se infiere a sensu contrario que no tendrán la condición de bienes patrimoniales, sino la de bienes demaniales, aquéllos que se encuentren afectos al uso general o a los servicios públicos, circunstancia que precisamente concurría en el inmueble de continua referencia, dados los usos propios del servicio público de señalización marítima a que venía destinándose aquél.

Afirmado el carácter demanial del inmueble en cuestión, debe examinarse, en segundo lugar, si dicho inmueble quedó afectado al cumplimiento de las funciones encomendadas a Puertos del Estado, una vez creado este Ente público por la LPMM.

Como se ha indicado más arriba, y prescindiendo de la utilización del Centro Técnico de Señales Marítimas como centro para la formación de personal técnico, dicha instalación venía utilizándose para la adquisición, suministro, almacenamiento y reparación de elementos y equipos para el servicio de señalización marítima, cometidos que estaban atribuidos a la extinta Dirección General de Puertos (denominación que, en sustitución de la de Dirección General de Puertos y Costas, estableció la disposición adicional primera del Real Decreto 1316/1991, de 2 de agosto, de reestructuración de la Secretaría de Estado para las Políticas del Agua y del Medio Ambiente). Así, el artículo 9 del Decreto 862/1970, de 26 de febrero, de ordenación de señales marítimas, dispone lo siguiente:

La adquisición y suministro de los elementos de señalización marítima se realizará con cargo a los Presupuestos del Estado por la Dirección General de Puertos o Jefaturas de Costas y Puertos; estos Organismos realizarán estos suministros de forma semestral, previa petición de los Directores de Grupos de Puertos o Directores de Puertos, según los casos.

Cuando se trate de adquirir elementos unificados como linternas, grupos electrógenos, etc. con destino al Almacén Central de la Dirección General de Puertos, que exijan la formalización de un proyecto previo, éste se redactará por la Dirección de la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos, y su aprobación corresponderá a la Dirección General de Puertos.

La contratación se realizará por la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, de acuerdo con la Ley de Contratos del Estado y dentro de los créditos que para estos fines figuren en los presupuestos del Estado, del Ministerio de Obras Públicas.

La recepción del material se realizará por el Jefe de la Sección de la Dirección General de Puertos, de quien depende el Almacén Central, mediante acta que surtirá efecto en el Inventario General de dicho Almacén.

Las funciones a que se destinaba el Centro Técnico de Señales Marítimas estaban comprendidas, por tanto, entre las que tenía asignadas la Dirección General de Puertos hasta la entrada en vigor de la LPMM. Ahora bien, la disposición adicional séptima. uno de dicha Ley establece que La Dirección General de Puertos quedará suprimida en el momento de la entrada en funcionamiento, prevista en la disposición adicional primera, de Puertos del Estado, en el que se integrarán, asimismo, los servicios centrales del Organismo Autónomo de carácter comercial Comisión Administrativa de Grupos de Puertos, que se extinguirá en la misma fecha.

El precepto que acaba de transcribirse supone la asunción, sin solución de continuidad, de las funciones de la Dirección General de Puertos (que simultáneamente se extingue) por el Ente público Puertos del Estado, pues, en otro caso, no se explicaría que la citada disposición adicional anude directa y automáticamente la desaparición o supresión de la mencionada Dirección General al preciso momento de la entrada en funcionamiento de dicha entidad pública (lo que tuvo lugar, según la disposición final primera.1 de la LPMM, el 1 de enero de 1993).

Pues bien, si el Ente público Puertos del Estado asumió las funciones que correspondían a la Dirección General de Puertos, que quedó suprimida, y dado que en dichas funciones aparecían comprendidas las relativas al servicio de señalización marítima y, dentro de éstas y más particularmente, las enumeradas en el artículo 9 del Decreto 862/1970, como lo confirma, por otra parte, el artículo 25.f) de la LPMM, que atribuye a Puertos del Estado la planificación, coordinación y control del sistema de señalización marítima español y el artículo 26.1.j) de dicho texto legal, que le encomienda la planificación, normalización, inspección y control del funcionamiento de los servicios de señalización marítima y la prestación de los que no se atribuyan a las Autoridades Portuarias, debe entenderse que el inmueble en que se ubicaba el Centro Técnico de Señales Marítimas y las propias instalaciones de dicho Centro quedaron afectados a Puertos del Estado, en cuanto medios materiales destinados precisamente, según se ha indicado, a las funciones del servicio de señalización marítima establecidas en el Decreto 862/1970 y que eran de la competencia de la Dirección General de Puertos. En suma, la asunción de las funciones de la Dirección General de Puertos por Puertos del Estado llevó aparejada, en lo que respecta al servicio de señalización marítima, la adscripción del inmueble en que estuvo ubicado el Centro Técnico de Señales Marítimas al mencionado Ente público, dado el carácter instrumental que tienen los bienes demaniales respecto del servicio público a cuya gestión o prestación se afectan o destinan aquéllos.

Alcanzada la anterior conclusión, debe examinarse todavía si la misma podría quedar desvirtuada por la circunstancia de que no se dictara en ningún momento un acto formal de afectación o adscripción del inmueble de continua referencia a Puertos del Estado, lo que, a juicio de la Dirección General del Patrimonio del Estado, era necesario, por entender dicho Centro que así se desprende, según se dice en el escrito de consulta, de la disposición adicional sexta, apartado seis, de la LPMM, conforme al cual las obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima y los terrenos afectos al servicio de las mismas, se adscribirán a las Autoridades Portuarias que se determine por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

En opinión de este Centro Directivo, el anterior argumento no resulta atendible, sin que, por tanto, quede desvirtuada la conclusión más arriba establecida, y ello por las razones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, la disposición adicional séptima. uno de la LPMM a que antes se ha hecho referencia establece una suerte de sucesión o subrogación ope legis del Ente público Puertos

del Estado en las funciones de la Dirección General de Puertos que queda suprimida. Esta sucesión o subrogación dispuesta por ministerio de la ley, directamente y sin solución de continuidad, hacía –y hace– innecesario acudir, como condición de validez o eficacia de la afectación (o adscripción) del reiterado inmueble a Puertos del Estado, que resulta implícitamente reconocida en la propia disposición adicional séptima. uno, citada, a un acto administrativo de adscripción que, por otra parte, sería, de realizarse, un acto debido, dada la determinación de aquel precepto legal. Por lo demás, el aludido acto de adscripción del inmueble en cuestión a Puertos del Estado supondría, en un plano estrictamente conceptual, que, hasta tanto se dictase ese acto, dicha entidad pública no podría usarlo para el cumplimiento de sus funciones en materia de señalización marítima, lo que resultaría contrario a la exigencia de continuidad y no interrupción en la prestación del servicio público y que constituye un principio rector del mismo.

En segundo lugar, esta Dirección entiende que no es aplicable al supuesto a que se refiere el presente informe la disposición adicional sexta, apartado seis, de la LPMM, ya que dicho precepto se refiere a obras e instalaciones de iluminación de costas y señalización marítima y a los terrenos afectados al servicio de las mismas, en tanto que el inmueble de que aquí se trata estaba destinado a operaciones de adquisición, almacenamiento y reparación de elementos y equipos de señalización marítima, como servicio centralizado en la Dirección General de Puertos. Así lo viene a confirmar la circunstancia de que la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 28 de abril de 1994, por la que se dio cumplimiento a la disposición adicional sexta. seis de la LPMM, se refiere exclusivamente a faros, balizas (y terrenos afectados a los mismos) y a las estaciones de los sistemas hiperbólicos de radionavegación (cadenas DECCA). En suma, ni por su emplazamiento geográfico ni por los fines a que venía destinándose el inmueble en el que se encontraba instalado el hoy extinto Centro Técnico de Señales Marítimas cabe invocar, en relación con el reiterado inmueble, la disposición adicional sexta. seis de la LPMM a efectos de considerar que era necesario un acto administrativo previo de afectación o adscripción del mismo a Puertos del Estado, en términos tales que, por no haberse dictado en su día dicho acto, deba concluirse que el inmueble de continua referencia no quedó afectado a la mencionada entidad pública.

La improcedencia de invocar la disposición adicional sexta. seis de la LPMM como argumento en favor de la necesidad de acto administrativo de afectación o adscripción del inmueble a Puertos del Estado resulta, además, del motivo a que obedece la repetida disposición adicional. Este precepto encuentra su razón de ser, dada la pluralidad de instalaciones de iluminación de costas y señalización marítimas de todo el litoral español, en la necesidad de distribuir, adscribiéndolas, esas instalaciones entre las distintas Autoridades Portuarias en función del ámbito o zona geográfica asignada a cada una de esas entidades, determinándose así, para cada Autoridad Portuaria, las instalaciones cuya gestión le competiera a partir de la entrada en vigor de la LPMM (o, más exactamente, desde que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes efectuase la determinación prevista en la reiterada disposición). Así las cosas, no resulta justificado invocar la repetida disposición adicional respecto de un único bien de dominio público en el que se efectuaban por la extinta Dirección General de Puertos, como servicio centralizado, funciones de su competencia y que han sido asumidas por una única entidad pública, cual es Puertos del Estado.

En suma, y como resumen de lo expuesto en el presente fundamento jurídico, este Centro Directivo entiende que, al tiempo de la supresión de la Dirección General de Puertos y entrada en funcionamiento del Ente público Puertos del Estado, el inmueble a que se refiere este informe tenía la condición de bien de dominio público y quedó adscrito a dicho Ente público, dada la asunción por éste de las funciones que correspondían a aquella Dirección General, por lo que han de entenderse cumplidas las condiciones a que se supedita la aplicación del artículo 31.4 de la LPMM, siendo, en consecuencia, válidas la declaración de innecesariedad efectuada por el Consejo Rector de Puertos del Estado y la desafectación acordada por el Ministro de Fomento.

- III -

Sentada la anterior conclusión, debe examinarse, a la luz de la misma, la situación jurídica resultante de la inmatriculación del inmueble de que aquí se trata a favor del Ente público Puertos del Estado.

Como se ha indicado en el fundamento jurídico I del presente informe, el artículo 31.4 de la LPMM dispone una adquisición ex lege de la propiedad de los bienes a que alude dicho precepto por Puertos del Estado: los bienes de dominio público de titularidad estatal que fueron afectados a las funciones encomendadas a aquel Ente, sin que éste adquiriese su propiedad, pasan a ser adquiridos por Puertos del Estado una vez desafectados y como consecuencia precisamente de la desafectación. Cabe, pues, distinguir, en relación con la propiedad de dichos bienes cuyo límite viene marcado por el acto de desafectación: con anterioridad a la desafectación, los repetidos bienes eran de titularidad del Estado; tras la desafectación, son adquiridos por Puertos del Estado, perdiendo al Administración General del Estado su titularidad dominical.

Así las cosas, y puesto que la afectación del tan aludido inmueble al servicio público encomendado a Puertos del Estado no supuso la adquisición de su propiedad por dicho Ente público, por no ser la afectación título traslativo del dominio, no podía reputarse ajustada a Derecho la inmatriculación del inmueble en cuestión a favor de Puertos del Estado en la fecha en que se hizo, dado que la inmatriculación, efectuada, al parecer, a nombre de la reiterada entidad pública, se practicó, según los antecedentes remitidos, el 17 de noviembre de 1997, es decir, antes de que se acordase la desafectación; es por ello por lo que la inmatriculación debió efectuarse a favor del Estado (o, más precisamente, de la Administración General del Estado), sin perjuicio de hacer constar su afectación al servicio público encomendado al Ente público Puertos del Estado y la adscripción a dicho Ente. Ahora bien, una vez efectuada la desafectación del inmueble de continua referencia y dado que, por una parte, tal desafectación se realizó, según se ha razonado en el fundamento jurídico precedente, válidamente y que, por otra parte, la desafectación tiene por consecuencia, según el artículo 31.4 de la LPMM, la adquisición de la propiedad por Puertos del Estado (... y se incorporarán al patrimonio del mismo, quien podrá proceder a su enajenación o permuta ...), debe entenderse que, tras la desafectación, y por razón del efecto que a la misma anuda el citado precepto legal, se produjo una suerte de convalidación de la inscripción registral que se supone practicada a favor de Puertos del Estado, siendo, por tanto, dicho Ente público el actual titular del dominio del inmueble, tanto registralmente como en la realidad jurídica extrarregistral.

- IV -

Las consideraciones que se han expuesto en el presente informe en relación con el ámbito de aplicación del artículo 31.4 de la LPMM y con la cuestión relativa a la posible necesidad de acto de afectación o adscripción del inmueble de que aquí se trata a Puertos del Estado coinciden, en lo sustancial, con las contenidas en la nota remitida por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento a que se hizo referencia en el antecedente 5º, por lo que, para evitar repeticiones innecesarias, se prescinde del análisis de los argumentos expuestos en dicha nota. No obstante, y a la vista de la conclusión tercera de la misma, se estima oportuno hacer una puntualización.

En dicha conclusión se dice que carece de fundamento el reproche que formula la Dirección General del Patrimonio del Estado en el sentido de que –la inmatriculación debería haber sido realizada a favor del Estado, sin perjuicio de hacer constar su afectación al servicio público de señalización marítima, pero nunca a favor de Puertos del Estado. Eso es –prosigue la referida conclusión– justamente lo que se ha hecho: inmatricular un bien de dominio público y, por

consiguiente, de la titularidad estatal, haciendo constar la adscripción a Puertos del Estado y la afectación al citado servicio de señalización marítima.

Pues bien, aunque, por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico III del presente informe, la cuestión carece de trascendencia, ya que en la actualidad el Ente público Puertos del Estado es, según el criterio de este Centro, el titular del dominio del inmueble, tanto registralmente como en la realidad jurídica extrarregistral, el hecho es que de las certificaciones expedidas por el Presidente de Puertos del Estado con fechas 27 de febrero y 6 de noviembre de 1997 (cfr. antecedente 1º) no se deduce, al menos con la certeza necesaria, que la inmatriculación se efectuase a favor de la Administración General del Estado, advirtiéndose que en la primera de las certificaciones citadas se alude a la inmatriculación del referido inmueble como bien demanial adscrito al Ente Público Puertos del Estado, siendo lógico pensar, por otra parte, que la inmatriculación se efectuase a nombre de la Entidad que la promovió (Puertos del Estado). En efecto, aunque este Centro no conoce el texto del correspondiente asiento registral (sólo se le han remitido copias de las certificaciones y de las notas del Registro estampadas a su pie) ni, por tanto, si en dicho asiento se hizo constar que la inmatriculación se efectuaba a favor del Estado (o de la Administración General del mismo), se ha presumido, dada la literalidad de las reiteradas certificaciones, que el inmueble se inmatriculó a favor de Puertos del Estado y no de la Administración General del Estado, si bien es cierto que, como se ha indicado, ello carece de trascendencia en el momento presente.

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 ámbito objetivo de aplicación del artículo 31.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, está constituido por los bienes de dominio público que, siendo de titularidad de la Administración General del Estado, quedaron afectados al cumplimiento de los fines encomendados al Ente público Puertos del Estado y posteriormente dejaron de ser necesarios para tales fines, entrañando dicho precepto, desde el punto de vista formal, un procedimiento específico de desafectación de bienes demaniales que excluye la aplicación del establecido por la legislación del Patrimonio del Estado y, desde el punto de vista material, una adquisición ex lege de la propiedad de los referidos bienes, una vez desafectados, por Puertos del Estado.

Segunda.- El inmueble a que se refiere el presente informe tenía, al tiempo de la supresión de la Dirección General de Puertos y de la entrada en funcionamiento del Ente público Puertos del Estado, la condición de bien de dominio público, quedando afectado al cumplimiento de los fines del referido Ente, al haber asumido éste, sin solución de continuidad, las funciones que antes correspondían a la citada Dirección General.

Tercera.- Como consecuencia de lo indicado en las conclusiones anteriores, ha de entenderse que el referido inmueble quedó comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 31.4 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, debiendo, por tanto, reputarse válidas y eficaces la declaración de innecesariedad y la desafectación del repetido inmueble efectuadas, respectivamente, por el Consejo Rector de Puertos del Estado y por el Excmo. Sr. Ministro de Fomento.

Cuarta.- La desafectación del inmueble de continua referencia determinó la adquisición de su propiedad por Puertos del Estado, correspondiendo, por tanto, a dicho Ente público la actual titularidad dominical de aquel inmueble.

58.- Informe sobre la adscripción o afectación de una parcela de terreno ganada al mar que quedó integrada en la zona de servicio del puerto.

Resumen

Consulta de la D.G. del Patrimonio del Estado sobre diversas cuestiones que suscita la aplicación de la Ley 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM). Ocupación y uso del demanio portuario estatal por órganos de la Administración del Estado: ha de instrumentarse mediante una reserva demanial (artículo 47.1 Ley de Costas) y no mediante concesión. Afectación de bienes patrimoniales del Estado a la zona de servicio de un puerto: régimen jurídico, procedimiento y efectos. Adscripción de bienes del Estado a las Entidades públicas creadas por la LPMM: forma según los casos. Desafectación de bienes adscritos por el Estado a los antiguos Organismos portuarios y a las Entidades actuales. Inclusión de los bienes y derechos adscritos a los referidos Organismos y Entidades en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado.

Ref.: A.E.H.PATRIMONIO 64/99

Fecha: 11 de octubre de 1994

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Observaciones

La referencia que se hace al artículo 47.1 de la Ley de Costas hay que referirla actualmente al artículo 73.3 del TRLPEMM. El artículo 49.4 de la Ley 27/1992 al artículo 45 del TRLPEE. La del 15 de la Ley 27/1992 al artículo 69 TRLEMM

Texto del informe

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre la adscripción o afectación que deba hacerse de una parcela de terreno ganado al mar situada en la zona de servicio del Puerto de los Cristianos (Tenerife) y, en relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, tiene el honor de informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

- 1) Según resulta del escrito que se reseñará en el antecedente 2, mediante acta de afectación fechada el 6 de febrero de 1976 la Delegación de Hacienda de Santa Cruz de Tenerife entregó al entonces Ministerio de Marina una parcela de terreno ganado al mar de 400 m² de superficie y en la que se construyó el edificio de la Ayudantía Militar de Marina. Dicha parcela se encuentra situada en la zona de servicios del Puerto de los Cristianos (Tenerife).
- 2) Mediante escrito fechado el 30 de diciembre de 1996 el Director General de Infraestructuras del Ministerio de Defensa comunicó al Director General del Patrimonio del Estado que tanto el edificio (aludido en el antecedente 1) que está desocupado y en estado de conservación bastante deficiente, como la parcela sobre la que se construyó, han dejado de ser de interés para la Defensa, y sobre ellos ha manifestado su interés la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife para destinarlos a servicios del Puerto. En consecuencia –prosigue el referido escrito–, y como quiera que los terrenos forman parte del dominio público marítimo-terrestre de acuerdo con el Art. 4 apartado 2 de la Ley de Costas, y por tanto no pueden ser desafectados para su entrega a la Gerencia de Infraestructura de la Defensa, ruego a V.I. que por esa Dirección General se inicien los trámites oportunos para su entrega a Puertos del Estado.
- 3) La Dirección General del Patrimonio del Estado, en un escrito de fecha 20 de marzo de 1998, interesó de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife su conformidad con

la adscripción del referido inmueble a dicha entidad, contestando ésta afirmativamente y solicitando que se le autorizase la demolición de la edificación construida por encontrarse totalmente deteriorada y ser innecesaria para el desarrollo de la actividad portuaria. La mencionada Dirección General solicitó al Ministerio de Medio Ambiente, en 23 de abril de 1998, informe acerca de si dichos terrenos constituyen dominio público marítimo-terrestre por naturaleza, y/o, en su caso, procede la afectación al citado dominio público de los 400 m²”

A la vista del escrito de la Dirección General del Patrimonio del Estado reseñado en el párrafo anterior, la Dirección General de Costas, por delegación de la Ministra de Medio Ambiente, acordó, mediante resolución de 16 de marzo de 1999, lo siguiente:

1. Declarar la parcela de cuatrocientos (400) metros cuadrados de terreno de dominio público marítimo-terrestre ganados al mar, en la zona de servicio del Puerto de los Cristianos, en la que se construyó el edificio de la Ayudantía Militar de Marina, necesaria para la protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre.
2. Solicitar del Ministerio de Economía y Hacienda la afectación de dicho inmueble al dominio público marítimo-terrestre.
3. Nombrar representante del Ministerio de Medio Ambiente para la recepción del inmueble de referencia, al Jefe del Servicio de Costas del Ministerio de Medio Ambiente en Tenerife.
- 4) La Dirección General del Patrimonio del Estado comunicó a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, en un escrito de 29 de marzo de 1999, que el Ministerio de Medio Ambiente había declarado necesario para la protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre el inmueble de continua referencia, diciéndose en dicho escrito que en consecuencia, no procede la adscripción a esa Autoridad Portuaria, dando por finalizado el expediente de adscripción en su día iniciado.

La citada Autoridad Portuaria, mediante escrito fechado en 15 de abril de 1999, solicitó, al amparo del artículo 62.1.b) de la Ley 30/1999, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la declaración de nulidad del acto administrativo de 29 de marzo de 1999, así como que se le adscribiese el referido inmueble por ser imprescindible para el cumplimiento de los fines de aquella Autoridad.

- 5) No obstante lo comunicado por la Dirección General del Patrimonio del Estado a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife en el escrito reseñado en el párrafo primero del apartado anterior, aquella Dirección General solicitó, en un escrito de 11 de mayo de 1999, a la mencionada entidad pública, al objeto de poder resolver la adscripción solicitada por esa Autoridad Portuaria, la remisión de plano de situación de la parcela, representación del deslinde que la afecta y la documentación fotográfica que se considerase oportuna. Mediante otro escrito, fechado también el 11 de mayo de 1999, la Dirección General del Patrimonio del Estado remitió copia de la documentación del expediente a la Junta Coordinadora de Edificios Administrativos, al objeto de que, según lo establecido en el Real Decreto 171/1988, de 12 de febrero, art. 8.e) se elabore la propuesta acerca de la solución que proceda en el conflicto planteado entre los Departamentos respecto al uso del mencionado inmueble. Dicha Junta, en reunión celebrada el 13 de julio de 1999, acordó devolver a la Dirección General del Patrimonio del Estado la documentación que le había sido remitida a fin de que se solicite el informe pertinente del Servicio Jurídico.
- 6) La Dirección General del Patrimonio del Estado solicita a la Dirección del Servicio Jurídico del Estado la emisión de informe en el conflicto planteado entre los Departamentos respecto al uso del mencionado inmueble.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La cuestión planteada en el presente informe consiste en determinar cuál sea la adscripción (Dirección General de Costas, a efectos de la protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre o Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife-Puerto de los Cristianos, para el servicio público portuario) que proceda acordar en relación con el terreno ganado al mar a que se refieren los antecedentes expuestos y que, según éstos, fue afectado en el año 1976 al entonces Ministerio de Marina, construyéndose en el mismo la Ayudantía Militar de Marina y habida cuenta que, según aquel Departamento ministerial, tanto el edificio como la parcela sobre la que se construyó han dejado de ser necesarios para la Defensa.

La doble circunstancia de que, por una parte, el referido inmueble (o el suelo del mismo) sea un terreno ganado al mar y, por otra parte, esté situado en la zona de servicio del Puerto de los Cristianos exige, para la adecuada resolución de la cuestión enunciada, hacer una consideración previa sobre la relación entre el dominio público marítimo-terrestre y el dominio público portuario.

Como este Centro Directivo ha tenido ocasión de indicar en informes de 29 de agosto de 1996 (ref. AEH - Patrimonio 31/96), 7 de abril de 1998 (ref. A.G. Medio Ambiente 1/98) y 3 de marzo de 1999 (ref. A.G. Medio Ambiente 1/99), 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 misma 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 aparece prevista en el artículo 14.2 de la Ley 27/1999, 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 de 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 mar 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 (dominio público portuario sobre la condición o calificación inicial de dominio público marítimo-terrestre) tiene, como se indicó en los informes de este Centro Directivo a que se ha hecho referencia, dos importantes consecuencias:

- 1º) Los referidos bienes, en tanto se mantengan afectos a la prestación del servicio público portuario, no siguen el régimen jurídico establecido en la LC, sino el régimen establecido por la LPMM para el dominio público portuario, tal y como establece el artículo 4.11 de la LC (... los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regirán por su legislación específica).
- 2º) Cuando los mencionados bienes quedan desafectados del servicio público portuario pierden su condición de bienes de dominio público portuario, resurgiendo o reapareciendo su condición de bienes de dominio público marítimo-terrestre, que permanecía en estado latente. Los reiterados bienes siguen, tras su desafectación del servicio público

portuario, el régimen jurídico establecido en la LC, como lo viene a confirmar la circunstancia de que el artículo 49.4 de la LPMM, 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 Ministerio 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 innecesiedad 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. En definitiva, los bienes de que se trata no dejan de ser de dominio público por su desafectación del servicio portuario acordada de conformidad con el artículo 49.4 de la LPMM, sino que, tras dicha desafectación, continúan integrados en el dominio público estatal, si bien ya no como bienes de dominio público portuario estatal, sino como bienes de dominio público marítimo-terrestre; puede, pues, afirmarse que, tras la desafectación de los bienes de continua referencia del servicio público portuario, lo que se produce es, más que una desafectación demanial (en el sentido técnico-jurídico de esta expresión), lo que cabría calificar como una mutación demanial: no se altera su naturaleza jurídica de bienes de dominio público, pero sí se modifica su destino.

La regla del artículo 49.4, párrafo segundo, de la LPMM, y el régimen que, en los términos que acaban de exponerse, resulta de dicho precepto y que constituye la segunda de las consecuencias en que se resuelve la relación entre el dominio público marítimo-terrestre y el dominio público portuario responde a la necesidad de evitar que la desafectación del servicio público portuario (y, por tanto, la salida del dominio público portuario) de un determinado bien, cuyas características naturales obligan a considerarlo integrado en el dominio público marítimo terrestre, pueda causar un perjuicio a este último si, en aplicación de la regla del párrafo primero del citado precepto, dicho bien se integrase en el patrimonio (privativo) de la Autoridad Portuaria respectiva que lo hubiese desafectado del servicio portuario y, tras ello, dicha Autoridad procediese a enajenarlo. Es por esta razón por la que este Centro Directivo, en su antes citado informe de 29 de agosto de 1996, que fue emitido a petición del mismo órgano que formula la consulta actual, entendió, en relación con una parcela de terreno ganado al mar y que había sido desafectada del servicio portuario por Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 9 de febrero de 1996, que no procedía su incorporación al patrimonio de la Autoridad Portuaria que la había declarado innecesaria para la prestación de su servicio, sino su integración en el dominio público marítimo-terrestre (dada la calificación ex lege de dominio público marítimo-terrestre de los terrenos ganados al mar, conforme al art. 4.2 de la LC).

Estando asentado el dominio público portuario, por la propia situación y configuración de los puertos marítimos, sobre el dominio público marítimo-terrestre, las consideraciones precedentes sobre la relación entre uno y otro dominio público han de ser completadas con la determinación del elemento o factor determinante de la afectación de los bienes del demanio marítimo-terrestre al servicio portuario y, por tanto, de la conversión o transformación del demanio marítimo-terrestre en demanio portuario (aunque, como se ha indicado, la condición de bienes de dominio público marítimo-terrestre permanece en estado latente, subyaciendo bajo la condición de dominio público portuario).

La afectación de los bienes del demanio marítimo-terrestre al servicio portuario tiene lugar, según resulta de la LPMM, en virtud de un instrumento jurídico concreto, cual es el plan de utilización de espacios portuarios (PUEP) a que se refiere el artículo 15 de dicho texto legal. Partiendo del concepto de puerto marítimo como conjunto de espacios terrestres, aguas marítimas e instalaciones portuarias que, situados en la ribera del mar o de los ríos, reúnan condiciones físicas, naturales o artificiales y de organización que permitan la realización de

operaciones de tráfico portuario, y sea autorizado para el desarrollo de estas actividades por la Administración competente (artículo 2.1 de la LPMM), la concreción de esos espacios de tierra y agua (integrados inicialmente, como se ha reiterado, en el dominio público marítimo-terrestre) que constituyen el puerto y, por tanto, su afectación al uso o servicio portuario se efectúa precisamente mediante el correspondiente PUEP. Así, el citado artículo 15 de la LPMM, tras disponer en su apartado 1 que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (actualmente, Ministerio de Fomento) delimitará en los puertos de competencia estatal una zona de servicio que incluirá las superficies de tierra y agua necesarias para la ejecución de sus actividades ..., añade en su apartado 2 que la delimitación de la zona de servicio se hará, a propuesta de la Autoridad Portuaria, a través de un plan de utilización de espacios portuarios ...; pues bien, si la concreción o delimitación de esos espacios de tierra y agua viene exigida por ser los mismos necesarios para la prestación del servicio portuario, lo que da lugar a la afectación de aquellos espacios a dicho servicio, esta afectación es expresamente mencionada en el artículo 15.2, párrafo segundo, inciso final de la propia LPMM, al disponer que 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, así como la afectación al uso portuario de los bienes de dominio público incluidos en la zona de servicio que sean de interés para el puerto.

Debe señalarse que si bien la delimitación de la zona de servicio del puerto y, por tanto, la delimitación del dominio público portuario tiene lugar mediante la aprobación del PUEP, según el artículo 15.2 de la LPMM, ésta considera, respecto de los puertos de competencia estatal y hasta tanto se proceda a la delimitación establecida por dicho precepto, como zona de servicio de los mismos la existente a la entrada en vigor de dicha Ley. Así, la disposición adicional primera del citado texto legal establece que 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. En consecuencia, y por lo que se refiere a los puertos de competencia estatal en los que todavía no se hubiese delimitado su zona de servicios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 de la LPMM, es decir, mediante la aprobación del oportuno PUEP, su zona de servicios es la que se hubiese determinado con anterioridad a la entrada en vigor del reiterado texto legal, por lo que las superficies de tierra comprendidas en dicha zona (únicas que interesan a los efectos del presente informe) quedan integradas en el dominio público portuario, ostentando esta calificación jurídica.

- II -

Hechas las anteriores consideraciones generales sobre la relación entre el dominio público marítimo-terrestre y el dominio público portuario, las consecuencias jurídicas que de ello se siguen y el instrumento mediante el cual tiene lugar la afectación de espacios físicos integrantes del dominio público marítimo-terrestre al uso o servicio portuario y, por tanto, su transformación en bienes de dominio público portuario, procede ya examinar el supuesto a que se refiere la consulta y, en consecuencia, el presente informe.

Ante todo, debe señalarse que el caso que aquí se examina difiere en gran medida del supuesto que este Centro Directivo contempló en su informe de 29 de agosto de 1996 a que se ha hecho referencia más arriba. En efecto, se trataba entonces de un inmueble integrado en el dominio público portuario que, al ser innecesario para el servicio portuario, se desafectó de este servicio y que, por consistir en un terreno ganado al mar, debía integrarse, por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico precedente, en el dominio público marítimo-terrestre, al resurgir o reaparecer su condición de elemento o dependencia del mismo. El supuesto a que se refiere el presente informe responde, como se ha dicho, a un planteamiento

distinto. No se trata de un inmueble que sea innecesario para el servicio portuario y que deba desafectarse de dicho servicio, perdiendo, por tanto, su condición de bien de dominio público portuario; se trata de un inmueble que dejó de ser necesario para la Defensa, siendo precisamente la desafectación de este servicio la circunstancia que ha suscitado la cuestión relativa a si el repetido inmueble ha de afectarse al servicio portuario o si, como pretende la Dirección General de Costas, procede la afectación de dicho inmueble al dominio público marítimo terrestre.

Dicho lo anterior, la adecuada solución del supuesto que ahora se examina ha de partir de la premisa de que entre la condición física de terreno ganado al mar que tiene el inmueble y el servicio a que venía destinándose (Defensa) se interpone la circunstancia de que el reiterado inmueble está comprendido en su totalidad en la zona de servicio del Puerto de los Cristianos. Por expresarlo de una forma gráfica, puede decirse que, hasta su desafectación del Ministerio de Defensa, sobre el inmueble en cuestión concurrían tres planos jurídicos y funcionales: un primer plano que, atendiendo a su condición de terreno ganado al mar, remite a la calificación de dominio público marítimo-terrestre; un segundo plano que se superponía y se superpone al anterior (al haberse ganado el terreno al mar por la construcción del dique de abrigo del puerto) y que, atendiendo a la circunstancia de hallarse situado el inmueble en la zona de servicio del citado puerto, da lugar a la calificación de aquel bien como pertenencia del dominio público portuario; y un tercer plano, constituido por la afectación del inmueble al Ministerio de Defensa, que se superponía a los anteriores, ya que el uso que venía haciéndose de ese inmueble era el propio de dicha afectación.

Pues bien, desaparecida la afectación del inmueble al Ministerio de Defensa, ha de entenderse que se hace efectiva y despliega toda su virtualidad jurídica la circunstancia de que el inmueble está situado dentro de la zona de servicio del puerto, lo que tiene por consecuencia que dicho inmueble ostente la condición de bien perteneciente al dominio público portuario, así como que debe quedar integrado en el mismo.

En efecto, si, como se ha indicado en el fundamento jurídico precedente, se considera demanio portuario el dominio público marítimo-terrestre afecto a la prestación del servicio público portuario y si, a su vez, la afectación de ciertos bienes del demanio marítimo-terrestre al servicio portuario o, lo que es igual, la concreción o determinación de los espacios de tierra y agua (inicialmente integrados, por su emplazamiento o situación, en el dominio público marítimo-terrestre) necesarios para el servicio portuario tiene lugar en virtud de la delimitación de la zona de servicio del puerto, ya se trate de la delimitación efectuada con arreglo al artículo 15 de la LPMM (mediante la aprobación del correspondiente PUEP) o, caso de no haberse efectuado la delimitación de dicha zona con arreglo al citado precepto y según la disposición adicional primera de la LPMM, de la delimitación realizada con arreglo a la normativa anterior a la LPMM (artículo 27 del Real Decreto-Ley de 19 de enero de 1928), el inmueble de que se trata en el presente caso cumple la caracterización indicada para su conceptualización como pertenencia del dominio portuario, ya que, partiendo de su calificación de bien del demanio marítimo-terrestre por su condición de terreno ganado al mar (artículo 4.2 de la LC), dicho inmueble se encuentra incluido en la zona de servicio del Puerto de los Cristianos, según la delimitación aprobada por el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transportes el 2 de octubre de 1992 –que contó con los informes favorables de la Demarcación de Costas de Tenerife, la Ayudantía Militar y el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo–, lo que, según lo dicho, supone, una vez desaparecida la afectación del inmueble en cuestión al Ministerio de Defensa, que resurja la afectación al servicio público portuario, cuya efectividad se encontraba suspendida por razón de la afectación al mencionado Departamento ministerial. En realidad, al desaparecer la afectación al Ministerio de Defensa, la situación jurídica en que, en opinión de este Centro Directivo, queda el inmueble de continua referencia es la propia u ordinaria de la relación entre demanio marítimo-terrestre y demanio portuario: se trata de una dependencia del demanio marítimo-terrestre (artículo 4.2 de la LC) que se encuentra incluida en la zona de servicio del puerto debidamente delimitada. Esta última circunstancia supone en sí misma la afectación al servicio portuario, lo que tiene por consecuencia que se trate

de un bien de demanio portuario, superponiéndose esta calificación a la de bien de demanio marítimo-terrestre que permanece en estado latente y que reaparecerá o resurgirá cuando el inmueble se desafecte (en su caso) del servicio portuario.

El criterio que aquí se sostiene –conceptuación del inmueble reseñado en el antecedente 1º como un bien de dominio público portuario– no queda desvirtuado, a juicio de este Centro Directivo, por los argumentos utilizados por la Dirección General de Costas en su resolución de 16 de marzo de 1999, mencionada en el antecedente 3º, para fundamentar su pretensión de que el inmueble en cuestión se integre en el dominio público marítimo-terrestre, y ello en razón de las consideraciones que siguen.

En sus consideraciones jurídicas la citada resolución emplea, en primer lugar, el argumento de que el inmueble de referencia se sitúa dentro del dominio público marítimo-terrestre, en virtud del deslinde aprobado por Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1966 y ratificado posteriormente por otro aprobado por Orden Ministerial de 8 de enero de 1998... Este argumento no es atendible, ya que prescinde por completo de la circunstancia, verdaderamente fundamental, de que el inmueble en cuestión está comprendido en la zona de servicio del puerto y, por tanto, del efecto jurídico que se anuda a ello, que no es otro que su afectación al servicio portuario. En rigor, el hecho de que el inmueble se sitúe dentro del dominio público marítimo-terrestre deslindado por las referidas Ordenes Ministeriales es irrelevante; en efecto, desde el momento en que el repetido inmueble se encuentra ubicado dentro de la zona de servicio del puerto, cuya delimitación, en el sector de dicha zona en que se sitúa aquel, coincide con la delimitación del dominio público marítimo-terrestre, según los planos que obran en los antecedentes remitidos, la situación jurídica del inmueble en cuestión es, como se ha indicado, la propia de la relación entre el demanio marítimo-terrestre y el demanio portuario: el reiterado inmueble es una dependencia del demanio marítimo-terrestre que, por estar incluida en la zona delimitada como zona de servicio del puerto y, dado el efecto jurídico que se anuda a ello (afectación al servicio portuario), pasa a tener la condición de dominio público portuario, superponiéndose esta calificación a aquélla.

Como segundo argumento, la aludida resolución invoca el artículo 18 de la LC, en el cual se dispone que –sólo podrá procederse a la desafectación de terrenos en el supuesto de los apartados 5 y 10 del artículo 4º– y no en el supuesto del apartado 4.2 (terrenos ganados al mar), que es el caso que nos ocupa, lo cual coincide con lo establecido en el artículo 4.1 de la citada Ley en el sentido de que no podrán existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre, ni aun en el supuesto de terrenos ganados al mar o desecados en su ribera.

Este segundo argumento tampoco desvirtúa el criterio que se sostiene en el presente informe. En primer lugar, el hecho de que, por las razones expuestas en el fundamento jurídico I del presente informe, el demanio portuario se asiente sobre determinadas dependencias del demanio marítimo-terrestre es un supuesto previsto y admitido, como no podía ser de otra forma, por la LC (artículo 4.11) y la LPMM (artículo 14.2), por lo que no puede entenderse que dicha circunstancia suponga una desafectación prohibida por el artículo 18 de la LC, máxime si se tiene en cuenta el dato, ofrecido por la realidad, de que en numerosos puertos una parte de la zona de servicios está constituida por terrenos ganados al mar. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, difícilmente puede admitirse que la condición de bien de dominio público portuario que, por las razones expuestas, corresponde al inmueble reseñado en el antecedente 1º, infrinja la regla del artículo 9.1 de la LC, ya que las superficies de agua, tierra, obras e instalaciones de los puertos de competencia de la Administración del Estado (puertos de interés general, como es el caso del Puerto de los Cristianos; cfr. apartado 11 del Anexo de la LPMM) son bienes de titularidad del Estado (artículo 14, apartados 1 y 2, y artículo 53 de la LPMM). No puede, pues, afirmarse que la incorporación del inmueble en cuestión al dominio público portuario dé lugar a que exista una propiedad distinta de la demanial del Estado.

Alcanzada la conclusión de que el inmueble reseñado en el antecedente 1) debe integrarse en el dominio público portuario que gestiona la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, se estima oportuno hacer una observación de carácter formal. Aunque en el aspecto sustantivo el inmueble de que se trata debe conceptuarse, por las razones reiteradas, como pertenencia del dominio público portuario, ello no elimina ni permite desconocer la discrepancia existente en punto a la afectación o adscripción del repetido inmueble. Esta circunstancia da lugar, en el aspecto estrictamente formal o procedimental y aunque la discrepancia no se suscite propiamente entre dos Departamentos ministeriales, sino entre una entidad pública (Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife) y un Departamento ministerial (Ministerio de Medio Ambiente), a que, en opinión de este Centro, sea aplicable, siquiera sea analógicamente, la norma sobre competencia que establece el artículo 125, párrafo segundo, del texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (en lo sucesivo, LPE), según el cual cuando se produzca discrepancia entre los Departamentos interesados o entre alguno de éstos y el Ministerio de Hacienda acerca de la afectación, desafectación o cambio de destino de un bien o bienes determinados, la resolución correspondiente será de la competencia del Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda.

Se estima oportuno añadir, a fin de disipar cualquier duda que pudiera suscitarse al respecto, que no se considera aplicable al supuesto de que aquí se trata el artículo 2.2.I) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG) que atribuye al Presidente del Gobierno la competencia para resolver los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios, y ello por las siguientes razones:

- 1.- La discrepancia entre el Ministerio de Medio Ambiente (Dirección General de Costas) y la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife no constituye un conflicto de atribuciones, ya que ni aquel Departamento ministerial ni esta Autoridad Portuaria reclaman para sí la competencia para conocer y resolver sobre la adscripción o afectación que deba hacerse del inmueble de continua referencia, como sería necesario para poder apreciar un conflicto de atribuciones. En efecto, la Dirección General de Costas acordó, en su resolución de 16 de marzo de 1999, solicitar del Ministerio de Economía y Hacienda la afectación de dicho inmueble al dominio público marítimo-terrestre, lo que evidentemente implica que considera competente para acordar la afectación al citado Departamento ministerial. La Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife, por su parte, entiende que la competencia para resolver la cuestión corresponde al Consejo de Ministros, invocando el antes citado artículo 125 de la LPE. Por consiguiente, la referida Autoridad Portuaria no se considera competente para decidir sobre la afectación o adscripción del inmueble en cuestión.
- 2.- Al no existir entre el Departamento ministerial y la entidad pública de continua referencia un conflicto de atribuciones en el sentido técnico-jurídico, al que sin duda alguna se refiere el artículo 2.2.I) de la LG, sino una divergencia en punto a la afectación que deba hacerse de un bien del dominio público del Estado, pretendiendo cada uno de ellos para sí la posesión y uso de aquél, el supuesto de que se trata tiene su adecuado encaje en el reiterado artículo 125 de la LPE, precepto que específicamente se refiere a las discrepancias que se susciten sobre la afectación, desafectación o cambio de destino de un bien o bienes determinados.
- 3.- Dado que se trata de preceptos referidos a supuestos diferentes y dictados, por tanto, con distinta finalidad, no puede entenderse derogado el artículo 125 de la LPE por el artículo 2.2.I) de la LG; así lo viene a confirmar la circunstancia de que la disposición derogatoria única del texto legal últimamente citado menciona, como normas derogadas, los artículos 48 a 53 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948 (referidos a los conflictos de atribuciones entre autoridades administrativas dependientes del mismo Departamento ministerial y a los conflictos de atribuciones entre autoridades administrativas dependientes de distintos Departamentos ministeriales), pero, no menciona como norma derogada el tan citado artículo 125 de la LPE.
- 4.- Atribuida por el artículo 125 de la LPE al Consejo de Ministros la competencia para resolver las discrepancias que se susciten sobre la afectación, desafectación y cambio de destino de los

bienes demaniales, la vigencia de la norma de competencia que establece el citado precepto queda confirmada por el artículo 5.1.k) de la LG que establece como función del Consejo de Ministros la de ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición.

- III -

Una vez razonado que al inmueble reseñado en el antecedente 1 le corresponde la condición de bien de dominio público portuario, debe examinarse, para completar el estudio de las cuestiones que suscita el escrito de consulta, la petición de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife de que se declare la nulidad de pleno derecho del acto administrativo dictado por ese Ministerio (se refiere al Ministerio de Economía y Hacienda) de fecha marzo de 1999, con número de registro de salida 9173, de fecha 29 de marzo pasado.

El acto administrativo a que se refiere la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife es el reseñado en el primer párrafo del antecedente 4 de este informe, es decir, el contenido o reflejado en la comunicación dirigida a aquella Autoridad por la Dirección General del Patrimonio del Estado en la que, tras ponerse en conocimiento de la reiterada Autoridad Portuaria que la Dirección General de Costas había declarado el inmueble de continua referencia necesario para la protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre, se concluye diciendo que en consecuencia, no procede la adscripción a esa Autoridad Portuaria, dando por finalizado el expediente de adscripción en su día iniciado.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, no resulta necesario examinar en el estado actual de tramitación del expediente la petición de declaración de nulidad de pleno derecho formulada por la reiterada Autoridad Portuaria, ya que, pese a la manifestación hecha por la Dirección General del Patrimonio del Estado en su comunicación de 29 de marzo de 1999 improcedencia de la adscripción solicitada por aquella entidad pública y finalización del expediente de adscripción y que, sin duda alguna, fue el motivo o razón determinante de la petición de declaración de nulidad de pleno derecho, la mencionada Dirección General se dirigió posteriormente (escrito de 11 de mayo siguiente) a la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife interesando de ésta la remisión de plano con ubicación de la mencionada parcela, representación del deslinde que la afecta y la documentación fotográfica que consideren oportuna, así como cualquier otra documentación o información que estime pertinente remitir, y ello, precisamente, según se dice en dicho escrito, al objeto de poder resolver la adscripción solicitada por esa Autoridad Portuaria.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Una vez desaparecida la afectación al Ministerio de Defensa, el inmueble reseñado en el antecedente 1 de este informe debe conceptuarse como una pertenencia del dominio público portuario, debiendo integrarse en un sector de dicho dominio (Puerto de los Cristianos) gestionado por la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife.

Segunda.- Dada la discrepancia existente entre el Ministerio de Medio Ambiente (Dirección General de Costas) y la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de Tenerife sobre la adscripción o afectación del referido inmueble, la competencia para resolver la cuestión corresponde al Consejo de Ministros.

Tercera.- No se estima necesario, por las razones indicadas en el fundamento jurídico III del presente informe, examinar la petición de declaración de nulidad de pleno derecho formulada por la reiterada Autoridad Portuaria.

59.- Informe solicitado por la Autoridad Portuaria sobre posibilidad de que dicha entidad enajene, previa su desafectación, determinados terrenos sitios en la zona de servicio del puerto.

Resumen

Consulta formulada por la Autoridad Portuaria (A.P.) de Málaga sobre la posibilidad de que dicha entidad enajene, previa su desafectación, determinados terrenos sitios en la zona de servicios del Puerto de aquella ciudad.

- A) Posibilidad de enajenar un terreno integrado en el dominio público portuario del Estado que, una vez desafectado, se incorporaría al patrimonio de la A.P. conforme a lo dispuesto en el art. 49.4 de la LPMM. Efectos de la enajenación sobre una concesión administrativa existente sobre el terreno objeto de aquélla; aplicación analógica de los arts. 127 y 128 de la LPE; posible extinción de la concesión por renuncia de su titular o por confusión de derechos, si el adquirente fuese el concesionario, que goza de un derecho preferente al respecto.
- B) Posibilidad de enajenar, previa desafectación, otro terreno que es propiedad de la A.P. (en virtud de Ley especial), al amparo del art. 49.4 de la LPMM, si bien deberán respetarse dos fincas enclavadas en aquel terreno que son propiedad del Estado, inscritas a favor del mismo en el Registro de la Propiedad y adscritas a la Agencia Tributaria (para los servicios de Aduanas), así como otra parcela ocupada por un cuartel de la Guardia Civil. Posibles fórmulas para la transmisión de estas parcelas a la A.P., condicionada a la puesta a disposición de la Agencia Tributaria y de la D.G. de la Guardia Civil de otros terrenos para la instalación de sus respectivos servicios.

Ref.: A.G ENTES PÚBLICOS 24/01

Fecha: 24 de julio de 2001

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Observaciones

La referencia al artículo 49.4 de la Ley 27/1992 debe entenderse sustituida actualmente por el artículo 45 del TRLPEMM

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.I. sobre la posibilidad de que la Autoridad Portuaria de Málaga enajene, previa su desafectación, determinados terrenos sitios en la zona de servicios del Puerto de Málaga 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 Abogacía del Estado en Málaga emitió el 14 de mayo de 2001, a petición del Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga, un informe en el que se concluye que “tanto los terrenos ocupados por el Real Club Mediterráneo de Málaga, como los que se ubican junto a la Avenida Manuel Agustín Heredia (y se reseñan en el propio informe) son susceptibles del procedimiento de desafectación y enajenación establecido por el artículo 49-5 LPMM (se refiere a la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), con las matizaciones que recoge la Consideración Jurídica Quinta, respecto a las dependencias de la Aduana de Málaga y al cuartel de la Guardia Civil”

En el referido informe se sugiere a la entidad consultante que solicite dictamen de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, “dada la trascendencia patrimonial de la cuestión consultada.”

- 2º) De acuerdo con lo sugerido por la Abogacía del Estado en Málaga, el Presidente de la mencionada Autoridad Portuaria solicita a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado la emisión de informe “rectificando o verificando el previamente emitido por la Abogacía del Estado en Málaga sobre la viabilidad por parte de esta Autoridad Portuaria para la realización de la desafectación y posterior venta de terrenos sitos en la zona de servicios del Puerto..”
- 3º) A la vista del informe y escrito de consulta que se han mencionado, este Centro consideró necesario el conocimiento de cierta documentación que, solicitada de la Autoridad Portuaria de Málaga, del Real Club Mediterráneo de Málaga y de la Dirección General del Patrimonio del Estado, fue oportunamente remitida por las entidades y Centro Directivo citados.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para dar adecuada respuesta a la cuestión consultada es necesario, ante todo, determinar el ámbito de aplicación o alcance del artículo 49.4 (y no 49.5, como se dice en la conclusión del informe de la Abogacía del Estado en Málaga) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), por ser dicho precepto el que posibilitaría la desafectación y subsiguiente enajenación de los terrenos a que se refiere la consulta. Esta cuestión ha sido examinada por este Centro Directivo en tres informes fechados en 11 de octubre de 1994 (ref.: AEH Patrimonio 53/94); 29 de agosto de 1996 (ref.: AEH Patrimonio 31/96) y 28 de julio de 1999 (ref.: AEH Patrimonio 44/99), respectivamente.

El artículo 49.4, párrafo primero, de la LPMM (según la redacción dada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre) dispone que “los bienes de dominio público portuario que resulten innecesarios para el cumplimiento de los fines de este carácter podrán ser desafectados por el Ministerio de Fomento, 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, quien podrá proceder a su enajenación o permuta. Si el valor fuera superior a 500.000.000 de pesetas y no excediera de 3.000.000.000 de pesetas, su enajenación deberá, además, ser autorizada por Puertos del Estado, y por el Gobierno cuando sobrepase esta última cantidad”.

Siguiendo el criterio de los informes de este Centro que se han citado, la determinación del alcance o ámbito de aplicación del artículo 49.4 de la LPMM exige diferenciar según se trate de bienes de dominio público afectos al cumplimiento de las funciones encomendadas a las Autoridades Portuarias o de bienes patrimoniales del Estado adscritos a dichas entidades públicas.

Los bienes de dominio público afectos al cumplimiento de las funciones encomendadas a las Autoridades Portuarias quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 49.4 de la LPMM, y ello en razón de que la generalidad y amplitud de la expresión utilizada por dicho precepto (“los bienes de dominio público portuario”), idéntica a la utilizada por el artículo 31.4 del citado texto legal a propósito de las Autoridades Portuarias, no permite excepcionar de su ámbito de aplicación los bienes de dominio público afectos a las reiteradas Autoridades para el cumplimiento de sus funciones, dado el principio hermenéutico según el cual no es posible establecer distinciones allí donde la norma no las hace.

Los aludidos bienes de dominio público portuario quedan, pues, comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 49.4 de la LPMM, pero no ocurre lo propio, a juicio de este Centro, respecto de los bienes patrimoniales del Estado que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (LPE), estuvieran adscritos a las Autoridades Portuarias, llevando a esta conclusión las siguientes consideraciones:

- 1ª) El propio tenor literal del artículo 49.4 de la LPMM que, de forma categórica, se refiere a bienes de dominio público o demaniales, concepto o categoría jurídica en la que no están comprendidos los bienes patrimoniales del Estado.
- 2ª) El concepto técnico-jurídico de la desafectación de los bienes demaniales. Puesto que el artículo 49.4 de la LPMM establece un procedimiento específico de desafectación, como resulta del propio tenor literal del precepto, dicha norma solamente puede referirse a bienes de dominio público y no a los bienes patrimoniales, pues solamente los primeros cumplen la condición precisa para ser desafectados, cual es la de que previamente hayan sido afectados al uso o servicio público, siendo, precisamente, esa afectación la nota definidora de los bienes de dominio público de que se trata (prescindiendo de los que integran el denominado dominio público “por naturaleza”) y que permite diferenciarlos de los bienes patrimoniales del Estado (u otras Administraciones públicas).
- 3ª) La incompatibilidad entre el régimen jurídico a que se sujeta la adscripción de bienes patrimoniales del Estado y el régimen que dispone el artículo 49.4 de la LPMM. El artículo 80 de la LPE (según redacción dada por la disposición adicional 11 de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre) establece que “los Organismos del Estado podrán solicitar del Ministerio de Economía y Hacienda (referencia que actualmente debe entenderse hecha al Ministerio de Hacienda), por conducto del Departamento del que dependan, la adscripción de bienes inmuebles del Patrimonio del Estado para el cumplimiento de sus fines. Los Organismos que reciban dichos bienes no adquirirán su propiedad y habrán de utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines que determine la adscripción, bien sea de forma directa, bien mediante percepción de su rentas o frutos.” Esta previsión normativa ha de ser completada con la establecida en el artículo 82 en relación con el artículo 70 de la propia LPE, de los cuales resulta que si los bienes patrimoniales adscritos no fuesen destinados al uso previsto o dejaran de serlo posteriormente, se considerará resuelta la adscripción y “revertirán aquéllos al Estado”, así como con lo dispuesto por el artículo 83 del mismo texto legal, según el cual “corresponde al Ministerio de Hacienda a través de la Dirección General del Patrimonio, fiscalizar la aplicación de los bienes inmuebles adscritos a los Organismos autónomos al fin para el que fueron cedidos por el Patrimonio del Estado y promover, en su caso la reincorporación al mismo”.

Pues bien, si, con arreglo a los preceptos que se han mencionado, la titularidad de los bienes patrimoniales adscritos a los Organismos del Estado es retenida por la Administración del Estado, imponiendo a dichos Organismos la obligación de utilizar exclusivamente esos bienes para el cumplimiento de sus fines, de forma que el incumplimiento de esa obligación da lugar a la extinción de la adscripción y a la reincorporación de los repetidos bienes al Patrimonio del Estado, no cabe duda de que las previsiones normativas que conforman el régimen jurídico de los bienes patrimoniales adscritos son incompatibles con las consecuencias a que da lugar el artículo 49.4 de la LPMM, desde el momento en que, con arreglo a este último precepto, la desafectación provoca la incorporación de los bienes aludidos en el mismo a los patrimonios de las respectivas Autoridades Portuarias, entidades que, por tanto, podrán proceder a la enajenación o permuta de los referidos bienes. No existe, por otra parte, ninguna razón que permita entender que el régimen jurídico de los bienes patrimoniales adscritos que establecen los artículos 80 y siguientes de la LPE haya quedado exceptuado, respecto de los bienes patrimoniales adscritos a las Autoridades Portuarias, por el artículo 49.4 de la LPMM, máxime si se tiene en cuenta que el apartado 2 de este último precepto contempla

el supuesto de bienes estatales adscritos a las referidas entidades públicas y dispone que dichos bienes “conservarán su calificación jurídica originaria (es decir, la de bienes patrimoniales y no demaniales), debiendo utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines determinantes de su afectación o adscripción.

En suma, este Centro Directivo considera que el ámbito de aplicación del artículo 49.4 de la LPMM queda circunscrito a los bienes de dominio público afectados a los fines o funciones encomendados a las Autoridades Portuarias y no cabe extenderlo a los bienes patrimoniales del Estado adscritos a aquellos entes públicos para el cumplimiento de su fines.

- II -

Partiendo del criterio general que acaba de exponerse, procede examinar la naturaleza jurídica de cada uno de los terrenos que se pretende desafectar y enajenar en el presente caso.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al terreno ocupado por el Real Club Mediterráneo de Málaga, ubicado en la zona de servicios del Puerto de dicha ciudad y con un superficie aproximada de 14.820 m², obra en los antecedentes remitidos una certificación del Jefe de la Sección de Patrimonio del Estado de la Delegación de Economía y Hacienda de Málaga, expedida el 4 de abril de 2001, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Que en el «Informe Completo de Datos de un Bien» del programa CIMA (Control de Inmovilizado Material) del Inventario General de bienes y derechos del Estado, consta a fecha veintitrés de marzo del presente año, que con el código de superbien 1987-724-29-999-0247, existe un inmueble con la denominación de «Servicios Marítimos y Club Mediterráneo» sito en el Paseo de la Farola, de Málaga, cuyas características físicas se concretan en que no existen datos relativos a la superficie del solar por formar parte de otro de mayor superficie, con una construcción cuyo código de edificio es el 8700, de dos plantas, con superficies construidas de 572 m² en planta baja y 261 m² en planta primera.

La titularidad de dicho inmueble, según el «Informe» del encabezamiento, es la de «dominio público en concesión» y en el mismo existe una observación del tenor literal siguiente: «El Club Mediterráneo ocupa 139 m² en planta 1 y 450 m² en planta baja. La Junta del Puerto se lo tiene alquilado al Club Mediterráneo. Superficie del solar, incluida en ficha 8538».”

Obra también en la documentación remitida a este Centro una copia del título concesional otorgado en favor del Real Club Mediterráneo de Málaga por la extinta Dirección General de Puertos y Señales Marítimas del entonces Ministerio de Obras Públicas el 6 de marzo de 1968 sobre una parcela de 14.820 m² de la zona de servicio del Puerto de Málaga.

A la vista de los anteriores datos, es lógico entender que el inmueble de que ahora se trata tiene la condición de bien de dominio público, ya que, de no ser así, no sería posible que sobre el mismo se hubiese otorgado una concesión demanial, dado que este título jurídico habilitante del uso privativo, exclusivo y excluyente, de un bien de titularidad de una Administración Pública queda referido únicamente a bienes de dominio público y no a bienes patrimoniales. El anterior criterio queda confirmado por una segunda consideración, cual es la de que, como se ha indicado en el fundamento jurídico precedente, los bienes del Patrimonio del Estado adscritos a los Organismos públicos dependientes de la Administración del Estado sólo pueden utilizarse por dichos Organismos para el cumplimiento de sus propios fines, revirtiendo, en otro caso, los aludidos bienes al Estado (artículos 79, 80 y 82 de la LPE); pues bien, de ser el inmueble en cuestión un bien patrimonial no hubiese sido posible que, una vez adscrito a la antigua Junta de Obras del Puerto de Málaga para el cumplimiento de los fines de dicha entidad pública, hubiese sido posteriormente destinado, mediante su cesión de uso al Real Club Mediterráneo de Málaga, a unos fines distintos como son los propios de esta entidad privada.

Cabe, pues, concluir, a la vista de los datos que obran en los antecedentes remitidos, que el inmueble de que se trata tiene el carácter o condición de un bien de dominio público y no de un bien patrimonial del Estado, razón por la cual queda comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 49.4 de la LPMM y, por tanto y desde esta perspectiva de su naturaleza jurídica, es susceptible de ser desafectado por el procedimiento establecido en el citado precepto y, tras ello, podría de ser enajenado por la Autoridad Portuaria consultante.

Ahora bien, dado que sobre el inmueble de continua referencia se otorgó una concesión administrativa, debe examinarse todavía lo relativo a la suerte que debe seguir la concesión que, según los antecedentes examinados (nota registral a continuación de la Orden concesional), consta inscrita en el Registro de la Propiedad.

La desafectación del inmueble por el procedimiento establecido en el artículo 49.4 de la LPMM tiene por consecuencias inmediatas la pérdida por aquél de su condición de bien de dominio público (portuario) y su incorporación al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Málaga, pero no da lugar por sí sola a la extinción del derecho concesional, sino a su transformación en los términos que se indicarán.

En efecto, si bien la desaparición física o material de un bien de dominio público provoca la extinción del derecho concesional existente sobre él (puesto que al desaparecer el bien, la relación jurídico-real que implica la concesión administrativa queda sin objeto y, consecuentemente, vacía de contenido, ya que los derechos y obligaciones derivados de la propia concesión carecen del objeto material sobre el que pueden ejercerse y deben cumplirse, respectivamente), no ocurre lo propio cuando lo que se produce no es la desaparición física del bien demanial en cuestión, sino su condición jurídica de tal por virtud de su desafectación, pues en este supuesto lo que se produce es la extinción de la concesión como derecho real administrativo y su transformación en un derecho real privado que sigue confiriendo a su titular el *ius possidendi* (derecho a la posesión de la cosa) y el *ius utendi* (derecho de uso y aprovechamiento). Así resulta del artículo 127 de la LPE que establece lo siguiente:

“Continuarán en la posesión de sus derechos los titulares de concesiones o autorizaciones otorgadas legalmente sobre bienes de dominio público, cuando éstos pierdan su carácter por incorporarse al Patrimonio del Estado.

El régimen posterior de los derechos y obligaciones que tales concesiones o autorizaciones hubieren creado se acomodará a las siguientes normas:

- a) Será declarada la caducidad de aquéllas en que se haya cumplido el plazo para su disfrute o en las que la Administración hubiera hecho reserva expresa de la facultad de libre rescate sin señalamiento expreso de plazo.
- b) Se irá dictando igual caducidad a medida que venzan los plazos establecidos en los acuerdos de concesión o en las licencias para uso de los bienes.
- c) Durante el término de su existencia legal, los derechos y obligaciones de los beneficiarios se mantendrán con las características que les asignasen los términos de las respectivas concesiones y autorizaciones. No obstante, corresponderá a la jurisdicción ordinaria conocer de los litigios que surjan en relación con los expresados derechos y obligaciones con arreglo a las normas que regulan el enjuiciamiento del Estado.
- d) El Ministerio de Hacienda podrá acordar la expropiación de los derechos si estimase que su mantenimiento durante el término de su vigencia legal perjudica el ulterior destino de los bienes o les hiciera desmerecer considerablemente en el caso de acordar su enajenación.
- e) Corresponderá al Ministerio de Hacienda la exigencia y cumplimiento de los derechos y deberes del Estado frente a los beneficiarios de los bienes incorporados a su Patrimonio y se ingresarán en el Tesoro los cánones, rentas o cualesquiera otras prestaciones pecuniarias que se hubieran impuesto por razón de la concesión o autorización otorgada.”

Aunque el precepto que acaba de transcribirse refiere la continuación o mantenimiento de los derechos de los titulares de concesiones (o de autorizaciones) otorgadas sobre bienes de dominio público a los casos en que éstos pierdan de su condición de tales “por incorporarse al Patrimonio del Estado”, es razonable, a juicio de esta Dirección, entender que la misma regla de continuación o mantenimiento de los aludidos derechos es aplicable, siquiera sea por vía analógica, al supuesto a que se refiere el presente informe en el que la desafectación del dominio público del inmueble de que se trata determinaría su incorporación al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Málaga, ya que entre este supuesto y el que prevé el artículo 127 de la LPE se aprecia la afinidad jurídica sustancial o “identidad de razón” que justifica la aplicación analógica (cfr. artículo 4.1 del Código Civil), teniendo, por otra parte, la regla que sanciona el precepto últimamente citado el carácter de regla o principio general.

Si, por las razones expuestas, la desaparición o pérdida de la condición demanial del inmueble de continua referencia no determina la extinción del derecho de la entidad concesionaria, sino su transformación en los términos señalados, ello tiene por consecuencia que, de desafectarse aquél por el procedimiento del artículo 49.4 de la LPMM y, tras ello, procederse por la Autoridad Portuaria de Málaga a su enajenación a un tercero, éste habría de respetar el aludido derecho -máxime cuando a la previsión de continuidad o persistencia del repetido derecho que establece el artículo 127 de la LPE se agrega la circunstancia de que, como antes se indicó, la concesión otorgada en su día al Real Club Mediterráneo de Málaga se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad- salvo que, previamente a su enajenación, se hubiera extinguido el derecho concesional. El artículo 128, párrafo segundo, de la LPE contempla a estos efectos la posibilidad de que las Entidades que hubieran recibido los bienes sobre los que recaigan los derechos establecidos a favor de los beneficiarios de concesiones o autorizaciones (es decir, la Autoridad Portuaria de Málaga en el presente caso) liberen aquellos bienes “con cargo exclusivo a sus fondos propios, en iguales términos que el Estado”, pero esta posibilidad liberatoria del gravamen que supone la concesión no es la única, como después se verá.

Formuladas las anteriores consideraciones, se estima oportuno hacer referencia, para completar el análisis de la cuestión que se examina, a la posible extinción de la concesión otorgada al Real Club Mediterráneo de Málaga con anterioridad a la desafectación del inmueble por el procedimiento del artículo 49.4 de la LPMM, así como a las consecuencias o efectos jurídicos que se producirían en el caso de enajenarse el inmueble en cuestión a la propia entidad concesionaria.

Por lo que respecta a lo primero, y descartadas, como causas de extinción de la concesión, el transcurso del plazo o término por que aquélla se otorgó (la concesión de que se trata fue otorgada por plazo de 99 años y aunque la disposición transitoria cuarta.dos de la LPMM declara incompatibles con los criterios de ocupación del dominio público portuario establecidos en la propia LPMM 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 la LPMM, dicha disposición establece que “en todos estos casos, las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por plazo máximo de treinta años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley”) y la caducidad (ya que, consistiendo esta causa de extinción de las concesiones en el incumplimiento grave, por parte del concesionario, de las obligaciones impuestas en el título concesional, no consta que exista en el supuesto a que se refiere este informe una situación de incumplimiento, por parte del concesionario, de las obligaciones por él asumidas), debe examinarse la posible funcionalidad extintiva de la cláusula de precariedad de la concesión contenida en la condición primera del pliego por el que aquélla se rige.

Según doctrina del Consejo de Estado (dictámenes nos 26703, de 14 de diciembre de 1960; 47718, de 4 de julio de 1985; 144/93, de 25 de febrero de 1993; y 1675/1996, de 18 de julio de 1996, entre otros), la cláusula de precariedad es admisible en todas las concesiones y constituye, en realidad, una reserva de revocación en favor de la Administración que se impone en los casos en que se prevea la posibilidad de que el uso exclusivo del dominio público por parte del concesionario sea incompatible con el interés público en general o con un aprovechamiento del propio demanio de preferente interés público; la aludida cláusula no significa, pues, según el Alto

Cuerpo Consultivo, que la Administración pueda, libremente y sin ninguna restricción, revocar el otorgamiento de la concesión, sino que los derechos dimanantes de ésta en favor del concesionario decaen forzosamente ante la necesidad de que el bien objeto de la concesión sea destinado a una finalidad de interés público prevalente. Este sentido de la cláusula de precario es el que viene a recoger el pliego de que aquí se trata; así, tras indicarse en la condición primera que “esta concesión se otorga a título de precario, por plazo de noventa y nueve años, dejando a salvo el derecho de propiedad, sin perjuicio de tercero, sin cesión del dominio público ...”, en la condición segunda se dice que “en los casos de que los terrenos sean necesarios para la ejecución de las obras declaradas de utilidad pública y para realizarlas fuera preciso utilizar o destruir parcial o totalmente las comprendidas en esta concesión, sólo tendrá derecho el concesionario a ser indemnizado del valor material de dichas obras, previa tasación pericial ejecutada conforme a lo prescrito en el artículo 91 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Puertos, en lo que determina el artículo 47 de la misma.” Pues bien, teniendo la cláusula de precario el sentido indicado y quedando referida al supuesto que concreta la condición segunda del pliego concesional, no sería posible aplicar, a juicio de este Centro, la referida cláusula para extinguir en su virtud la concesión, dado que los terrenos de que se trata no se mantendrían por la Autoridad Portuaria de Málaga para un aprovechamiento o uso de interés público superior o prevalente al uso al que los destina la entidad concesionaria, sino que se desafectarían para, posteriormente, enajenarlos.

Excluida, pues, la extinción de la concesión en virtud de la cláusula de precario, sólo quedaría, como medio extintivo del título concesional en un momento previo a la desafectación del inmueble, la renuncia de la entidad concesionaria a su derecho.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a las consecuencias o efectos jurídicos que se producirían en caso de enajenarse el inmueble a la entidad concesionaria (una vez desafectado aquél), debe señalarse ante todo que, acordada la desafectación del inmueble y su posterior enajenación, el Real Club Mediterráneo de Málaga tendría, a la vista de lo que dispone el artículo 128 de la LPE, la facultad de adquirir el inmueble en cuestión “con preferencia a toda otra persona.” Hecha esta indicación, la enajenación del repetido inmueble a la mencionada entidad daría lugar a la extinción del derecho de posesión y uso en que se habría transformado, como consecuencia de la desafectación del inmueble del dominio público, el derecho concesional, y ello en virtud de la confusión que se operaría en la mencionada entidad entre el referido derecho de posesión y uso y el derecho de propiedad.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho sobre la suerte que seguiría la concesión administrativa otorgada al Real Club Mediterráneo de Málaga en el caso de desafectación y posterior enajenación del inmueble sobre el que recae, pueden señalarse los siguientes supuestos y efectos:

- 1º.- Previamente a la desafectación del inmueble en cuestión, la concesión administrativa otorgada al Real Club Mediterráneo de Málaga sólo podría extinguirse en virtud de renuncia de dicha entidad.
- 2º.- Una vez desafectado el inmueble por el procedimiento establecido en el artículo 49.4 de la LPMM, el derecho concesional de la mencionada entidad se transformaría en un derecho de posesión y uso del inmueble con arreglo a lo dispuesto en el artículo 127 de la LPE.
- 3º.- En el caso de enajenarse el inmueble, tras su desafectación, a un tercero, y salvo que previamente a la enajenación, la Autoridad Portuaria de Málaga liberase con cargo a sus fondos el inmueble del aludido derecho, el tercero que adquiriese el inmueble tendría que respetar el aludido derecho de posesión y uso del Real Club Mediterráneo de Málaga.
- 4º.- Una vez desafectado el inmueble y acordada su enajenación, el Real Club Mediterráneo de Málaga tendría un derecho de adquisición preferente. En el supuesto de adquirirse el inmueble por dicha entidad, el antes mencionado derecho de posesión y uso se extinguiría en virtud de la confusión de dicho derecho y el derecho de propiedad que se operaría en la propia entidad.

- III -

El segundo inmueble que se pretende enajenar por la Autoridad Portuaria de Málaga, previa su desafectación, se describe en los antecedentes remitidos como unos terrenos de una superficie de 17.745 m² situados en el “Muelle de Heredia” y colindantes con la avenida Manuel Agustín Heredia.

En relación con este segundo inmueble, es claro que no es un bien del Patrimonio del Estado que se adscribiese a la antigua Junta de Obras del Puerto de Málaga. Así resulta de la Ley de 28 de marzo de 1941 (BOE de 9 de abril), en cuya exposición de motivos se dice que “por ley de quince de marzo de mil novecientos treinta y cinco se autorizó la permuta de los terrenos del Muelle de Heredia, pertenecientes a la Junta de Obras del Puerto de Málaga, por los del río Guadalmina, de propiedad del Ayuntamiento de dicha capital, con la obligación, por parte de este último, de dedicar a parques o jardines los terrenos que se le cedían y, como actualmente, posee suficiente extensión de dichos lugares de esparcimiento, necesitando en cambio los terrenos permutados para urbanización y servicios municipales, y, a su vez, la Junta necesita ampliar con parte de los terrenos por ella cedidos la zona de servicio del Puerto, se ha llegado por ambas entidades a un acuerdo cuya aprobación supone la modificación de una ley y motiva la presente;” disponiendo el artículo 1 del citado texto legal que “se reintegran a la Junta de Obras del Puerto de Málaga, en plena propiedad, diecisiete mil setecientos cuarenta y cinco metros cuadrados de los terrenos del Muelle de Heredia, quedando de plena propiedad del Ayuntamiento de dicha capital la superficie restante con extensión de veinticinco mil ciento cincuenta y seis metros cuadrados, a cuya urbanización se obliga y pudiendo disponer libremente de las parcelas que resulten, excepto una de mil trescientos metros cuadrados de superficie, que quedará de propiedad de la Junta, convalidándose de este modo el acuerdo de veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta celebrado entre ambas Entidades y el plano de deslinde que en aquél figura.”

Atribuida, pues, la titularidad dominical del inmueble en cuestión por la citada Ley de 28 de marzo de 1941 a la entonces Junta de Obras del Puerto de Málaga ha de entenderse, como se ha dicho, que no se trata de un bien del Patrimonio del Estado que fuese adscrito a dicha entidad, lo que tiene por consecuencia, a los efectos que aquí interesan, que el reiterado inmueble queda comprendido, en principio, en el ámbito de aplicación del artículo 49.4 de la LPMM, siendo, por ende, susceptible de ser desafectado y, tras ello, enajenado por la Autoridad Portuaria de Málaga.

Ahora bien, la anterior aseveración está sujeta –como ya señala la Abogacía del Estado en Málaga– a importantes salvedades en relación con las titularidades y ocupaciones que, según consta en la documentación remitida a este Centro por la Autoridad Portuaria de Málaga y la Dirección General del Patrimonio del Estado, existen sobre tres parcelas enclavadas en el inmueble de que se trata y que, como seguidamente se expondrá, difieren entre sí en cuanto al título jurídico que les sirve de soporte.

Los terrenos a que ahora se hace referencia son los que a continuación se reseñan, con sucinta indicación de las principales circunstancias concurrentes en cada uno de ellos.

A) Una parcela con una superficie de 920 m² sobre la que está construido un edificio destinado a oficinas y viviendas de la Administración Principal de Aduanas de Málaga.

Este terreno fue inmatriculado (en 10 de diciembre de 1962) y continúa inscrito en el Registro de la Propiedad nº 2 de Málaga como “solar enclavado en la Zona de Servicios del Puerto de Málaga,” con una superficie de 1.500 m², “a favor del Estado bajo la tutela de la Hacienda Pública” (sic), constituyendo la finca registral nº 5.027. La citada inscripción se practicó en virtud de certificación expedida por el Administrador de Propiedades y Contribución Territorial de la provincia de Málaga, fechada en 30 de mayo de 1962, en la que se hace constar que, según Orden del Ministerio de Hacienda de 15 de febrero del mismo año, el inmueble queda “afecto a los fines de este Departamento con destino a la construcción de un edificio de nueva planta para los Servicios de Administración de Aduanas de dicha capital;” circunstancia que también se refleja en el asiendo registral a que dio lugar la aludida certificación.

Posteriormente, y en virtud de sendas actas, rotuladas de “mutación demanial” (de fecha 24 de junio de 1967) y de “adscripción y entrega” (fecha en 24 de septiembre de 1970), fueron segregadas del inmueble a que ahora se hace referencia y entregadas al Ministerio de Obras Públicas dos parcelas de 520 m² y 29 m², respectivamente, no constando que estas operaciones fueran inscritas, a la sazón, en el Registro de la Propiedad.

B) Una parcela con una superficie de 2.000 m² sobre la que se halla construido un edificio destinado a depósito de comercio de la Administración Principal de Aduanas de Málaga.

Esta parcela fue inmatriculada (con fecha 27 de septiembre de 1966) y continúa inscrita en el Registro de la Propiedad nº 2 de Málaga, como “finca urbana situada en la zona de servicios del puerto de Málaga”, con la superficie antes expresada, “a favor del Ministerio de Hacienda”, constituyendo la finca registral nº 10.580. Dicha inscripción se practicó en virtud de certificación del Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda de Málaga (fecha el 5 de abril de 1966), haciéndose referencia en el asiento registral a “la desafectación por el Ministerio de Obras Públicas y afectación al de Hacienda de la finca descrita, adquiriéndola el Ministerio de Hacienda en virtud de Acta suscrita en Málaga por el ... Ingeniero Director el Puerto ... como representante del Ministerio de Obras Públicas y por ... el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado ... siendo el uso al que se destina la ampliación del nuevo edificio de la Aduana de Málaga”. Una copia de esta “acta de transferencia”, fechada en 15 de noviembre de 1965, obra en la documentación remitida a este Centro, indicándose en aquélla que la operación consignada “tiene por objeto que el Ministerio de Hacienda se construya un edificio con destino a un depósito de comercio para los servicios de la Aduana de Málaga”.

Asimismo figura en la documentación aludida una certificación de un “acta de desafectación del Ministerio de Economía y Hacienda y de simultánea adscripción a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)” de la finca registral nº 10.580, a la que acaba de hacerse referencia, y de la finca nº 5.027, reseñada en el apartado anterior, indicándose sus respectivos destinos a los servicios aduaneros. Dicha acta, suscrita por el Delegado de Hacienda de Málaga y el Delegado Provincial de la AEAT, está fechada en 22 de enero de 1996, haciéndose constar en ella que la AEAT “destinará los inmuebles transcritos exclusivamente a los fines que la Ley le atribuye, debiendo revertir al Estado si no se cumpliera la finalidad de la adscripción o si posteriormente dejasen de destinarse a dichos fines”. También consta al pie del acta que fueron practicadas notas marginales de la misma en las inscripciones registrales de las dos fincas a que aquella afecta.

A la vista de las circunstancias expuestas en relación con las dos fincas que se han reseñado bajo los apartados A) y B) (es decir, las reiteradas registrales 10.580 y 5.027), y dado que ambas figuran inscritas en el Registro de la Propiedad a favor del Estado (Ministerio de Hacienda) y afectadas a sus servicios aduaneros, actualmente mediante su adscripción a la AEAT (adscripción también anotada en el Registro, como se ha indicado), no es posible la desafectación y posterior enajenación de los inmuebles en cuestión por la Autoridad Portuaria de Málaga, en tanto subsistan tales circunstancias.

En efecto, aunque el artículo 49.4 de la LPMM permite la enajenación por las Autoridades Portuarias (previa desafectación por el Ministerio de Fomento) de bienes que originariamente no eran de la titularidad de aquellas entidades, como son los bienes de dominio público portuario de la titularidad de la Administración del Estado, dada la previsión de dicho precepto en el sentido de que los bienes desafectados se incorporarán al patrimonio de la respectiva Autoridad Portuaria, debe destacarse que tal desafectación se refiere a bienes afectados precisamente al servicio público portuario (cfr. Artículo 49.2 de la LPMM), circunstancia que no cabe apreciar en las parcelas de que ahora se trata, ya que éstas no se encuentran afectadas a aquel servicio (aunque físicamente estén enclavadas en la zona de servicio del puerto), sino a los servicios aduaneros (actualmente a cargo de la AEAT, que las tiene adscritas en los términos antes señalados).

Así las cosas, para que la Autoridad Portuaria de Málaga pudiese enajenar las parcelas en cuestión sería necesario, ante todo, su desafectación del servicio aduanero y su desadscripción de la AEAT por el Ministerio de Hacienda, que es el competente al efecto (cfr. Artículos 83 y 120 de la LPE), con lo que las referidas parcelas se integrarían en el Patrimonio del Estado y, ya en esta situación, podrían transmitirse a la Autoridad Portuaria a los efectos que ésta pretende, si bien tal transmisión debería lógicamente vincularse o condicionarse a la adscripción y puesta a disposición de la AEAT de los terrenos o edificios necesarios para la instalación de los servicios aduaneros a que estaban destinados los inmuebles objeto de las referidas desafectación y desadscripción. Para ello podría seguirse una de las dos siguientes vías de actuación:

- a) Permuta de las fincas en cuestión con otra u otras de la Autoridad Portuaria previamente desafectadas del servicio portuario (cfr. artículos 74 y siguientes de la LPE y 49.4 de la LPMM).
 - b) Enajenación a la Autoridad Portuaria conforme a las normas de la LPE (excluida la permuta contemplada en el párrafo anterior) y constitución de una reserva demanial sobre otro espacio de la zona de servicio del puerto en el que se instalarían los reiterados servicios de la AEAT (cfr. artículo 47.1 de la Ley 22/1998, de 28 de julio, de Costas).
- C) Edificación destinada a cuartel de la Guardia Civil que, según se indica, ocupa una parcela de 200 m² aproximadamente. El expediente para la cesión del suelo ocupado por esa construcción se inició a instancia de la Dirección General de la Guardia Civil el 6 de junio de 1959 y, al parecer, quedó archivado sin acuerdo resolutorio alguno (cfr. informe de la Abogacía del Estado antes aludido).

Aunque la anterior ocupación pudiera calificarse, si efectivamente careciese de título, como una situación de precario, no por ello cabría desconocerla y entender que no condiciona la enajenación del inmueble de que ahora se trata, pues a tal apreciación debe oponerse la circunstancia de ser una ocupación que constituye el soporte material para el ejercicio de una función o servicio público como es el encomendado a la Guardia Civil por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Así las cosas y en la línea apuntada en el reiterado informe de la Abogacía del Estado en Málaga, debería condicionarse la enajenación del terreno sobre el que se asienta la mencionada edificación a que la Dirección General de la Guardia Civil dispusiese, dentro de la zona de servicio del Puerto de Málaga, de una superficie en la que pudiera emplazar sus instalaciones. En efecto, la ocupación y uso de determinadas partes del dominio público portuario por los órganos que han de utilizarlo para el ejercicio de las funciones públicas que les están encomendadas legalmente se configura como un acto debido para las entidades gestoras de aquel dominio público (Autoridades Portuarias), y ello no ya solamente desde la perspectiva de dichos órganos, sino también desde la perspectiva de las aludidas entidades gestoras, lo que puede sostenerse por vía de aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) de lo dispuesto para el dominio público aeroportuario en el artículo 14.g) del Estatuto del Ente público "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea" aprobado por Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, en cuanto establece como obligación de dicho Ente la de "proveer a los distintos Departamentos Ministeriales, para el adecuado cumplimiento de las funciones a ellos asignados, los espacios físicos que resulten precisos en el ámbito de las instalaciones aeroportuarias, cuando tales funciones deban desempeñarse en el citado ámbito.

Condicionada la enajenación del terreno sobre el que se asienta el cuartel de la Guardia Civil a que la Dirección General de la Guardia Civil disponga, dentro de la zona de servicio del Puerto de Málaga, de una superficie en la que pudiera emplazar sus instalaciones, la instrumentación jurídica de esta nueva ocupación habría de tener lugar, como se dice en el informe de la Abogacía del Estado en Málaga, mediante la constitución de la oportuna reserva demanial, y ello con fundamento en lo dispuesto en el artículo 13 de la LPMM en relación con el artículo 54.1 de este texto legal y con los artículos 47.1 y 32 de la antes citada Ley de Costas.

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

CONCLUSIONES

Primera.- El ámbito de aplicación del artículo 49.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, queda circunscrito a los bienes de dominio público afectados a los fines o funciones encomendados a las Autoridades Portuarias, sin que quepa extenderlo a los bienes patrimoniales del Estado adscritos a dichos entes públicos para el cumplimiento de sus fines.

Segunda.- A la vista de los datos obrantes en los antecedentes remitidos a este Centro Directivo, cabe entender que el inmueble reseñado en el fundamento jurídico II del presente informe -terreno sito en la zona de servicios del Puerto de Málaga, con una superficie aproximada de 14.820 m² y ocupado en virtud de concesión administrativa por el Real Club Mediterráneo de Málaga- tiene la condición de bien de dominio público del Estado y no de bien del Patrimonio del Estado, quedando en consecuencia, comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 49.4 del citado texto legal, por lo que se considera, desde esta perspectiva de su naturaleza jurídica, susceptible de ser desafectado por el procedimiento establecido en el precepto legal antes citado y, tras ello, enajenado por la Autoridad Portuaria de Málaga.

Tercera.- En relación con la concesión administrativa otorgada al Real Club Mediterráneo de Málaga sobre el inmueble aludido en la conclusión anterior, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

- 1ª.- Previamente a la desafectación del dominio público del inmueble en cuestión, la concesión administrativa otorgada al Real Club Mediterráneo de Málaga sólo podría extinguirse en virtud de renuncia de la entidad concesionaria.
- 2ª.- Una vez desafectado el inmueble mediante el procedimiento establecido en el artículo 49.4 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el derecho concesional del mencionado Club se transformaría en un derecho de posesión y uso del inmueble en virtud de la aplicación analógica del artículo 127 del texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril.
- 3ª.- De enajenarse, tras su desafectación, el inmueble a un tercero, y salvo que previamente a la enajenación se hubiera extinguido la concesión de que es titular el Real Club Mediterráneo de Málaga, el tercero que adquiriese el inmueble tendría que respetar el aludido derecho de posesión y uso de la mencionada entidad.
- 4ª.- Una vez desafectado el inmueble y acordada su enajenación, el Real Club Mediterráneo de Málaga tendría un derecho de adquisición preferente. En el caso de adquirirse el inmueble por dicha entidad, el mencionado derecho de posesión y uso se extinguiría en virtud de la confusión de dicho derecho y el derecho de propiedad que se operaría en la propia entidad.

Cuarta.- El inmueble reseñado en el fundamento jurídico III del presente informe -terreno situado en el Muelle de Heredia y colindante con la avenida Manuel Agustín Heredia- no tiene la condición de bien del Patrimonio del Estado que fuese adscrito a la antigua Junta de Obras del Puerto de Málaga, pero sí el carácter de bien de dominio público portuario, por lo que queda comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, siendo, por tanto, susceptible de ser desafectado y, tras ello, enajenado por la Autoridad Portuaria de Málaga, con la salvedad que se expresará en la conclusión siguiente.

Quinta.- En relación con las fincas registrales nos 10.580 y 5.027, ocupadas por los servicios de la Administración Principal de Aduanas e Impuestos Especiales de Málaga (integradas en la Agencia Estatal de Administración Tributaria), así como con la parcela ocupada por la Guardia Civil, enclavadas todas ellas en el inmueble reseñado en la anterior conclusión, deberán tenerse en cuenta las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico III del presente informe.

60.- Informe sobre la naturaleza y titularidad de determinados terrenos adquiridos por expropiación forzosa, en especial de los que correspondía a una Autoridad Portuaria, en virtud de su participación en un proindiviso constituido con otras entidades públicas.

Resumen

Consulta sobre la naturaleza y titularidad de determinados terrenos adquiridos por expropiación forzosa por la Autoridad Portuaria de Vigo, el Consorcio de la Zona Franca de Vigo y el Instituto Gallego de Vivienda y Suelo, con destino a una plataforma logística industrial, en virtud de diversos convenios. Competencia de las tres entidades para realizar la operación a la vista de la normativa por la que se rige cada una de ellas. Posibilidad de que existan varios beneficiarios de una misma expropiación forzosa. Constitución de una comunidad romana por cuotas entre las tres entidades públicas. Carácter demanial de los bienes. Improcedencia de calificar como bienes de dominio público portuario la cuota (45%) correspondiente a la Autoridad Portuaria de Vigo en tanto permanezca el estado de indivisión. Posibilidad de que, disuelta la comunidad, los terrenos que se adjudiquen a la Autoridad Portuaria de Vigo si reúnen los requisitos del artículo 93.1.b) de la Ley 48/2003 se califiquen como dominio público portuario (lo que exigiría una nueva delimitación de la zona de servicio del puerto y la subsiguiente modificación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios).

Ref.: A.G ENTES PÚBLICOS 76/06

Fecha: 13 de julio 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 naturaleza y titularidad de determinados terrenos adquiridos por expropiación forzosa, en especial, de los que corresponderían a la Autoridad Portuaria de Vigo, en virtud de la participación de la misma en el pro indiviso constituido a raíz del Convenio suscrito el 13 de mayo de 2003, en desarrollo del Protocolo de 29 de septiembre de 2000, entre el Instituto Galego da Vivienda e Solo (IGVS), la Autoridad Portuaria de Vigo y el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, para la adquisición de suelo y gestión de la plataforma logística industrial de Salvaterra-As-Neves.

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

ANTECEDENTES

- 1º) Aunque no se dispone del texto del mismo, del escrito de consulta y del resto de documentos remitidos, se deduce que, con fecha 29 de septiembre de 2000, el IGVS, la Autoridad Portuaria de Vigo y el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, suscribieron un Protocolo de Colaboración para la creación de una plataforma logística industrial.
- 2º) El citado Protocolo fue desarrollado por un Convenio de 28 de abril de 2003, suscrito por los legales representantes de las referidas entidades y por el representante de la Sociedade de Xestión Urbanística de Pontevedra, S.A. (Xestur- Pontevedra, S.A.), para la adquisición de suelo con destino a la plataforma logística industrial citada. En dicho Convenio se prevé que el IGVS, como organismo expropiante, encargue a Xestur-Pontevedra, S.A. todas las actuaciones necesarias para la adquisición por el sistema de expropiación forzosa de los terrenos necesarios, en una superficie aproximada de 4.196.167 metros cuadrados, incluida en el ámbito del Proyecto Sectorial

de la Plataforma, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Xunta de Galicia, bienes y derechos afectados por la actuación, en los términos que se detallan en ese Convenio.

- 3º) Asimismo, en desarrollo del Protocolo, con fecha 13 de mayo de 2003, se celebró un Convenio entre las tres entidades firmantes del mismo al que se sumaron los Alcaldes de los Concellos de As Neves y Salvaterra do Miño, para la adquisición de suelo y gestión de la plataforma logística industrial de Salvaterra-As Neves, en el cual, se acordaba la constitución de un pro indiviso como beneficiario de la adquisición de los terrenos, fijándose las participaciones en dicho pro indiviso en los siguientes porcentajes: 45% la Autoridad Portuaria de Vigo, 45% el Consorcio de la Zona Franca, y 10%, el IGVS. En el citado Convenio se establece también que la adquisición de los terrenos se ejecutará por el sistema de expropiación forzosa, ya sea individual previa declaración de urgencia por el Consejo de Gobierno de la Xunta, o por tasación conjunta, reiterándose el encargo de la tramitación de la expropiación a Xestur- Pontevedra, S.A., al mismo tiempo que se fijaba el presupuesto estimado de la inversión y otras particularidades. El plazo de vigencia del convenio finalizaba el 31 de diciembre de 2004.
- 4º) Por sendos acuerdos de las partes firmantes del Protocolo y de Xestur- Pontevedra, S.A., de fecha 27 de diciembre y 30 de diciembre de 2004, se acuerda la prórroga y actualización de los Convenios firmados, afectando a previsiones financieras y temporales (se extiende el plazo de vigencia a 31 de diciembre de 2005), actualización de cuantías y ampliación de plazos.
- 5º) Tal y como refleja el escrito de consulta, según información facilitada, se ha procedido ya a la ocupación de los terrenos expropiados, encontrándose a disposición de las entidades que integran el pro indiviso. Igualmente se ha iniciado la ejecución de obras sobre los mismos.
- 6º) Por último, el 31 de mayo pasado, el Abogado del Estado Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con la Autoridad Portuaria de Vigo, emitió un primer informe sobre la cuestión sometida ahora a la consideración de este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Antes de dar cumplida respuesta a la cuestión suscitada y a fin de centrar jurídicamente las actuaciones realizadas hasta la fecha, a las que se ha hecho mención en los antecedentes de este informe, es conveniente hacer referencia al encaje y fundamento de los actos convencionales celebrados, con especial mención de los aspectos más importantes relacionados con su contenido.

Aunque, como se ha dicho, esta Abogacía General del Estado no dispone del texto del mismo, no existirían muchas dificultades para encuadrar el Protocolo de colaboración suscrito el 29 de septiembre de 2000, entre el IGVS, la Autoridad Portuaria de Vigo y el Consorcio de la Zona Franca de Vigo para la creación de una plataforma logística industrial, entre los Convenios de colaboración previstos en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), al tratarse de un Convenio suscrito entre Organismos Públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado –Autoridad Portuaria de Vigo y Consorcio de la Zona Franca de Vigo– con un órgano, en este caso, un Organismo autónomo de la Comunidad Autónoma de Galicia –IGVS– en el ámbito de sus respectivas competencias, como se va a ver. Con toda probabilidad el Protocolo en cuestión especificaría los extremos contenidos en el apartado 2 de ese artículo.

De la información facilitada a este Centro se deduce que la plataforma logística industrial tiene gran similitud con la creación de un polígono industrial donde se emplazarían en unas condiciones ventajosas determinadas industrias que no pueden instalarse, de momento, en la zona de servicio del puerto. Es de suponer que a las empresas que se instalen en esa plataforma se las exigirá como contrapartida que, la importación de bienes o la exportación de las mercancías fabricadas se realice a través del puerto de Vigo, facilitándose igualmente con ello la introducción y la realización de las operaciones permitidas en la Zona Franca, con los consiguientes beneficios fiscales, de acuerdo todo ello con la normativa aplicable a la misma.

El fundamento legal de la suscripción de este Protocolo a tal fin para las tres entidades firmantes del mismo resulta bastante claro. Para el IGVS, se encuentra en el artículo 4.1.e) de la Ley 3/1988, de 27 de abril, del Parlamento de Galicia, que crea ese Organismo, atribuyéndole, entre otras funciones, la redacción y gestión de planes y proyectos técnicos urbanísticos, desarrollados directamente por el IGVS o con su cooperación. Esa actividad puede comprender tanto la promoción del suelo y la renovación o remodelación urbana como la realización de obras de infraestructura y dotación de servicios. Para el cumplimiento de esas funciones puede, de acuerdo con el artículo 5.a) de esa Ley, y, por supuesto, el artículo 6.1 de la LRJ-PAC, suscribir convenios de promoción y gestión con otros organismos o entidades, en especial con las Corporaciones Locales.

El fundamento legal para la Autoridad Portuaria de Vigo se encontraría, genéricamente, en el artículo 36, apartados a) y f), de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que atribuyen a las Autoridades Portuarias competencias en la prestación de servicios portuarios generales para lograr que se desarrollen en condiciones óptimas de eficacia, economía, productividad y seguridad, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades, así como el “fomento de las actividades industriales y comerciales relacionadas con el tráfico marítimo o portuario.”

Por último, el artículo 5 del Estatuto Fundacional del Consorcio de la Zona Franca de Vigo, en la redacción dada al mismo por el Pleno de ese Organismo, en su reunión de 13 de abril de 1998, y ratificado por la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1998, considera como uno de los objetos del Consorcio, creado por Decreto de 20 de junio de 1947, la promoción, gestión y explotación, en régimen de derecho privado, directamente o asociado a otros organismos, de todos los bienes, de cualquier naturaleza integrantes de su patrimonio, y situados fuera del territorio de la Zona Franca, que le pudieran pertenecer en virtud de cualquier título admisible en derecho, con el fin de contribuir al desarrollo y dinamización económica y social de su área de influencia, todo ello, claro está, de acuerdo con las previsiones contenidas en el Real Decreto-Ley de 11 de junio de 1929, en el Reglamento aprobado por Real Decreto de 22 de julio de 1930 y demás disposiciones complementarias entre las que destaca, a los efectos que aquí interesan, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, cuyo artículo 50.1 atribuye a los Consorcios de las Zonas Francas actividades de fomento propias de las Administraciones territoriales que los integran.

-II-

El Protocolo de referencia fue desarrollado, como se indicó anteriormente, por un Convenio de 28 de abril de 2003 para la adquisición de suelo con destino a la plataforma logística industrial Salvaterra As-Naves, promovido por las tres entidades antes citadas y que fue suscrito por las mismas y, además, como encargado de ejecutar las actuaciones relativas a la adquisición de los terrenos, por Xestur-Pontevedra, S.A.

En la estipulación primera de ese Convenio se comienza atribuyendo la cualidad de organismo expropiante al IGVS. Al mismo tiempo se encarga a Xestur-Pontevedra, S.A. la adquisición de los terrenos necesarios por el sistema de expropiación (estipulaciones primera y segunda), aunque también se prevé la adquisición por mutuo acuerdo,

Centrada la solicitud de informe en la adquisición por expropiación de esos terrenos, puede surgir la duda acerca de la consideración como organismo expropiante del IGSV, Organismo autónomo de carácter comercial y financiero, creado por la Ley 3/1988 de 27 de abril, del Parlamento Gallego, teniendo en cuenta que, en el ámbito estatal, siendo el Estado el titular por excelencia de la potestad expropiatoria (artículo 2.1 de la Ley de Expropiación Forzosa), aunque existe una remisión en bloque al estatuto propio del organismo para determinar sus potestades administrativas (artículos 42.2 y 62.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), de las mismas ha quedado excluida, precisamente, la potestad expropiatoria (artículo 42.2, in fine de esa Ley).

Pues bien, teniendo en cuenta que las previsiones de la LOFAGE sólo rigen para los Organismos Públicos dependientes de la Administración del Estado (artículo 1 de dicho texto legal) y que, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, habrá que estar a lo previsto especialmente en sus propias leyes reguladoras, resulta evidente la atribución legal al IGVS de esa potestad expropiatoria por su propia ley singular de creación, la Ley 3/1988, de 27 de abril, que, considera, entre otras, funciones del mismo “ la adquisición del suelo por cualquier título, incluso por expropiación forzosa, de los terrenos destinados a la formación de reservas del suelo, preparación de solares, dotaciones y equipamiento, fomento de la vivienda o cualesquiera otras finalidades análogas de carácter urbanístico...” Tampoco existe inconveniente para que, a través del convenio en cuestión se encomiende por el IGVS las actuaciones de gestión expropiatoria, como así ha ocurrido, a “Xestur-Pontevedra, S.A.”

La condición de beneficiarios de la expropiación, la tienen las tres entidades firmantes del Protocolo y de los sucesivos Convenios, como recoge, de forma clara, la estipulación primera del Convenio de 13 de mayo de 2003, que completa y desarrolla el anterior Convenio de 28 de abril, sin que, a la vista de la normativa expropiatoria, exista obstáculo legal alguno para que la citada condición sea compartida por más de una persona o entidad, en este caso las tres entidades firmantes del protocolo, que, según esa misma estipulación, han constituido un pro indiviso con los siguientes porcentajes: 45% Autoridad Portuaria de Vigo, 45% Consorcio de la Zona Franca y 10% IGVS.

El Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con la Autoridad Portuaria de Vigo, en su informe de 31 de mayo pasado, señala, entre otras cosas que, en la actualidad, los terrenos expropiados forman una comunidad pro indiviso, de las llamadas romanas. En efecto, tal y como establece la estipulación tercera de ese Convenio, los terrenos adquiridos se adjudicarán pro indiviso a cada una de las partes de acuerdo con los porcentajes anteriores, confluyendo esa comunidad, como luego se indicará, sobre bienes de dominio público autonómico y estatal.

Nada impide que, aplicando supletoriamente las previsiones del Código Civil (artículo 4.3 del citado cuerpo legal), se pueda constituir una comunidad de bienes, en este caso de dominio público, de tipo romano, regida, en principio, con los matices necesarios, por los artículos 392 y siguientes del citado Código, donde lo esencial es la unidad de objeto y una pluralidad de sujetos, cuyos derechos se delimitan y enlazan a través de cuotas ideales o abstractas y que pueden ejercitar en cualquier momento la acción de división –la llamada actio comuni dividundo–. Por el contrario la comunidad de tipo germánico o de mano común, se explicita afirmando que entre sus titulares existe un vínculo personal subordinado a la misma relación real, sin delimitación por cuotas y sin poder ejercitar o solicitar la división del ente común.

- III -

Llegados a este punto, y entrando ya en el análisis de la naturaleza y titularidad de los bienes expropiados, en especial, de los que corresponderían a la Autoridad Portuaria de

Vigo, hay que comenzar diciendo que el artículo 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), aplicable no sólo a la Administración General del Estado y a los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma (en este caso, la Autoridad Portuaria de Vigo y el Consorcio de la Zona Franca), sino también a las Comunidades Autónomas y a la entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella (IGVS), conforme resulta del artículo 2.1 de dicha Ley en relación con la disposición final segunda de la misma, considera bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente esa condición. El apartado 4 del artículo 2 de la LPAP establece que esos bienes “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 de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio”. Esta última referencia a las normas de derecho privado fundaría también la constitución de un pro indiviso sobre los bienes adquiridos en el presente caso.

Tratándose de bienes adquiridos por expropiación forzosa, el artículo 24.2 de la LPAP, aplicable también con carácter general, al haber sido dictado al amparo de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.18º de la Constitución (disposición final segunda.4 de la LPAP), establece que, en los casos de adquisiciones derivadas del ejercicio de la potestad expropiatoria, la afectación del bien o derecho al uso general, al servicio público, o a fines y funciones de carácter público se entenderá implícita en la expropiación. Por su parte, en la misma línea, el artículo 65 de la citada Ley establece que la afectación determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público y su consiguiente integración en el dominio público, añadiendo el artículo 66, relativo a la forma de la afectación, en su apartado 2.c), que surtirá los mismos efectos que la afectación expresa la adquisición de bienes y derechos por expropiación forzosa, supuesto en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24.2 de la propia LPAP, los bienes o derechos adquiridos se entenderán afectados al fin determinante de la declaración de utilidad pública o interés social.

Aunque la LPAP, entró en vigor con posterioridad a la firma de los Convenios de 28 de abril y 13 de mayo de 2003, donde se establecía ya la adquisición de los terrenos por el sistema de expropiación forzosa, el contenido material de las previsiones legales anteriores se puede mantener, ya que los artículos 23 y 119 de la Ley de Patrimonio del Estado, cuyo texto articulado se aprobó por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, admitían como forma de adquisición de bienes la expropiación forzosa, estableciendo que la afectación al uso general o a los servicios públicos se entenderá implícita en la misma.

De lo expuesto se deduce, con claridad, que, a consecuencia de la adquisición por expropiación forzosa de los terrenos precisos para poner en marcha la Plataforma Logística Industrial Salvaterra – As Neves, realizada como entidad expropiante por el IGVS (aunque materialmente, previo encargo al efecto, por la entidad “Xestur-Pontevedra, S.A”), se ha constituido una comunidad de bienes en pro indiviso entre los tres beneficiarios de esa expropiación, el propio IGVS, la Autoridad Portuaria de Vigo y el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, en la proporción indicada, pro indiviso que recae sobre bienes de dominio público, naturaleza que tienen los bienes desde el momento de la adquisición en el que se entienden afectados al fin determinante de la declaración de interés social que motivó la expropiación. En ese condominio sobre bienes de dominio público, sin mayor especificación de momento, la Autoridad Portuaria de Vigo tiene una participación del 45%.

Ahora bien, como se ha expuesto, es de esencia en esa comunidad romana o por cuotas, la posibilidad de que los comuneros puedan pedir en cualquier momento la división de la cosa común. En efecto, el artículo 400 del Código Civil establece que, “ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común”. El mecanismo necesario para la consecución de ese principio de divisibilidad es la acción de división, que es irrenunciable y, además, imprescriptible y tiene

como finalidad esencial la extinción de la comunidad, notas que han sido ratificadas por la doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse a tal fin las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1904, 11 de noviembre de 1927, 31 de enero de 1967 y 3 de junio de 1989, 31 de mayo de 1991, 6 de junio de 1997, entre otras muchas.

Sobre esta base, resulta indudable que uno de los comuneros, en este caso la Autoridad Portuaria de Vigo, podría, en cualquier momento y si fuere de su interés, pedir la división de la comunidad, a fin de que su cuota ideal o abstracta del 45% en la misma se concrete o materialice en una parte real y física de cada una de las fincas de las que es condueño, al ser las mismas divisibles. Una vez especificada la cuota que le corresponde en los bienes podrían esos bienes de dominio público convertirse ya en bienes de dominio público portuario, naturaleza que, en estos momentos y mientras se mantenga la situación de indivisión no podría predicarse, en absoluto, de la cuota ideal que corresponde a la Autoridad Portuaria de Vigo en los bienes expropiados.

En este sentido, el artículo 14 de la LPEMM, en su apartado 1, considera a los terrenos, obras e instalaciones fijas de los puertos de competencia de la Administración del Estado, como bienes de dominio público portuario estatal. Por su parte, el artículo 93.1.b) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de prestación de servicios en los puertos de interés general, más explícito que el precepto antes citado, considera que pertenecen al dominio público portuario estatal, "los terrenos e instalaciones fijas que las Autoridades Portuarias adquieran mediante expropiación, así como los que adquieran por compraventa o por cualquier otro título cuando sean debidamente afectados por el Ministro de Fomento". La referencia que se hace a la necesaria afectación por el Ministro de Fomento es reconducible, como señala con acierto en su informe el Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica, a los bienes adquiridos por compraventa o por cualquier otro título, no a los bienes adquiridos mediante expropiación, teniendo en cuenta la afectación implícita en todo procedimiento de adquisición de bienes por este cauce (artículos 24.2 y 66.2.c) de la LPAP).

En principio, por tanto, los terrenos que las Autoridades Portuarias adquieran mediante expropiación, con el matiz aquí, tras la constitución de un pro indiviso sobre los bienes expropiados, de que la adquisición es consecuencia directa de la previa adjudicación de una cuota o porción real de los bienes tras la división de la cosa común, podrían formar parte del dominio público portuario estatal.

Sin embargo, no hay duda alguna, de que, para que pueda hablarse con propiedad de bienes de dominio público portuario, es necesario que en los mismos se lleven a cabo actividades, instalaciones y construcciones acordes con los usos portuarios y de señalización marítima, tal y como señala el artículo 94.1 de la Ley 48/2003, por lo que, dada la ubicación actual de los terrenos donde se encuentra la Plataforma Logística, lo normal es que la decisión de la Autoridad Portuaria de Vigo de solicitar la división de la cosa común con la consiguiente aparición de bienes de dominio público portuario, venga seguida de una nueva delimitación de la zona de servicio del puerto y de la subsiguiente modificación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, al que se refieren los artículos 96 a 98 de la Ley 48/2003.

De acuerdo con el artículo 97 de esa Ley, se trataría, a priori, de una modificación sustancial del Plan existente, que se someterá al mismo procedimiento de aprobación contenido en el artículo 96, ya que, de acuerdo con el apartado 2 del primero de esos artículos, se podría tratar de una alteración significativa (se incorporarían al dominio público portuario nada menos que 1.888.275 metros cuadrados) de la delimitación interna de las zonas en que se divide el puerto (los terrenos se encuentran, físicamente, incluso separados de la zona de servicio ordinaria del puerto) a efectos de la asignación de los usos a que se refiere el artículo 94 de la Ley.

A estos efectos, continúa ese artículo 97.2, tendrá la consideración de alteración significativa aquella que suponga una alteración individual o acumulada superior al 15 por 100 de la superficie asignada a un determinado uso (la gran extensión de terreno que se incorpora

hará previsiblemente que se superase con facilidad ese porcentaje) salvo que afecte a usos no portuarios que en todo caso tendrá el carácter de alteración significativa.

En todo caso, esta Abogacía General del Estado es de la opinión de que la Autoridad Portuaria de Vigo, previsiblemente, no va a solicitar la división de la cosa común seguida de la adjudicación de unos bienes concretos, que podrían alcanzar la naturaleza de bienes de dominio público portuario, hasta que no esté en condiciones de poder incorporar plenamente esos terrenos a la zona de servicio del puerto.

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.- Los bienes adquiridos por expropiación por el Instituto Galego da Vivienda e Solo con destino a la plataforma logística industrial Salvaterra- As Neves, de los que son beneficiarios el propio Instituto, la Autoridad Portuaria de Vigo y el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, adquisición que tiene su origen en un Protocolo firmado por las citadas entidades el 29 de septiembre de 2000 y desarrollado, fundamentalmente, en dos Convenios de 28 de abril y 13 de mayo de 2003, tienen la naturaleza de bienes de dominio público, condición que, indefectiblemente, es predicable también de los bienes que idealmente, corresponden a la Autoridad Portuaria de Vigo, mientras se mantenga el pro indiviso existente y de acuerdo con su participación en el mismo.

Segunda.- En cualquier momento, los partícipes en ese pro indiviso y, entre ellos, la Autoridad Portuaria de Vigo podrían pedir la división de los bienes con la consiguiente adjudicación de partes reales en los bienes expropiados.

Tercera.- Los terrenos que la Autoridad Portuaria de Vigo se adjudicase de esa forma podrían formar parte del dominio público portuario si en los mismos se fueran a llevar a cabo actividades, instalaciones y construcciones acordes con los usos portuarios.

Cuarta.- Para la plena efectividad de esa incorporación de bienes al dominio público portuario será necesaria una nueva delimitación de la zona de servicio del puerto y la subsiguiente modificación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, debiendo seguirse los trámites para la aprobación del citado Plan al tratarse de una alteración significativa de la delimitación interna de la zona y en definitiva de una modificación sustancial del mismo.

61.- Informe sobre la naturaleza y situación de una parcela ocupada por el edificio de la Comandancia de Marina sito en la zona de servicio del puerto.

Resumen

Consulta sobre la naturaleza y situación jurídica de una parcela ocupada por el edificio de la Comandancia de Marina de Castellón, sita en la zona de servicio del puerto.

- 1) La parcela tiene la condición de bien de dominio público del Estado.
- 2) La supresión de la comandancia Militar de Marina determina la desafectación del inmueble de la Defensa, lo que compete al Ministerio de Defensa (art. 71 de la Ley 50/1998).
- 3) La enajenación del inmueble por la GIED exigirá la previa comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda, pudiendo este Ministerio acordar la permanencia del inmueble en el Patrimonio del Estado para afectarlo a otro servicio de la Administración.
- 4) El Ministerio de Economía y Hacienda antes de acordar la afectación a otro servicio de la Administración debería recabar la conformidad del Ministerio de Fomento, en cumplimiento de la condición impuesta en la cesión del inmueble efectuada en el año 1962 por el entonces Ministerio de Obras Públicas al Ministerio de Marina.
- 5) Si el Ministerio de Fomento no se opusiera a la afectación del inmueble al Ministerio del Interior (se pretende establecer en el edificio una Comisaría de Policía) habría de tramitarse la oportuna compensación presupuestaria a favor de la GIED. Si el Ministerio de Fomento se opusiera, la parcela quedaría adscrita al servicio portuario (dada la condición impuesta en la cesión efectuada en el año 1962), abonándose también a la GIED la oportuna compensación presupuestaria.

Ref.: A.G SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 10/08

Fecha: 28 de julio de 2008

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 Reglamento del Servicio Jurídico del Estado aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, ha examinado su consulta sobre la naturaleza y situación jurídica de la parcela ocupada por el edificio de la Comandancia Militar de Marina de Castellón, sito en la zona de servicio del Puerto, una vez suprimida la misma por Orden del Ministerio de Defensa, tras haberse solicitado por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Castellón el parecer de la Abogacía del Estado en dicha provincia sobre los trámites necesarios para la recuperación del solar donde se ubica ese edificio.

La consulta elevada a este Centro Directivo viene acompañada del preceptivo proyecto de informe elaborado por dicha Abogacía del Estado el 1 de julio pasado, así como de la documentación relativa a la parcela y edificio en cuestión.

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

ANTECEDENTES

- 1º) Tal y como se refleja en el acta levantada al efecto, el 25 de abril de 1962 se reunieron en la ciudad de Castellón de la Plana, en el edificio de la Comandancia Militar de Marina, las Comisiones de Hacienda, Obras Públicas y Marina, representadas por las personas

que se indican al margen de aquélla, y en virtud de lo determinado en el Real Decreto de 25 de junio de 1902 (Gaceta de Madrid nº 178), a fin de cumplimentar lo dispuesto en el escrito del Ministerio de Hacienda de fecha 6 de febrero de 1962 (Dirección General del Patrimonio del Estado), en el que se traslada la Orden Ministerial, fechada el día 2 de dicho mes y año, sobre entrega a la Marina de Guerra de una superficie de terreno situada en la Zona portuaria del puerto de Castellón de la Plana con destino a la construcción de un edificio para Comandancia Militar de Marina (punto I del acta).

La parcela en cuestión —sigue diciendo el acta (punto II)— es la misma que se cedió al Ministerio de Marina por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 22 de diciembre de 1952, cesión ésta quedó sin efecto, estando situada en la zona segunda del muelle de Costa y que se describe a continuación.

El punto III del acta indica textualmente que:

“La parcela descrita en el anterior apartado, propiedad del Estado, estaba adscrita al Ministerio de Obras Públicas en la Zona Portuaria del puerto de Castellón de la Plana y se entrega en este momento al Ministerio de Hacienda, el que la afecta al servicio del Ministerio de Marina con destino a la construcción de un edificio para instalar en el mismo los servicios propios de la Comandancia Militar de Marina de Castellón, bajo las siguientes condiciones:

- 1ª- Que el trozo de terreno citado ha de destinarse a la construcción de un edificio para Comandancia Militar de Marina de Castellón.
- 2ª- Que en el caso que por el Ministerio de Marina no se llegue a la utilización prevista para la mencionada parcela, la misma quedará de nuevo afecta a la Zona Portuaria del Puerto de Castellón.
- 3ª- Que para que pueda utilizarse dicha parcela para fin distinto de la proyectada construcción, así como para su afectación a otro servicio del Estado, será necesario recabar nueva conformidad del Ministerio de Obras Públicas.”

En el punto IV y último del acta se indica que la Comisión de Marina acepta y recibe en este momento la parcela descrita en el punto II de dicha acta, en nombre y representación del Ministerio de Marina, con las condiciones enumeradas en el punto III, firmando la misma todos los intervinientes.

La referida parcela figura inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Castellón, en el Tomo 318, Libro 318, Folio 97, Inscripción 1ª, de fecha 7 de mayo de 1962, en la que consta la descripción de la finca, su titularidad a favor del Ministerio de Marina, que la adquirió por cesión en virtud de documento administrativo expedido en Castellón, de fecha 25 de abril de 1962, y en cuanto a las cargas vigentes, figura una a favor del Ministerio de Obras Públicas, siendo las condiciones impuestas las siguientes: 1ª) Destinarse a la construcción del edificio de la Comandancia de Marina; 2ª) De no efectuarse, quedará afecta a la zona portuaria del Puerto de Castellón; 3ª) Para otro fin, será necesario conformidad del Ministerio de Obras Públicas.”

- 2º) El 3 de mayo de 1962, el Ingeniero Director del Puerto de Castellón, que había suscrito el acta anteriormente indicada como miembro de la Comisión de Obras Públicas y en representación del Ministerio de Obras Públicas, dio traslado al Presidente de la Junta de Obras y Servicios del Puerto de Castellón del acta de entrega de que se ha hecho mención, así como copia del plano que se redactó al efecto, refrendado por la Comisión.

Es importante resaltar que en el oficio por el que se hace dicho traslado se transcribe literalmente la comunicación (recibida en esa Dirección facultativa el 8 de marzo de 1962 y procedente de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas) de la Orden del Ministerio de Hacienda de 2 de febrero de 1962 que literalmente dice así:

“Para la construcción de un edificio destinado a la instalación de los servicios propios de la Comandancia Militar de Marina en Castellón de la Plana, resulta conveniente disponer de una

parcela de terreno, sita en la zona de servicios del puerto -segunda zona del muelle de costa; habiéndose instruido al efecto el correspondiente expediente para la cesión en el Ministerio de Obras Públicas, a petición del de Marina y se ha concretado que la parcela de aquella zona puede desafectarse del servicio portuario y adscribirse a la referida construcción. Procede, por tanto: 1º) El Ministerio de Hacienda se hará cargo de la indicada parcela y se ocupará a continuación de afectarla al servicio del Ministerio de Marina con destino a la construcción de un edificio para instalar en el mismo los servicios propios de la Comandancia Militar de Marina de Castellón de la Plana, tomándose oportuna razón en el Inventario de Bienes del Estado tanto del alta consecuente al cambio de naturaleza jurídica de esta parcela, como de la subsiguiente adscripción al servicio del Ministerio de Marina; 2º) En el caso de que por el Ministerio no se llegue a la utilización prevista para la mencionada parcela, la misma volverá a quedar afecta a la zona de servicios del puerto de Castellón de la Plana, una vez causada baja en el Inventario de Bienes del Estado; 3º) Tanto para que el Ministerio de Marina pueda utilizar dicha parcela para fin distinto de la proyectada construcción, como para que este vacante destino pueda afectarse a la misma o su solar a otro servicio del Estado, será necesario recabar nueva conformidad del Ministerio de Obras Públicas; 4º) Se interesará por este Departamento de los Ministerios de Marina y Obras Públicas la designación de representantes que, en unión de los que éste señala, lleven a cabo las operaciones citadas”

3º) El 6 de noviembre de 2007, el Secretario General de la Subdelegación del Gobierno en Castellón dirigió una nota interior al Subdelegado del Gobierno, planteando al mismo la problemática derivada del edificio donde se ubica la Comandancia Militar de Marina, que no se encuentra en la práctica operativa, por lo que se ha pensado en una posible adscripción del mismo al Ministerio del Interior, una vez que ha sido desafectado del uso para el que se construyó. No obstante, el Secretario General de la Subdelegación del Gobierno hace ver los problemas que pueden suscitarse ante una posible petición de reversión por parte de la Autoridad Portuaria, al encontrarse el bien en zona de servicio del puerto, perteneciendo inicialmente la propiedad del solar al Ministerio de Obras Públicas, en aquellos tiempos responsable de los puertos.

Ello motivó un primer informe de la Abogacía del Estado de Castellón, fechado el 19 de diciembre de 2007, en el que se llegó a las siguientes conclusiones: 1) La Comandancia de Marina de Castellón es un bien de dominio público afecto en la actualidad a las necesidades de la Defensa Nacional, por lo que su titularidad corresponde al Ministerio de Defensa; 2) El Ministerio de Defensa dispone de un régimen específico en relación a sus bienes, correspondiendo al Ministro de Defensa la declaración de innecesariedad y la desafectación de los mismos; 3) Por tanto, si lo que se pretende es el establecimiento en el mismo de una Comisaría de Policía, el Ministerio del Interior deberá instar la iniciación del correspondiente procedimiento del Ministerio de Defensa.

4º) El Pleno del Ayuntamiento de Castellón, en sesión ordinaria celebrada el pasado día 24 de enero de 2008, a propuesta del Grupo Municipal Popular y del Bloc, adoptó el siguiente acuerdo:

“1º) Solicitar de la Gerencia de Infraestructuras del Ministerio de Defensa que inicie los trámites para la reversión al Puerto de Castellón del edificio de la Comandancia Naval de Castellón.

2º) Solicitar a Port Castelló que redacte un compromiso de colaboración con el Ayuntamiento de Castellón para que, cuando la propiedad del edificio de la Comandancia Naval vuelva a estar en su poder, su uso sea cedido a la ciudad para ubicar allí el futuro Museo del Mar.

3º) Comprometerse a reiterar esta solicitud el día 10 de marzo de 2008 al Gobierno Central que salga elegido en las próximas elecciones generales”

De dicho acuerdo se dio traslado a la Autoridad Portuaria de Castellón el 1 de febrero siguiente.

5º) Por último, el 23 de mayo de 2008, el Presidente de la Autoridad Portuaria de Castellón se dirigió a la Abogacía del Estado de dicha provincia solicitando informe a la misma sobre la situación actual y los trámites que, en su caso, habría que llevar a cabo para recuperar el solar que ocupa la Comandancia Militar de Marina de Castellón, suprimida por Orden Superior del Ministerio de Defensa.

La Abogacía del Estado en Castellón elaboró, el 1 de julio de 2008, un proyecto de informe sobre la cuestión suscitada en el que, después de una amplia argumentación, se formulan las siguientes conclusiones: 1) que el bien pertenece en la actualidad al Ministerio de Defensa; 2) que para su afección a otro servicio del Estado debe contarse con la conformidad de Puertos del Estado; 3) que la Autoridad Portuaria de Castellón puede requerir al Ministerio para que informe si dicho bien se va a destinar a otro servicio del Estado, concediendo un plazo para dicho pronunciamiento; 4) si no se da a dicho bien un destino concreto o, en su caso, transcurrido el plazo concedido sin que se haya pronunciado el órgano requerido, el bien revertirá a la Autoridad Portuaria de Castellón; y 5) que, revertido el bien, la Autoridad Portuaria de Castellón deberá iniciar los trámites para la modificación del Plan de Utilización de los espacios portuarios, al amparo del artículo 97 de la Ley 48/2003.

Dicho proyecto de informe, junto con la documentación a que se ha hecho mención, se somete al criterio de esta Abogacía General del Estado, de acuerdo con el artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Para dar una respuesta adecuada en Derecho a la cuestión sometida al parecer de este Centro Directivo, consistente en determinar la naturaleza jurídica de la parcela sobre la que, hasta fecha reciente, se ubicaba la Comandancia Militar de Marina de Castellón, es preciso tener presente, en primer término, los datos jurídicos que pueden obtenerse del acta suscrita el 25 de abril de 1962, a la que se ha hecho mención en el antecedente 1º de este informe y por la que se entregó una superficie de terreno situada en la zona portuaria del puerto de Castellón de la Plana a la Marina de Guerra, con destino a la construcción de un edificio para Comandancia Militar de Marina, dado que en aquella época no existía una legislación patrimonial lo suficientemente clara y unitaria al respecto sobre la titularidad, adscripción, afectación y desafectación de los bienes del Estado.

Pues bien, en una primera aproximación al contenido del acta en cuestión puede deducirse que en el año 1962 e incluso antes, en 1952, esa parcela estaba situada en la zona de servicio del puerto de Castellón, siendo un bien de propiedad del Estado, “adscrito” al Ministerio de Obras Públicas. Aunque el término “adscripción” empleado en el acta, no es equivalente al actual término empleado en la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) que, en su artículo 73, se refiere a los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado adscritos a organismos públicos dependientes de ella para su vinculación directa a un servicio de su competencia o para el cumplimiento de sus fines propios, mientras que aquí se adscribe directamente por el Estado a un órgano propio del mismo –Ministerio de Obras Públicas–, se puede disculpar el empleo inadecuado del término ante las carencias de la normativa reguladora de los bienes del Estado, como se ha indicado anteriormente.

Lo cierto es que esa parcela, en aquella época, era una parcela de propiedad del Estado, adscrita al entonces Ministerio de Obras Públicas, afectada, además, al servicio portuario, servicio que, aunque fuera a través de las antiguas Juntas de Obras y Servicios de los Puertos, le correspondía prestar a dicho Departamento ministerial por mor de lo prevenido en el artículo 22 de la vigente, en aquellas fechas, Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880.

Según indica ese precepto, al Ministerio indicado le correspondía la prestación de los servicios relacionados con la ejecución de obras y edificios, operaciones de carga y descarga en los muelles, la circulación sobre los mismos y en su zona de servicio.

La afectación de esa parcela, propiedad del Estado y adscrita al Ministerio de Obras Públicas, al servicio portuario (por si hubiera alguna duda al respecto, basta con tener presente el tenor literal de la Orden del Ministerio de Hacienda de 2 de febrero de 1962, reproducida literalmente en el antecedente 2º del informe, donde se habla de la afectación y desafectación de la parcela a los servicios portuarios), determina que, antes de esa fecha, el bien en cuestión podía considerarse como un bien de dominio público afecto a un servicio público (artículo 339.2º del Código Civil).

- II -

En esta situación jurídica, en el año 1962 el Ministerio de Obras Públicas incoó el oportuno expediente para la cesión del bien al Ministerio de Marina, previa desafectación del mismo del servicio portuario (lo que, en puridad, determinó que el bien pasara a ser un bien patrimonial del Estado), entregándole, como recoge el acta de cesión, al Ministerio de Hacienda que desde ese mismo momento se hizo cargo de la parcela, afectándola, acto seguido, al servicio del Ministerio de Marina con destino a la construcción de la Comandancia Militar de Marina. De todo ello se tomó razón en el Inventario de Bienes del Estado (tanto del alta consecuente al cambio de naturaleza jurídica de esta parcela –de bien de dominio público a bien patrimonial–, como de la subsiguiente adscripción al Ministerio de Marina que, seguida de la afectación al servicio de ese Ministerio para la construcción de la Comandancia, hizo que pasara de nuevo a la categoría de bien demanial).

En la citada acta de 25 de abril de 1962 se hace mención expresa del Real Decreto de 25 de junio de 1902 (Gaceta de Madrid nº 178), por el que se dictan disposiciones para llevar a cabo las entregas de edificios y fincas del Estado afectas a servicios militares. El artículo 1 del citado Real Decreto comienza diciendo que “todas las fincas del Estado están bajo la dependencia del Ministerio de Hacienda, que es el representante de sus derechos y propiedades; pero las que se hallen afectas al servicio del departamento de la Guerra estarán a cargo exclusivo de éste durante el tiempo que las dedique al uso o destino para que fueron cedidas;” añadiendo el artículo 2 que “las propiedades del Estado necesarias para el servicio del ramo de Guerra se entregarán a éste por el de Hacienda, con objeto de que las usufructúe durante todo el tiempo que las necesite para el fin con que fueron cedidas; debiendo, cuando no pueda aplicarlas a él, devolverlas a la Hacienda Pública para que ésta las enajene, conserve o dedique a lo que crea más conveniente a los intereses generales del Estado, a no ser que alguna ley o disposición especial autorice al Ministerio de la Guerra para la enajenación, cesión o permuta de los inmuebles afectos a servicios militares, cuya conservación no sea necesaria o de alguno expresamente determinado.”

En virtud de esa cesión del inmueble al Ministerio de Marina, un bien de dominio público del Estado, afecto al servicio portuario, previa desafectación de ese servicio y su conversión, de nuevo, en bien patrimonial, pasó a ser un bien de dominio público afecto al servicio público de ese Ministerio con destino a la construcción en el mismo de la Comandancia Militar de Marina, lo que, en palabras de la postrera Ley de Patrimonio del Estado, cuyo Texto Articulado se aprobó por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (artículo 124), y de la actual LPAP (artículo 71), puede considerarse una verdadera mutación demanial, de un bien que siempre ha pertenecido y pertenece al Estado.

No es correcto, por tanto, afirmar que el bien pertenece al Ministerio de Defensa (antes Marina) o, en su caso y en su momento, al Ministerio de Obras Públicas, pues el único titular del bien, antes y ahora, es el Estado y no un órgano concreto del mismo –antiguos Ministerios de Obras Públicas y de Marina, actualmente, Ministerios de Fomento y de Defensa– que

únicamente han tenido afecto a su servicio el mismo, encargándose de su administración, gestión y custodia. Tampoco puede atribuirse la titularidad del bien a un organismo dependiente del entonces Ministerio de Obras Públicas, como eran las antiguas Juntas de Obras y Servicios de los Puertos o, actualmente, las Autoridades Portuarias, sucesoras de aquéllas, pues la finca, aun ubicada dentro de la zona portuaria, no forma parte de su patrimonio, perteneciendo, como se ha visto, al Estado que, en diversos momentos, la ha afectado al servicio portuario o al servicio del Ministerio de Marina para la construcción en ella de la Comandancia Militar de Marina, teniendo actualmente y mientras no se efectúe formalmente la desafectación, el carácter de bien de dominio público estatal afecto a un servicio público del Ministerio de Defensa (artículo 65 de la LPAP).

- III -

A día de hoy, según la información deducida de los documentos remitidos a esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, el Ministerio de Defensa no tiene ya interés en el edificio al desaparecer la Comandancia Militar de Marina, por lo que se plantea ya la problemática de la desafectación del inmueble del servicio público a que estaba destinado.

En circunstancias normales, la desafectación de un bien de dominio público por dejar de destinarse al uso general o al servicio público y su conversión en bien patrimonial (artículo 69 de la LPAP) corresponde realizarla al Ministerio de Economía y Hacienda, en virtud de Orden Ministerial y siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 70 de esa misma Ley. Ahora bien, en este caso concreto, teniendo en cuenta que el bien está afectado al Ministerio de Defensa, existe una normativa especial que, de entrada, atribuye al citado Ministerio la facultad para declarar la desafectación del bien.

En efecto, el artículo 71 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el tercer párrafo de su apartado cinco atribuye al Ministro de Defensa la competencia para la declaración de desafectación y alienabilidad de todos los bienes afectados al Ministerio de Defensa.

El apartado seis del artículo 71 de dicho texto legal añade que, declarada su innecesaria y disponibilidad, serán desafectados por el Ministro de Defensa y puestos a disposición del Organismo Autónomo Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa para, previa depuración física y jurídica de los mismos, proceder a su enajenación. El Real Decreto 1687/2000, de 6 de octubre, que aprueba el Estatuto de dicho Organismo incorpora, como no podía ser de otro modo, la regulación legal, siendo ejemplo de ello, en lo que ahora importa, los artículos 18 y 19 del mismo.

La vigencia de este régimen especial en relación con la administración y disposición de bienes inmuebles por parte del Ministerio de Defensa se ha mantenido por la disposición adicional séptima de la LPAP, que lleva por rúbrica "Bienes afectados al Ministerio de Defensa y Fuerzas Armadas"; y cuyo apartado 1 reza así: "El régimen jurídico patrimonial del organismo autónomo 'Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa' se regirá por su normativa especial, aplicándose supletoriamente esta Ley. No obstante, la vigencia del régimen especial de gestión de los bienes inmuebles afectados al Ministerio de Defensa establecido en las normas reguladoras del organismo se extinguirá transcurridos 15 años desde la entrada en vigor de esta Ley".

Sin embargo, y como seguidamente se expone, la aplicación preferente de ese régimen especial de desafectación y alienabilidad del bien por el hecho de estar afectado al Ministerio de Defensa no es óbice para tener en cuenta al mismo tiempo la existencia de una condición específica para la cesión del bien al Ministerio de Marina en el año 1962, con el fin de construir sobre el mismo la Comandancia de Marina. Esta condición, reflejada en el acta y en el Registro de la Propiedad, consiste en que, cualquier cambio en la afectación del

bien para otro servicio del Estado requiere la conformidad del Ministerio de Obras Públicas (condición 3ª).

Siendo ello así, una vez desafectado el bien al servicio para el que estaba destinado por el Ministro de Defensa y declarada su alienabilidad, la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento del Ministerio de Defensa, competente para esa enajenación, comunicará previamente la desafectación del bien al Ministerio de Economía y Hacienda que, como indica el artículo 71.seis, in fine, de la Ley 50/1998 y el artículo 19.1.c) del Real Decreto 1687/2000, podrá optar por mantener los bienes en el Patrimonio del Estado para afectarlos a cualquier otro servicio de la Administración o de sus Organismos públicos, previa tramitación de la correspondiente compensación presupuestaria a favor de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa.

Ahora bien, antes de afectar el bien a otro servicio de la Administración o de sus Organismos públicos, como podría ser el servicio de seguridad ciudadana, con el establecimiento en el edificio construido en la parcela de una comisaría de policía, el Ministerio de Economía y Hacienda, en este caso concreto y por mor de lo prevenido en la condición 3ª) del documento de cesión de 25 de abril de 1962, tendría que recabar la conformidad del Ministerio de Fomento, sucesor del Ministerio de Obras Públicas.

El citado Ministerio podría, en primer término, no oponerse a un hipotético cambio de afectación de esa parcela a favor del Ministerio del Interior, con lo que quedaría ya abierta la posibilidad de que el Ministerio de Economía y Hacienda pudiera afectar la misma, previa la oportuna compensación a favor de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa, al citado Ministerio del Interior con objeto de establecer en la misma la comisaría de policía, de acuerdo todo ello ya con la LPAP (artículos 65 y siguientes).

El Ministerio de Fomento podría, en segundo lugar, mostrarse partidario de que la parcela volviera a estar afecta a los servicios portuarios, como lo estuvo ya con anterioridad al año 1962. En este caso, siendo un bien patrimonial del Estado, el Ministerio de Economía y Hacienda y previa también la oportuna compensación a la Gerencia indicada (no debe haber diferencia en este sentido, a los efectos prevenidos en el artículo 19.1.c) del Real Decreto 1687/2000, en función de que el bien se afecte a un servicio propio del Ministerio del Interior o se adscriba a esa Autoridad Portuaria para el cumplimiento de sus fines), debería adscribir el bien a la Autoridad Portuaria, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 47 de la Ley 48/2003.

En efecto, según el apartado 1 de este artículo, “los bienes patrimoniales del Estado que se adscriban a los organismos públicos portuarios y estén afectados a su servicio, conservarán su calificación jurídica originaria, debiendo utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines determinantes de su afectación o adscripción. Los organismos públicos portuarios podrán ejercer en cualquier momento respecto de estos bienes, las facultades de administración, defensa, policía, investigación, deslinde y recuperación posesoria que otorga a la Administración del Estado la Ley de Costas”.

Para determinar el exacto alcance de ese precepto, es necesario acudir a las normas generales reguladoras de la adscripción de bienes en la LPAP, más concretamente, al artículo 73 de la misma, en el que se establece que “los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscritos a los organismos públicos dependientes de aquélla para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción llevará implícita la afectación del bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público. Igualmente, los bienes y derechos propios de un organismo público podrán ser adscritos al cumplimiento de fines propios de otro. La adscripción no alterará la titularidad sobre el bien”.

De la interpretación conjunta de ambos preceptos se llega a la conclusión de que la parcela y edificio a que se refiere este informe, una vez desafectado el inmueble por el Ministerio de Defensa y convertido en bien patrimonial del Estado, conservando su calificación originaria

como bienes del Estado, pueden ser adscritos a la Autoridad Portuaria de Castellón para su vinculación directa a un servicio portuario de su competencia.

En este supuesto –adscripción del inmueble a dicha Autoridad Portuaria para su vinculación directa a un servicio portuario–, el bien pasaría a integrarse en el dominio público portuario, cumpliéndose así, además, con la previsión contenida al efecto en el Plan de utilización de los espacios portuarios del Puerto de Castellón, aprobado por Orden FOM/1273/2003, de 30 de abril, donde se dispone que “Igualmente, a fin de evitar la discontinuidad de la zona de servicio del puerto se entienden incluidos dentro de su perímetro los terrenos correspondientes a los edificios de la Comandancia de Marina y de Aduanas. No obstante, estos bienes continuarán destinados a los servicios a los que en la actualidad se encuentran afectados, y no se incorporarán al dominio público portuario hasta que se produzca la desafectación de su actual destino conforme a las normas aplicables”.

Una vez integrado el bien en el dominio público portuario, no existiría tampoco inconveniente legal alguno para que pudiera autorizarse, por parte de la Autoridad Portuaria de Castellón, al Ministerio del Interior el establecimiento en el mismo de una comisaría de policía, previa la oportuna solicitud por parte de ese Departamento ministerial a dicha entidad pública, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 95.3 de la Ley 48/2003, suscribiendo, acto seguido, el correspondiente convenio en el que habrían de establecerse las condiciones de la autorización. Lo mismo puede decirse en el caso de que fuera un entidad local la que precisase la utilización de esa parcela del dominio público portuario, como sigue diciendo el mismo artículo 95.3 de la ley 48/2003.

Es más, dadas las peculiares circunstancias de ubicación del bien en la zona de servicio del puerto de Castellón que no hacen aconsejable la existencia dentro del mismo de parcelas de propiedad privada, la no afectación del bien a un servicio de la Administración o de sus Organismos públicos, no sería obstáculo, antes de una hipotética venta del mismo a un particular por parte de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa, de acuerdo con los artículos 19 y siguientes del Real Decreto 1687/2000, para una posible cesión gratuita del bien por parte del Ministerio de Economía y Hacienda de acuerdo con lo previsto en los artículos 145 y siguientes de la LPAP, a la Comunidad Autónoma, Ayuntamiento de Castellón o fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La parcela ocupada por el edificio de la Comandancia Militar de Marina de Castellón, sita en la zona de servicio del puerto tiene, desde el año 1962, la consideración de bien de dominio público del Estado afecto a los servicios propios del Ministerio de Defensa.

Segunda.- La supresión de la Comandancia Militar de Marina determina la desafectación del inmueble al servicio público a que estaba destinado, correspondiendo formalmente acordar la desafectación y alienabilidad del citado bien al Ministro de Defensa, al tener afectado el mismo a dicho Departamento ministerial, de acuerdo con el artículo 71 de la Ley 50/1998 y 18 del Real Decreto 1687/2000.

Tercera.- La hipotética enajenación del bien por parte de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa, de acuerdo con las citadas normas, exige que esta última comunique previamente la desafectación del bien al Ministerio de Economía y Hacienda, pudiendo este Ministerio optar por mantener los bienes en el Patrimonio del Estado para afectarlos a cualquier otro servicio de la Administración o de sus Organismos públicos, previa tramitación de la correspondiente compensación presupuestaria a favor de la Gerencia indicada.

Cuarta.- El Ministerio de Economía y Hacienda, antes de acordar la afectación del bien a cualquier otro servicio de la Administración o de sus Organismos públicos, debe recabar la conformidad del Ministerio de Fomento, sucesor del Ministerio de Obras Públicas, en cumplimiento de lo dispuesto en la condición 3ª del documento de cesión del bien al entonces Ministerio de Marina de 25 de abril de 1962, inscrito en el Registro de la Propiedad.

Quinta.- Si el Ministerio de Fomento no se opusiese a la afectación del inmueble en cuestión al Ministerio del Interior para la instalación de una comisaría de policía, previa tramitación de la oportuna compensación a favor de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa, el Ministerio de Economía y Hacienda podría afectar el bien al Ministerio del Interior para ese fin, de acuerdo con los artículos 65 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Sexta.- Si, por el contrario, el Ministerio de Fomento se mostrase partidario de que la parcela volviera a quedar afectada a los servicios portuarios, el Ministerio de Economía y Hacienda, previa también la oportuna compensación a la indicada Gerencia, podría adscribir formalmente el bien a la Autoridad Portuaria de Castellón, de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 48/2003, pasando a integrarse el mismo en el dominio público portuario para el cumplimiento de los fines propios de esa Autoridad.

Séptima.- Una vez integrado el bien en el dominio público portuario, no existiría inconveniente legal alguno para que pudiera autorizarse por parte de la Autoridad Portuaria de Castellón al Ministerio del Interior el establecimiento en el mismo de una comisaría de policía, previa la oportuna solicitud formulada por parte de dicho Departamento ministerial a la citada entidad pública, con suscripción del oportuno convenio, de acuerdo todo ello con el artículo 95.3 de la Ley 48/2003.

Octava.- Dadas las peculiares circunstancias de ubicación del bien en la zona de servicio del puerto de Castellón, que no hacen aconsejable la existencia dentro del mismo de parcelas de propiedad privada, la no afectación del bien a un servicio de la Administración o de sus Organismos públicos, no sería obstáculo, antes de una hipotética venta del mismo, para una posible cesión gratuita del bien por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, de acuerdo con lo previsto en los artículos 145 y siguientes de la Ley 33/2003, a favor de la Comunidad Autónoma de Valencia, Ayuntamiento de Castellón o fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia.

62.- Informe sobre el procedimiento a seguir para desafectar del uso portuario una franja de terreno de la zona de servicio del puerto y afectarla, a su vez, a los fines de la Dirección General de Carreteras.

Resumen

Consulta sobre el procedimiento a seguir para desafectar del uso portuario una franja de terreno de la zona de servicio del puerto de Santander y afectarla, a su vez, a los fines de la Dirección General de Carreteras.

La operación descrita anteriormente constituye una mutación demanial de las previstas en el artículo 72.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, de aplicación al presente caso, ante el silencio de la legislación portuaria sobre este particular, correspondiendo acordarla a la Ministra de Economía y Hacienda a propuesta conjunta del Ministro de Fomento y del Presidente de la Autoridad Portuaria.

Ref.: A.G ENTES PÚBLICOS 1/10

Fecha: 1 de febrero de 2010

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 Presidente de Puertos del Estado sobre el procedimiento a seguir para desafectar del uso portuario una franja de terreno de la zona de servicio del puerto de Santander y afectarla, a su vez, a los fines de la Dirección General de Carreteras. La consulta citada tiene origen en una petición de informe de la Autoridad Portuaria de Santander a la Dirección de Servicios Jurídicos del ente público Puertos del Estado sobre ese particular.

En relación con dicha consulta y a la vista de las consideraciones realizadas en la misma, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

En la solicitud de informe formulada y ante la pregunta de la Autoridad Portuaria sobre la necesidad o conveniencia de tramitar en estos casos un expediente de mutación demanial o, alternativamente, tramitar un expediente de desafectación, se opta por el primero de ellos, añadiéndose que el procedimiento previsto sería el del artículo 72.4 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas ante la falta de legislación específica que regule estos supuestos.

No obstante, se indica a renglón seguido que la aplicación de la citada Ley exige la propuesta conjunta de la Autoridad Portuaria y de la Dirección General de Carreteras y la decisión de la Ministra de Economía y Hacienda, sin que el Ministro de Fomento, a pesar de ser el titular del Departamento del que dependen tanto el organismo portuario como el órgano destinatario de los bienes, tenga intervención alguna en el expediente. Por ello –se añade en el escrito de consulta–, y dado que la legislación sectorial portuaria establece la intervención del Ministro de Fomento en absolutamente todos los procedimientos relativos a la gestión del dominio público portuario, resulta paradójico que no tenga intervención alguna en este caso, por aplicación de la normativa supletoria.

Ante ello, se consulta a este Centro Directivo acerca de la posibilidad de aplicar a supuestos como el que acontece las previsiones del inciso primero del artículo 72.4 de la Ley 33/2003 (mutación de destino de bienes propios de un organismo público para el cumplimiento dentro del organismo de sus fines o servicios públicos), solicitándose que se analicen “las vías legales alternativas que pudieran posibilitar dicha intervención del Ministerio de Fomento, en expedientes de mutación

demanial de bienes públicos portuarios gestionados por las Autoridades Portuarias, para afectarlos a otros fines públicos.”

- II -

La adecuada respuesta a la cuestión suscitada en la consulta ha de comenzar necesariamente por la determinación del régimen jurídico patrimonial de las Autoridades Portuarias.

En este sentido, el artículo 35 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM), a cuyos apartados 1 y 2 dio nueva redacción la disposición final segunda. siete de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, después de configurar, en su apartado 1, a las Autoridades Portuarias como organismos públicos de los previstos en el apartado 6 del artículo 6 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (hoy artículo 2.1.g) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria) con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar que ajustan sus actividades al ordenamiento jurídico privado, incluso en las adquisiciones patrimoniales y contratación, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento le atribuya, establece en el último párrafo del apartado 2 lo siguiente:

“En cuanto al régimen patrimonial, se regirá por su legislación específica y, en lo no previsto en ella, por la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas.”

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), aprobada unas semanas antes que la Ley 48/2003, también se refiere al régimen patrimonial de las Autoridades Portuarias cuando, en su disposición adicional quinta. 1, estatuye que el régimen patrimonial 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.”

El artículo 9 de la LPAP comienza diciendo, en su apartado 1, que “el Patrimonio del Estado está integrado por el patrimonio de la Administración General del Estado y los patrimonios de los organismos públicos que se encuentren en relación de dependencia o vinculación con la misma.” El apartado 3 de ese mismo artículo, aunque se refiere sólo a la gestión, administración y explotación de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado que sean de titularidad de los organismos públicos, indicando que corresponderá a éstos, de acuerdo con lo señalado en sus normas de creación, organización y funcionamiento o en sus estatutos, realiza una llamada a la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, cuando termina diciendo... “con sujeción en todo caso a lo establecido para dichos bienes y derechos en esta ley.”

De lo expuesto se deduce con bastante claridad, en lo que al régimen patrimonial de las Autoridades Portuarias se refiere, la necesidad de tener presente, en primer término, su legislación específica y, en lo no previsto en ella, la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas. En este sentido 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 le sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta Ley...”

- III -

La legislación específica de las Autoridades Portuarias en materia patrimonial está constituida actualmente por el Capítulo V, Título II, de la Ley 48/2003 (artículos 46 a 50) que, bajo la rúbrica de “Régimen patrimonial,” se refiere con detalle al mismo, siendo oportuno, en un afán clarificador, diferenciar el distinto régimen jurídico de las diversas operaciones contenidas en esos preceptos y relacionadas con los bienes de los organismos públicos portuarios.

En primer lugar, el artículo 46 se refiere, como indica su rúbrica, al “Patrimonio propio de los organismos portuarios;” indicando, con un carácter muy general, que “para el cumplimiento de los fines que les son propios, las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado tendrán un patrimonio propio, formado por el conjunto de los bienes y derechos que el Estado les atribuya como propios, los que adquiera en el futuro por cualquier título o les sean cedidos o donados por cualquier persona o entidad”.

La dicción literal de este precepto permite afirmar que, para el cumplimiento de sus fines, los organismos portuarios tendrán un patrimonio propio o, lo que es lo mismo, dispondrán de un conjunto de bienes de su titularidad dominical, bien por atribución expresa del Estado, bien por adquisición por los propios organismos en virtud de cualquier título jurídico, o bien por cesión o donación de cualquier persona o entidad, sin que el precepto se refiera para nada a la afectación expresa de esos bienes al servicio público propio de los organismos portuarios, que será el destino normal de los mismos y que les convertirá en bienes de dominio público.

Los artículos 47 y 48 son ya mucho más precisos en lo que se refiere a alguna de las operaciones relacionadas con los bienes de los organismos públicos portuarios. En este sentido, el artículo 47, que lleva por rúbrica la de “Adscripción y afectación de bienes a los organismos públicos portuarios;” se refiere en concreto, en su apartado 1, a la adscripción de bienes patrimoniales del Estado a los organismos públicos portuarios.

La figura de la adscripción de bienes y derechos patrimoniales del Estado a organismos públicos dependientes del mismo está recogida con carácter general en el artículo 73 de la LPAP, según el cual “los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado podrán ser adscritos a los organismos públicos dependientes de aquélla para su vinculación directa a un servicio de su competencia, o, para el cumplimiento de sus fines propios. En ambos casos, la adscripción llevará implícita la afectación de bien o derecho, que pasará a integrarse en el dominio público. La adscripción no alterará la titularidad sobre el bien.” Por su parte, el artículo 75 añade que los bienes y derechos deberán destinarse al cumplimiento de los fines que motivaron su adscripción.

El artículo 47.1 de la Ley 48/2003 se refiere precisamente a esa adscripción, señalando que “los bienes patrimoniales del Estado que se adscriban a los organismos públicos portuarios y estén afectados a su servicio, conservarán su calificación jurídica originaria, debiendo utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines determinantes de su afectación o adscripción,” lo que, en línea con lo señalado en los artículos 73 y 75 de la LPAP, determina que los bienes patrimoniales del Estado adscritos a las Autoridades Portuarias, a pesar de mantener su calificación jurídica originaria como bienes del Estado, se integren en el dominio público portuario, al quedar afectos implícitamente a servicios propios de los organismos portuarios que, como es lógico, deben utilizarlos exclusivamente para el cumplimiento de los fines determinantes de su afectación o adscripción.

El apartado 1 del artículo 47 de la Ley 48/2003 termina, en línea con lo que señala el artículo 76 de la LPAP, con una referencia al ejercicio por los organismos públicos portuarios, respecto de esos bienes, de las facultades de administración, defensa, policía, investigación, deslinde y recuperación posesoria que otorga a la Administración del Estado la Ley de Costas (artículos 10 a 16 de la misma).

Nada se dice en el artículo 47.1 acerca del procedimiento que debe seguirse para realizar esa adscripción de bienes del Estado, lo cual no plantea problema alguno, ni siquiera de supletoriedad, pues, tratándose de bienes patrimoniales del Estado, habrá que tener en cuenta simplemente lo dispuesto en el artículo 74 de la LPAP. Sin embargo, aunque la diferencia no es significativa y no resulte fácil interrelacionar ambos apartados, el mismo artículo 47.2 señala, entre otras cosas, que la adscripción de nuevos bienes patrimoniales (se entiende, en principio, del Estado) se efectuará singularmente por el Ministerio de Hacienda (hoy Economía y Hacienda) a propuesta del Ministerio de Fomento,

La segunda referencia específica a la materia patrimonial en la legislación portuaria (de aplicación en todo caso preferente) se contiene en el propio artículo 47 de la Ley 48/2003. El apartado

2 de este precepto se refiere al cambio de afectación de bienes de dominio público estatal a favor de los organismos públicos portuarios, así como a la adscripción de nuevos bienes patrimoniales a los repetidos organismos.

Teniendo en cuenta que la afectación, según el artículo 65 de la LPAP, determina la vinculación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público y su consiguiente integración en el dominio público, el cambio de afectación de bienes de dominio público estatal a favor de los organismos públicos portuarios (se entiende que ello es para quedar afectos a servicios propios de los mismos) supone en la práctica una mutación demanial en la que interviene, por un lado, la Administración del Estado, como cedente, y, por otro lado, los organismos públicos portuarios, como cesionarios.

Pues bien, para este caso, así como para la adscripción de nuevos bienes patrimoniales del Estado, el apartado 2 del artículo 47 indica que se efectuará singularmente por el Ministerio de Hacienda (hoy Economía y Hacienda), a propuesta del Ministerio de Fomento, con la única excepción, recogida en el propio precepto, de que estos nuevos bienes procedan de la ejecución por dichas entidades de nuevas obras e instalaciones o sean adquiridos en el desarrollo de sus actividades, o mediante la aprobación del plan de utilización de los espacios portuarios, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 de la Ley.

Es de resaltar, que el artículo 72 de la LPAP prevé, también con carácter general, que la mutación de destino de bienes inmuebles de la Administración del Estado o afectos al cumplimiento de fines o servicios de ésta compete al Ministro de Hacienda (hoy Economía y Hacienda), correspondiendo la incoación e instrucción del procedimiento a la Dirección General del Patrimonio del Estado, a iniciativa propia o a propuesta del departamento u organismo interesado.

Por último, el artículo 48 de la Ley 48/2003 se refiere a otra operación patrimonial específica del ámbito portuario y con un tratamiento singular en esa ley cual es la desafectación de bienes de dominio público adscritos a las Autoridades Portuarias. La figura de la desafectación de los bienes y derechos de dominio público, en general, encuentra su acomodo en el artículo 69 de la LPAP, según el cual los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación por dejar de destinarse al uso general o al servicio público, para terminar diciendo que, salvo en los supuestos previstos en esta Ley, la desafectación deberá realizarse siempre de forma expresa

Desde el punto de vista procedimental, más concretamente, desde el punto de vista de la competencia para la desafectación no hay diferencia entre la regla de competencia que establece el artículo 48 de la Ley 48/2003 y la regla de competencia que establece el artículo 70.3 de la LPAP. En efecto, según el artículo 48 de la Ley 48/2003, la desafectación corresponde al Ministro de Fomento, a propuesta de Puertos del Estado, previa declaración de innecesariedad por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria e informe de la Dirección General de Costas, sobre las características físicas de dichos bienes a efectos de la protección y defensa del dominio público marítimo terrestre. Por su parte, el artículo 70.3 de la LPAP dispone que “los bienes y derechos demaniales de titularidad de los organismos públicos que éstos tengan afectados para el cumplimiento de sus fines serán desafectados por el Ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su Presidente o Director”.

Las reglas expuestas, recogidas en los artículos 47 y 48 de la Ley 48/2003, son las reglas especiales de la legislación específica de puertos y, según lo dicho, de preferente aplicación en la gestión patrimonial a realizar por las Autoridades Portuarias. Para el resto de las cuestiones relacionadas con la gestión patrimonial es necesario tener en cuenta las previsiones de la legislación del patrimonio de las Administraciones Públicas por mor de lo dispuesto en el artículo 35.2 de la LPMM y en el artículo 5.4 de la LPAP.

Ello hace necesario ya analizar la naturaleza jurídica concreta de la operación que ha dado lugar a esta consulta, consistente en la desafectación del uso portuario de una franja de terreno ubicada en la zona de servicio del puerto de Santander para afectarla, a su vez, a los fines propios de la Dirección General de Carreteras.

Es evidente que la franja de terreno en cuestión tiene la consideración de bien de dominio público portuario, ya se trate de una bien de titularidad del Estado o de la propia Autoridad Portuaria afecto en ambos casos al servicio portuario y que, por ser innecesario y previa desafectación del mismo, no se va a integrar en el patrimonio de la Autoridad Portuaria (lo que podía haber determinado la aplicación de las previsiones del artículo 48 de la Ley 48/2003), sino que, de forma simultánea, va a afectarse a un uso público distinto y propio de la Dirección General de Carreteras. En definitiva, lo que se ha producido, tal y como se indica en la solicitud de informe, es una mutación demanial. Con el término mutación demanial se está aludiendo a aquellos casos en los que un bien perteneciente al dominio público es afectado a un fin público distinto de aquél al que venía sirviendo, lo que justifica su continuación dentro del dominio público. En un sentido amplio, la mutación comprende los casos en que el bien se transfiere de una a otra entidad administrativa o de un órgano administrativo a otro, manteniéndose el fin público, bien que sea distinto de aquél al que venía sirviendo.

En el presente caso, resulta clara esa mutación demanial, pues se desafecta un bien de dominio público portuario, gestionado por la Autoridad Portuaria de Santander, del fin al que venía sirviendo y simultáneamente se afecta a un fin distinto y propio de un órgano de la Administración General del Estado, más concretamente, del Ministerio de Fomento, del que depende la Dirección General de Carreteras.

Siendo ello así, lo primero que hay que constatar es, como también se indica en la consulta, la inexistencia en la legislación específica de puertos de norma alguna que regule, las mutaciones demaniales, lo que obliga necesariamente a acudir a la legislación patrimonial.

En este sentido, el artículo 71 de la LPAP comienza definiendo la mutación demanial como “el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del Patrimonio del Estado, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella” (apartado 1), añadiendo el apartado 2 de ese mismo precepto que “las mutaciones demaniales deberán efectuarse de forma expresa, salvo lo previsto en el apartado siguiente para el caso de reestructuración de órganos”.

Pues bien, aunque una primera lectura del artículo 71.1 de la LPAP pudiera dar a entender que sólo es posible la mutación demanial de un bien o derecho de la Administración del Estado, mediante desafectación del uso o servicio público a que estaba destinado y simultánea afectación a otro uso o servicio público, del artículo 72.4 del mismo texto legal se desprende claramente que es posible también la mutación de destino de los bienes y derechos demaniales propios o adscritos a un organismo público, cumpliendo, lógicamente, las previsiones legales.

El apartado 4 del artículo 72 distingue dos situaciones totalmente distintas que, a juicio de este Centro Directivo, no son intercambiables entre sí:

1) En primer lugar, la mutación demanial de bienes y derechos dentro de un mismo organismo público. En este caso, en el que el bien en cuestión, sin salir del organismo, cambia su destino, la mutación demanial ha de acordarse por el Ministro titular del Departamento del que dependa el organismo público a propuesta del Presidente o Director de este último (artículo 72.4, inciso primero, de la LPAP). En consecuencia, de efectuarse una mutación demanial dentro de la Autoridad Portuaria de Santander, dicha mutación habría de acordarse por el Ministro de Fomento a propuesta del Presidente de la Autoridad Portuaria.

2) En segundo lugar, la mutación demanial de bienes o derechos entre organismos públicos o entre un organismo público y un órgano de la Administración del Estado (artículo 72.4, inciso segundo, de la LPAP). Este segundo supuesto se desdobra, a su vez, en otros dos:

- a) Mutación demanial de bienes o derechos entre dos organismos o entidades públicas dependientes de la Administración del Estado. En este primer caso la mutación demanial ha de ser acordada por el Ministro de Economía y Hacienda a propuesta conjunta de los dos organismos o entidades públicas, debiendo entenderse que la propuesta de los organismos públicos interesados corresponde a los Presidentes o Directores de los mismos, y ello por aplicación analógica de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 72.4 de la LPAP
- b) Mutación demanial de bienes o derechos entre un organismo o entidad pública dependiente de la Administración del Estado y un órgano de esta Administración. En este segundo supuesto la mutación demanial ha de ser acordada por el Ministro de Economía y Hacienda, debiendo entenderse que la propuesta del organismo o entidad pública corresponde, según lo indicado antes, a su Presidente o Director y que, aunque el artículo 72.4, inciso segundo, no lo establezca, corresponde formular la propuesta al Ministro titular del Departamento del que depende el órgano administrativo a cuyos fines o servicio se va a afectar el bien o derecho, y ello en razón de que, equivaliendo la propuesta de afectación del bien o derecho a los fines o servicios del órgano de que se trate de su Departamento a la solicitud de afectación, el artículo 13.4 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado señala como competencia de los Ministros la de solicitar del Ministerio de Economía y Hacienda la afectación de los inmuebles necesarios para el cumplimiento de los fines a su cargo.

Este último supuesto es el caso sometido a consulta, pues se trata de una desafectación de un bien demanial de la Autoridad Portuaria de Santander seguida de la simultánea afectación del mismo para el cumplimiento de sus fines a un órgano de la Administración General del Estado, cual es la Dirección General de Carreteras. En consecuencia, y a la vista de lo dicho, la competencia para acordar la mutación corresponde a la Ministra de Economía y Hacienda, a propuesta conjunta del Presidente de la Autoridad Portuaria de Santander y del Ministro de Fomento como titular del Departamento ministerial del que la Dirección General de Carreteras, a través de la Secretaría General de Infraestructuras, no es más que un órgano directivo (artículo 3 del Real Decreto 1037/2009, que modifica y desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Fomento).

La solución a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior resulta del régimen jurídico dispuesto en la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, esto es, en la LPAP a la que es necesario acudir, como se ha dicho dado el silencio de la legislación portuaria en este punto, advirtiéndose notorias diferencias en materia de competencia para acordar la mutación demanial en función de que ésta tenga lugar dentro del mismo organismo o entidad pública o, por el contrario, como aquí acontece, cuando la mutación demanial tiene lugar entre un organismo público dependiente de la Administración del Estado y un órgano de esta Administración sea para el cumplimiento de fines o servicios de otro organismo o de la Administración General del Estado. En este último caso, aunque el bien demanial sea un bien de dominio público portuario gestionado por las Autoridades Portuarias, sólo será necesaria la intervención del Ministro de Fomento (en la propuesta) si su nuevo destino fuese un órgano de la Administración General del Estado dependiente del Ministerio de Fomento y no cuando se tratase de un órgano dependiente de otro Departamento Ministerial.

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

CONCLUSIÓN

La desafectación de una franja de terreno de la zona de servicio del puerto de Santander y su simultánea afectación a los fines de la Dirección General de Carreteras constituye una mutación demanial de las previstas en el artículo 72.4, inciso segundo, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que, por razón de las consideraciones expuestas en el apartado IV del presente informe, corresponde acordar a la Ministra de Economía y Hacienda a propuesta conjunta del Ministro de Fomento y del Presidente de la Autoridad Portuaria de Santander.

63.- Informe sobre la posibilidad de adjudicación de una concesión a una sociedad, en la que una Autoridad Portuaria participa en un 20%, a la vista de la redacción del artículo 50.1 de la Ley 48/2003, hoy 46.1 del TRLPEMM.

Resumen

Consulta sobre la posibilidad de adjudicar la concesión para la adecuación de la Estación Marítima y la instalación de una pasarela móvil en el muelle 2 y explotación del conjunto a favor de la sociedad X, S.A., sociedad en la que la Autoridad Portuaria de Málaga participa en un 20% a la vista de la redacción vigente del artículo 50.1 de la Ley 48/2003, hoy 46.1 del Texto Refundido de la Ley del Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

Las Autoridades Portuarias pueden participar en el capital de las sociedades concesionarias de espacios demaniales donde se presten o puedan prestarse servicios portuarios cuando exista insuficiencia de iniciativa privada para su prestación ya que de otra forma no podría garantizarse la prestación de los servicios portuarios, al no poder la sociedad prestadora obtener la concesión demanial de los espacios inherentes a la prestación de ese servicio. Carácter excepcional de esa participación, a la luz del artículo 109.3 del TR, por un máximo de cinco años seguida de la necesaria desinversión, a fin de que la actividad portuaria pueda desarrollarse cuanto antes en un marco de libre competencia.

Ref.: A.G SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 25/11

Fecha: 24 de noviembre de 2011

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 Málaga sobre la posibilidad de adjudicar la concesión para la adecuación de la Estación marítima y la instalación de una pasarela móvil en el muelle 2 y explotación del conjunto a favor de la sociedad X, S.A., sociedad en la que la Autoridad Portuaria de Málaga participa en un 20%, a la vista de la redacción vigente del artículo 50.1 de la Ley 48/2003, hoy 46.1 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.

Este Centro Directivo muestra plena conformidad con el proyecto de informe (habrá que sustituirse, no obstante, las referencias normativas de la Ley 48/2003 por las del actual TRLPEMM) y en especial con las conclusiones del mismo.

En este sentido, en virtud de los acertados razonamientos contenidos en el proyecto de informe, resulta evidente que la prohibición de que las Autoridades Portuarias puedan participar en sociedades concesionarias de espacios demaniales donde se presten o puedan prestarse servicios portuarios, establecida en el artículo 50.1, párrafo primero, último inciso, de la Ley 48/2003, hoy 46.1, primer párrafo, último inciso, del TRLPEMM, no debe entenderse en términos absolutos, sino que debe interpretarse en el contexto de ese apartado y considerarse que concurre igualmente la excepción prevista en el precepto para participar en sociedades prestadoras, en este caso, del servicio portuario de pasaje, cuando exista insuficiencia de iniciativa privada para su prestación, pues, de entenderse en términos absolutos la prohibición, no podría garantizarse la prestación de los servicios portuarios, al no poder la sociedad prestadora obtener la concesión demanial de los espacios inherentes a la prestación de ese servicio.

En las circunstancias actuales de insuficiencia de la iniciativa privada y existencia de un solo prestador del servicio, resulta bastante obvio que, para que el titular de la licencia pueda prestar en las debidas condiciones el servicio, es necesario que se le otorgue de forma directa (en este sentido el artículo 83 a) del TRLPEMM, considera este caso uno de los supuestos de adjudicación directa de la concesión) el correspondiente título de ocupación privativa del dominio público necesario al efecto.

Ahora bien, se quiere recordar de nuevo, como hace también la Abogacía del Estado en Málaga, que la participación de la Autoridad Portuaria de Málaga en el capital de la sociedad prestadora del servicio, X, S.A., aun cuando sea también concesionaria de la Estación Marítima de Levante, es excepcional, como así se indica en el artículo 109.3 del TRLPEMM, por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, debiendo tenerse presente el compromiso asumido por la Autoridad Portuaria, el 1 de agosto de 2007, paralelamente a la elevación a escritura pública del acuerdo de constitución de la sociedad en la que participa dicha entidad pública, de mantener su participación durante 5 años y la necesaria desinversión que debe realizar a medio plazo, como ha indicado siempre Puertos del Estado en los informes que ha ido emitiendo al amparo de lo establecido en el artículo 50 de la Ley 48/2003, hoy 46 del TRLPEMM. Todo ello con el fin de que la actividad portuaria, como dice el artículo 104 de este último texto legal, pueda desarrollarse cuanto antes en un marco de leal y libre competencia entre los operadores de servicios en los puertos de interés general.

64.- Informe sobre diversas cuestiones relativas a la solicitud de autorización de uso presentada por la Generalitat valenciana para la celebración del Gran Premio de Fórmula 1 sobre determinados espacios integrados en el patrimonio público del Consorcio Valencia 2007 (bienes demaniales adscritos por la Autoridad Portuaria).

Resumen:

Consulta sobre la propuesta de informe del Abogado del Estado coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el Consorcio Valencia 2007, sobre diversas cuestiones relativas a la solicitud de autorización de uso presentada por la Generalitat Valenciana para la celebración del Gran Premio de Fórmula 1 (edición de 2011), sobre determinados espacios integrados en el patrimonio público sujeto a la competencia del citado Consorcio. Confirmación de criterio respecto a las cuestiones examinadas en la propuesta de informe: 1) falta de legitimación de la Generalitat para solicitar la autorización, por no ser la entidad promotora del evento, y necesidad de solicitar, en trámite de subsanación, que acredite la representación con la que, en su caso, actúa en nombre y representación de las dos sociedades (pública y privada) organizadoras del Gran Premio; 2) Competencia del Consorcio para conceder o denegar autorizaciones sobre los bienes demaniales adscritos por la Autoridad Portuaria; 3) Sujeción de las entidades promotoras al pago de tasas portuarias, por no ser aplicable ninguno de los supuestos de exención previstos en los artículos 8.1 y 8.2 de la Ley 48/2003

Referencia: A.G. ENTES PÚBLICOS 49/11 (R- 590/11)

Fecha: 1 de junio de 2011

Ponente: Raquel Ramos Vallés

Texto del informe

Examinada, 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 propuesta de informe sobre diversas cuestiones relativas a la solicitud de autorización de uso presentada por la Generalitat Valenciana para la celebración del Gran Premio de Fórmula 1 (edición de 2011) sobre determinados espacios integrados en el patrimonio público sujeto a la competencia del Consorcio Valencia 2007, este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos:

- I -

En la propuesta de informe que se eleva a consulta se examinan, a instancia del Consorcio Valencia 2007, las siguientes cuestiones:

1. Determinación de los sujetos beneficiarios de la autorización que, en su caso, otorgue el Consorcio Valencia 2007.

La solicitud de autorización se formula por el Conseller de Economía y Hacienda en nombre y representación de la Generalitat Valenciana, quien no es promotora del Gran Premio de Fórmula 1 al que la autorización se refiere. Teniendo en cuenta que los sujetos organizadores del evento son la sociedad Proyectos Temáticos de la Comunidad Valenciana, S.A.U (sociedad mercantil íntegramente participada por la Generalitat Valenciana) y la entidad Valmor Sports, S.L., se concluye en la propuesta de informe la falta de legitimación de la Generalitat para solicitar la autorización de continua referencia, autorización que han de solicitar y obtener las dos mercantiles promotoras del evento, que son quienes procederían a la ocupación y uso del patrimonio público y quienes, a tal efecto, han de obtener previamente el correspondiente título habilitante (artículos 84.1 de la Ley 33/2003,

de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y artículos 28.1 y 100.1 de la Ley 48/2003, de 26 de octubre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general), sin que pueda presumirse que la autorización que solicita la Generalitat será luego transferida por ésta a las dos sociedades promotoras, dado el carácter personal e intransmisible de las autorizaciones (artículo 92.2 de la LPAP y 100.4 de la Ley 48/2003).

Por todo ello, se concluye en este punto que “la autorización, de otorgarse, sólo puede darse en beneficio de las entidades promotoras del Gran Premio de Fórmula 1, y no a la Generalitat, que no forma parte de los contratos de organización”.

2. Régimen jurídico aplicable a dicha autorización.

Se distinguen aquí en la propuesta de informe dos supuestos:

a) Bienes y espacios cuyo uso y explotación ha sido adscrito al Consorcio Valencia 2007 por la Autoridad Portuaria de Valencia (APV), en virtud de un Convenio celebrado en 2005 al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.3 de la Ley 48/2003, y prorrogado en ejercicios posteriores: conforme al artículo 76 de la LPAP corresponde al Consorcio Valencia 2007 el ejercicio de las competencias demaniales sobre dichos bienes, por lo que es el Consorcio quien ha de conceder o denegar la autorización en cuestión. Las prórrogas al citado Convenio de 2008 y 2009 recogen menciones específicas a la entidad Valmor Sports, S.L. y al Gran Premio de Fórmula 1, viniendo el Consorcio obligado a establecer, en lo sucesivo, las mismas condiciones que se recogieron en la autorización que la Autoridad Portuaria concedió a la mercantil Valmor el 24 de abril de 2008.

Por todo ello, se concluye en este punto que “la autorización sobre espacios cedidos por la APV debe sujetarse a las condiciones de la Ley 48/2003 por recaer sobre el dominio público portuario, y respetar las condiciones que en idéntica situación ha otorgado previamente la APV”.

b) Bienes que integran el patrimonio público del Consorcio Valencia 2007: la propuesta de informe concluye a este respecto que “la competencia de la Comisión Delegada se contrae a la autorización de actividades en los bienes solicitados, pero no cabe la cesión para el uso o explotación por terceros, por corresponder al Consejo Rector”.

3. Derecho del solicitante a la exención de las tasas portuarias: en la propuesta de informe se considera que no son aplicables a las sociedades promotoras del evento ninguna de las exenciones previstas para el pago de la tasa por ocupación del dominio público portuario (artículo 8.1 de la Ley 48/2003) y de la tasa por actividad (artículo 8.2. del citado texto legal), por lo que procede su exigibilidad, siendo un precedente significativo que la Autoridad Portuaria de Valencia ya girase a la mercantil Valmor Sports, S.L. dichas tasas en la autorización concedida el 24 de abril de 2008 para idéntico supuesto al que se examina (primera edición del Gran Premio de Fórmula 1).

- II -

Examinada la propuesta de informe que se eleva a consulta, este Centro Directivo confirma las conclusiones que en la misma se formulan, formulando, no obstante, la siguiente precisión respecto de la primera de las cuestiones examinadas.

Aunque en la propuesta de informe se concluye en la improcedencia de que la autorización de uso y ocupación se solicite y obtenga por la Generalitat Valenciana, al no ser dicha Administración, sino dos sociedades mercantiles con personalidad jurídica propia y distinta de la citada Generalitat quienes promueven el evento, en la consideración Primera, in fine, de la propuesta de informe se admite que, en aras del principio pro actione, el Consorcio 2007 pueda entender que, en el presente caso, la Generalitat actúa por cuenta y en nombre de las

dos sociedades promotoras del evento, y proceder a otorgar, si así lo deciden los órganos competentes, la autorización a favor de las sociedades referidas.

A juicio de este Centro Directivo, la anterior solución plantea problemas jurídicos (al constar expresamente en el escrito de solicitud que el interviniente actúa en nombre y representación de la Generalitat, y al no constar en modo alguno el título en cuya virtud podría entenderse que la Generalitat actúa en nombre y representación no ya de una sociedad pública íntegramente participada por la propia Comunidad Valenciana, sino de una entidad mercantil enteramente privada como es la sociedad Valmor Sports S.L.), y puede plantear también problemas prácticos (v.g., determinación del sujeto pasivo al que han de girarse las correspondientes tasas) si, como consecuencia de lo anterior, no resulta perfectamente acreditada la persona en quien recae la condición de solicitante y de beneficiaria de la autorización.

Por ello, la aplicación del principio *pro actione* aconsejaría comunicar a la Generalitat que, en el actual estado de tramitación del procedimiento, procedería desestimar su solicitud por no ser dicha Administración la promotora del evento ni estar, en consecuencia, legitimada para solicitar y obtener la correspondiente autorización, ofreciéndole, no obstante, trámite de subsanación para que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (“para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado...”), la Generalitat acredite, en su caso, la representación con la que actúa, advirtiendo expresamente que, de no acreditarse dicha representación en forma, su solicitud habrá de ser denegada y deberán formular nueva solicitud las dos sociedades promotoras del evento (o una de ellas, actuando en nombre y representación de la otra)

65.- Informe sobre la procedencia de que se satisfaga la compensación presupuestaria prevista en el artículo 71 de la Ley 50/1998, por razón de una transferencia de un inmueble de la Comandancia Militar de Marina a una Autoridad Portuaria.

Resumen

Consulta sobre la procedencia de que se satisfaga la compensación presupuestaria prevista en el artículo 71 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, pro razón de la transferencia de la Comandancia Militar de Marina de Cádiz a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz. Exposición de la doctrina mantenida por el Consejo de Estado a propósito de la Ley 28/1984, de 31 de julio -procedente del artículo 71 de la Ley 50/1998- concluyéndose que procedería el abono de la compensación presupuestaria si la aludida Comandancia estuviese afectada exclusiva o principalmente al servicio de la Defensa y no se hubiese estado afectada a funciones de marina mercante.

Ref.: A.G DEFENSA 1/12

Fecha: 21 de Marzo de 2012

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la procedencia de que se satisfaga la compensación presupuestaria prevista en el artículo 71 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, por razón de la transferencia de la Comandancia Militar de Marina de Cádiz a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz. En relación con dicha consulta este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

El escrito de consulta expone que “la procedencia de la compensación presupuestaria por la transferencia de la antigua Comandancia Militar de Marina de Cádiz a la Autoridad Portuaria de la Bahía de Cádiz, pudiera ampararse en las consideraciones jurídicas puestas de manifiesto en el Dictamen núm. 3.511/1999, de 3 de febrero de 2000, del Consejo de Estado, sobre las transferencias de las antiguas Comandancias y Ayudantías Militares de Marina previstas en la Disposición Transitoria Octava de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante...”

Así las cosas, debe hacerse referencia a las consideraciones recogidas en el citado dictamen del Alto Cuerpo Consultivo, y ello con el fin de determinar su aplicabilidad supuesto a que se refiere el presente informe.

Pues bien, el dictamen del Consejo de Estado nº 3.511/1999, de 3 de febrero de 2000, sigue, reiterándola, la doctrina establecida por el propio Consejo de Estado en el dictamen 3.275/98, de 8 de octubre de 1998, en el que, a propósito de la procedencia de abonar la compensación presupuestaria que establecía la disposición final tercera de la Ley 28/1984, de 31 de julio, actualmente recogida en el apartado seis, párrafo último, del artículo 71 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se dice lo siguiente:

“A partir del estudio de tales acuerdos, cabe apuntar dos situaciones distintas de cambio de adscripción de bienes.

- a) La primera de ellas se refiere a aquellos bienes que han permanecido en todo momento destinados al mismo fin servicio (la aviación civil). En estos casos, propiamente no se

ha producido un cambio de afectación del destino público del bien, sino que ha permanecido inalterada la afectación del bien al mismo fin, por más que se haya producido un cambio en su adscripción, motivado por la asunción de competencias en lo relativo a dicho servicio de aviación civil por un Departamento distinto del que con anterioridad las venía ejerciendo. En tales supuestos, referidos básicamente a las instalaciones de los aeropuertos civiles, se ha considerado que no era procedente ninguna compensación económica, por entender que el cambio de adscripción se había producido *ope legis*, en virtud de las normas que otorgaron competencia en materia de aviación civil al entonces Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

- b) La segunda situación se refiere a aquellos casos en los que se produce un verdadero cambio de afectación del bien, antes destinado a fines de defensa (aviación militar), y en lo sucesivo al servicio de la aviación civil. En estos casos, es claro que el cambio de adscripción del bien no responde únicamente a la idea de modificación de la estructura competencial y orgánica de la Administración, esto es, a que un Ministerio suceda a otro en un conjunto de competencias, sino también a una mutación en el destino del bien. Por ello, se ha venido estimando que era preceptiva la compensación presupuestaria, tal y como prevé la disposición final tercera de la Ley 28/1984.

A juicio del Consejo de Estado, la diferenciación de ambos supuestos no es arbitraria sino coherente con la lógica de las instituciones, y con el régimen previsto en la Ley 28/1984, de creación de la Gerencia de Infraestructura de la Defensa.

En efecto, el artículo 2.4 de la Ley citada establece un procedimiento en relación a los bienes que 'dejen de ser necesarios para la defensa'. En estos casos, se prevé su enajenación, previa desafectación y declaración de inalienabilidad. La disposición final tercera, ya transcrita, contempla un supuesto particular, que, como tal, no puede ser entendido sin referencia a lo establecido en el citado artículo 2.4: cuando los bienes que han dejado de ser necesarios para la defensa puedan ser requeridos para otro servicio, en lugar de su enajenación se dispone su cambio de afectación previa compensación presupuestaria.

Como se pone de manifiesto con el estudio de ambos preceptos, la premisa para su aplicación es que se produzca un cambio en el fin público al que sirve el bien: éste 'deja de ser necesario para la defensa', por lo que puede ser destinado a otro servicio distinto. La previsión de su enajenación a título oneroso o de su cambio de afectación previa compensación presupuestaria, es coherente con el principio que inspira la Ley, esto es, el mantenimiento del valor del patrimonio de la Administración Militar, permitiendo, en los términos de su exposición de motivos, el 'aprovechamiento de los recursos disponibles' y satisfaciendo la 'necesidad de contar con medios propios'. Por ello, cuando el cambio de adscripción de un bien no responde a una alteración del destino del bien (esto es, a un verdadero cambio de afectación), sino a un cambio en la titularidad o ejercicio de una competencia, ni tiene sentido la compensación económica a la que alude la Ley 28/1984, ni resultan de aplicación los preceptos contenidos en ella. Y es que, en efecto, carecería de todo sentido y sería contrario al tenor y a la ratio de la referida Ley, que se previese una compensación económica por el cambio en adscripción de un bien que es consecuencia única de una sucesión en el ejercicio de una competencia.

El principio al que se hace alusión es el que se ha venido siguiendo hasta el momento, por más que su formulación no haya sido en todo momento clara, ni su aplicación se haya llevado a cabo con todo su rigor. Y es, a juicio del Consejo de Estado, y de acuerdo con las razones expuestas, el que ha de seguirse también en lo sucesivo. Su formulación puede sintetizarse mediante la diferenciación de los dos supuestos a los que se ha hecho amplia referencia:

- a) Cuando el cambio de adscripción de un bien, del Ministerio de Defensa a otro Departamento se debe exclusivamente a la asunción por parte de éste de competencias en materia de aviación civil, no es preceptiva ninguna compensación económica.
- b) Cuando el cambio de afectación entraña/ además, un cambio en el fin del bien, antes destinado exclusiva o principalmente a la aviación militar, y ahora a la civil, si que resulta plenamente aplicable la disposición final tercera de la Ley 28/1984.

En suma, para determinar si la referida Ley es o no de aplicación ha de estudiarse si el cambio de adscripción del bien responde a una transformación orgánica y competencial –en sí misma ajena al bien–, o si, por el contrario, responde a un cambio en el destino del bien (esto es, en su afectación a un servicio diferente).”

Expuesta, en lo que aquí interesa, la doctrina mantenida por el Consejo de Estado en su dictamen nº 3275/98, de 8 de octubre de 1998, el Alto Cuerpo Consultivo, hace aplicación de la misma a los inmuebles ocupados por las antiguas Comandancias y Ayudantías Militares de Marina en su citado dictamen 3511/1999, de 3 de febrero de 2000, en los siguientes términos:

“La doctrina transcrita es aplicable, a juicio del Consejo de Estado, al asunto ahora consultado. En su proyección sobre éste, implica el citado principio que la compensación presupuestaria prevista en el precepto ya transcrito, y más en general, la aplicabilidad de las reglas establecidas para la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa sólo tiene lugar cuando el cambio de adscripción de un inmueble en el que antes estaba situada una Comandancia o Ayudantía Militar de Marina responda a una modificación en cuanto al destino del bien, pero no cuando tiene una causa diferente, como es ‘una transformación orgánica y competencial –en sí misma ajena al bien–’ y que no implica una transformación del destino de éste”

Más adelante, y en relación con la previsión contenida en la disposición transitoria octava de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el Consejo de Estado declara:

“De este modo, es claro que el proceso de transferencia de medios al que se refiere la citada disposición transitoria, tiene por objeto los bienes que estaban destinados a la marina mercante, y que soportaban el ejercicio por las Comandancias y Ayudantías Militares de Marina de las competencias en esta materia. Su transferencia al Ministerio de Fomento es lógica, en la medida en que se trata de mantener el destino del bien, con independencia de la reordenación del ejercicio de las competencias.

Por ello, la aplicación de la doctrina expuesta en el punto anterior a este tipo de bienes no plantea ninguna dificultad especial. En relación a estos bienes, que se transfieren al Ministerio de Fomento con el mantenimiento del mismo fin público que antes tenían, no resulta de aplicación la compensación presupuestaria prevista en las reglas particulares de la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa.

En realidad ello es lógico, y coherente con los fines propios de la ordenación particular de la citada Gerencia. Pues, en efecto, las normas aplicables a ésta encuentran su ámbito de aplicación natural y lógico cuando se trata de la venta o cambio de afectación de bienes que antes estaban destinados a la Defensa y ahora dejan de estarlos. Sin embargo, cuando el cambio de adscripción del bien no responde a una modificación de su destino, sino a la mera reordenación administrativa de una competencia, carece de todo sentido la compensación presupuestaria a la que se refieren aquellas normas. Pues, en efecto, en tales situaciones no se produce ninguna merma en el patrimonio destinado a la Defensa, por lo que tampoco tiene sentido que se produzca ningún ingreso por este concepto.”

- II -

Expuesta la doctrina mantenida por el Consejo de Estado, es necesario hacer una primera consideración.

Como se ha visto, para el Alto Cuerpo Consultivo la aplicación de las reglas establecidas para la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (actualmente Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa) y, por tanto, la procedencia de la compensación presupuestaria gira en torno al criterio de que el cambio de adscripción de un

bien inmueble (en el que antes estaba situada una Comandancia de Marina o una Ayudantía Militar de Marina) responda a una modificación en cuanto al destino del bien:

- 1) Si el cambio de adscripción del bien, del Ministerio de Defensa a otro Departamento ministerial (o a un Organismo público) se debe única y exclusivamente a la asunción, por parte de este último Departamento ministerial (u Organismo público) de la competencia que antes ostentaba el Ministerio de Defensa, no procede la compensación económica.
- 2) Si, por el contrario, el cambio de adscripción implica, además, un cambio en el fin a que estaba destinado el bien (antes estaba destinado exclusiva o principalmente a la Defensa y ahora se destina a un servicio o función distinta), procede la compensación económica.

Así las cosas, desconoce este Centro Directivo si la Comandancia Militar de Marina de Cádiz ha estado antes destinada exclusiva o, al menos, principalmente a funciones o servicios propios del Ministerio de Defensa (por lo que en caso de cambio de destino procedería, en criterio del Consejo de Estado, la compensación económica) o si, distintamente, ha estado destinada a las actividades de la marina mercante (por lo que, en aplicación del criterio del Alto Cuerpo Consultivo, no procedería la compensación económica). Esta situación de falta de concreción o conocimiento se tuvo en consideración por el Consejo de Estado. Así, en el repetido dictamen nº 3511/99, de 3 de febrero de 2000, se dice, a propósito de la determinación del ámbito de la aplicación de la disposición transitoria octava de la Ley 27/2992, de 24 de noviembre (recuérdese que esta disposición transitoria se refiere a “la transferencia de los medios del Ministerio de Defensa dedicados, hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley, a las actividades de marina mercante, al Ministerio de Obras Públicas y Transportes” y respecto de la cual el Consejo de Estado considera improcedente la compensación presupuestaria), lo siguiente (apartado IV del repetido dictamen):

“Resulta, pues, de suma importancia determinar de forma concreta y correcta cuáles han sido los bienes que antes de la entrada en vigor de la referida Ley, estaban afectados a las actividades de la marina mercante, en la medida en que es el criterio que determina, por un lado, el ámbito de aplicación de la citada disposición transitoria, y por otro, la no aplicación de las reglas previstas en el artículo 71 de la citada Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

A lo largo del expediente se han manifestado opiniones discrepantes respecto a la aplicación de estas normas. Mientras algunos órganos han parecido entender que el régimen previsto en la disposición transitoria es aplicable a todos los bienes que han sido o puedan ser desafectados por el Ministerio de Defensa, y que antes estuvieran ocupados por las Comandancias o Ayudantías Militares de Marina, otros han tratado restringir, en mayor o menor medida, la aplicación de aquella disposición.

A juicio del Consejo de Estado, es el criterio señalado –la dedicación anterior a las actividades de la marina mercante– el único que ha de determinar la aplicación de la disposición de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

A este respecto, parece que la determinación concreta de tales bienes ha de hacerse de forma conjunta por los Ministerios de Defensa y Fomento, en la medida en que cada uno de ellos pueda tener conocimiento del extremo al que se hace referencia, así como un indudable interés en su concreción.”

Pues bien, los antecedentes remitidos a este Centro Directivo no permiten formar un juicio absolutamente seguro sobre el extremo de que ahora se trata –si al Comandancia Militar de Marina de Cádiz estaba destinada exclusivamente o principalmente a servicios de la Defensa o a actividad de la marina mercante–. Así, el escrito de consulta se limita a indicar que en la actualidad está desocupada y en el informe del Subdirector General del Patrimonio del Ministerio de Defensa de 17 de febrero de 2012 da a entenderse que la repetida Comandancia se destinaba al ejercicio de competencias civiles, dado que se dice que “toda vez que en el presente caso no se necesita para el cumplimiento de competencias civiles anteriormente ejercidas por el Ministerio de Defensa”.

Es por ello necesario que se precise y concrete si la repetida Comandancia constituía el soporte para el ejercicio de competencias o funciones marítimo-civiles, esto es, marina mercante, ya que, de ser ello así, no procedería, de acuerdo con el criterio del Consejo de Estado, la compensación económica.

- III -

Para el caso de que, efectuada la anterior precisión o concreción, resulte que la repetida Comandancia de Marina se destinaba no al ejercicio de funciones o competencias marítimo-civiles (marina mercante), sino que estaba afectada al servicio de la Defensa, supuesto que, en principio y de acuerdo con el criterio del Consejo de Estado, daría lugar a la oportuna compensación económica, debe examinarse todavía si en este último supuesto la procedencia de dicha compensación podría quedar desvirtuada por la consideración de que, estando situado el inmueble en el que se ubica la Comandancia de Marina en el dominio público portuario, dicho inmueble no puede enajenarse (precisamente por su condición de dominio público portuario).

Para comprender mejor esta posible objeción, debe indicarse que el artículo 71 de Ley 50/1998 (y lo mismo podía decirse de la Ley 28/1984, de 31 de julio) tiene por supuesto, tras la desafectación y declaración de alienabilidad de los bienes que ya no son necesarios para la Defensa, la pretensión de enajenación de los mismos, obteniéndose con el precio de la venta los recursos oportunos para financiar las necesidades de la Defensa. Ahora bien, la enajenación de los bienes desafectados ha de ser comunicada previamente al Ministerio de Hacienda que puede decidir afectarlos a otros servicios de la Administración del Estado (o de sus Organismos públicos), de forma que cuando se decide afectarlos a esos otros servicios surge la compensación presupuestaria. Partiendo de este régimen (que entraña una especie de “derecho de adquisición preferente”), podría entenderse que la compensación presupuestaria de que se trata es una indemnización a la Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa (actualmente, Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa) que repara o compensa el perjuicio derivado de no poder enajenar el inmueble a particulares y no poder obtener, en consecuencia, el precio de la venta. Así las cosas, podría entenderse que la compensación económica no procede cuando el bien no puede enajenarse (por ser de dominio público portuario, en el caso a que se refiere el presente informe), faltando así el presupuesto de dicha compensación: si cuando el bien es enajenable, pero no se enajena a particulares por afectarse a otro servicio de la Administración del Estado procede la compensación económica en su consideración de indemnización por no haberse podido enajenar y, por tanto, por no haberse podido obtener el ingreso que supone el precio de venta, cabría entender que no llega a surgir la referida compensación cuando, por su propia naturaleza, el inmueble no puede enajenarse, como es el caso de un bien, que no obstante haber estado afectado a la Defensa, se encuentra emplazado en el dominio público (dominio público portuario en el caso del presente informe).

Pues bien, la anterior objeción, aun siendo razonable, no se compadece con el criterio mantenido por el Consejo de Estado en sus dictámenes nos 3275/98, de 8 de octubre de 1998 y 3511/1999, de 3 de febrero de 2000, de los que se ha venido haciendo mención, tal y como seguidamente se expone.

- 1) En primer lugar, y como se ha visto, en el dictamen primeramente citado, en el que se resolvía una consulta sobre “diferentes aspectos del régimen de afectación y mutación demanial de los bienes muebles e inmuebles situados en los aeropuertos civiles y militares”, el Consejo de Estado declara expresamente aplicable la disposición final tercera de la Ley 28/1984, de 31 de julio (es en esta disposición final, equivalente al apartado 6, in fine, del artículo 71 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en la que se sanciona la compensación presupuestaria) en el supuesto de cambio de afectación o fin del bien, de forma que admite la procedencia de la compensación presupuestaria cuando el aeropuerto, antes destinado

exclusiva o principalmente a la aviación militar, pasa a estar destinado a aviación civil. Es obvio que en este supuesto resulta jurídicamente imposible la enajenación del inmueble, puesto que se trata de un inmueble que antes y después de la desafectación del servicio de la Defensa sigue siendo de dominio público (dominio público aeroportuario). Pues bien, aun siendo imposible la enajenación del inmueble por esta razón, es lo cierto que el Consejo de Estado declaró procedente la compensación presupuestaria. Ello demuestra que para el Consejo de Estado la razón determinante de dicha compensación presupuestaria no es tanto reparar o compensar el perjuicio de no poder enajenar el bien y, por tanto, de no poder obtener el ingreso que supondría el precio obtenido por la venta, cuanto el hecho de la desafectación del bien del servicio de la Defensa para destinarse a otro servicio distinto (lo que antes estaba destinado a la aviación militar se destina ahora a la aviación civil, siendo así que con uno y otro destino el bien sigue siendo de dominio público y no hay, por tanto, posibilidad alguna de enajenación del mismo).

- 2) En segundo lugar, el propio Consejo de Estado en el repetido dictamen nº 3275/98, de 3 de octubre de 1998, examina la razón de ser de la disposición final tercera de la Ley 28/1984, de 31 de julio (que, como se ha dicho, sanciona la compensación presupuestaria que procede satisfacer cuando el inmueble no es enajenado por quedar afectado a otro servicio de la Administración del Estado). Pues bien, el Alto Cuerpo Consultivo entiende que no se puede interpretar dicha disposición final sino es en relación con el artículo 2.4 de la citada ley que señalaba como función de la antigua Gerencia de la Infraestructura de la Defensa la de enajenar mediante venta o permuta bienes que dejen de ser necesarios para la Defensa para destinarse a otro servicio distinto, Interpretada así la disposición final tercera de la Ley 28/1984, de 31 de julio, el Consejo de Estado sitúa la premisa para la aplicación de la misma en que el inmueble “deja de ser necesario para la defensa” (“..como se pone de manifiesto con el estudio de ambos preceptos, la premisa para su aplicación es que se produzca un cambio en el fin público al que sirve el bien: éste ‘deja de ser necesario para la defensa’, por lo que puede ser destinado a otro servicio distinto”); agrega el Consejo de Estado en el dictamen de continua referencia que ello “es coherente con el principio que inspira la Ley, esto es, el mantenimiento del valor del patrimonio de la Administración Militar, permitiendo, en los términos de su exposición de motivos, el ‘aprovechamiento de los recursos disponibles’ y satisfaciendo la ‘necesidad de contar con medios propios’” En suma, para el Consejo de Estado, la procedencia de la compensación presupuestaria no viene determinada por el hecho de no poderse enajenar a particulares bienes desafectados de la Defensa, reparando así esa compensación el perjuicio derivado de no poder obtener un ingreso (el precio) que se conseguiría en caso de enajenación, sino por el hecho de que se produzca una alteración del destino del bien, esto es, un verdadero cambio de afección.
- 3) En tercer lugar, y con fundamento en las anteriores consideraciones que, como se ha dicho, son las que resultan de la doctrina del Consejo de Estado, cabe añadir un argumento adicional. Es cierto que el artículo 71, apartado 6, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, gira en torno al presupuesto de la enajenación del bien desafectado del servicio de la Defensa y, partiendo de este presupuesto, prevé la compensación presupuestaria para el caso de que no se enajene (a particulares) por decidirse su afectación a otro servicio de la Administración del Estado. No contempla, pues, en su formulación literal el caso de que el inmueble desafectado de la Defensa esté emplazado en el dominio público (dominio público portuario, dominio público marítimo-terrestre). Ahora bien, la falta de previsión de este supuesto no puede entenderse que dé lugar a la improcedencia de la compensación presupuestaria. Puesto que se trata de un supuesto no contemplado en el precepto legal, lo obligado es proceder a su integración. Pues bien, partiendo de esta premisa, no existe una diferencia sustancial entre el caso en que, siendo el bien susceptible de enajenación (por no estar emplazado en el dominio público), no llega a enajenarse por afectarse a otro servicio de la Administración del Estado, y el caso en que el bien no es susceptible de enajenación (por estar emplazado en el dominio público), ya que si en el primer supuesto pasa a otra función o servicio público, en el segundo también, produciéndose, por tanto, en

ambos supuestos el mismo resultado material y jurídico: el bien desafectado de la Defensa pasa a otro servicio o función pública (en el caso, vgr., del dominio público portuario pasa al servicio encomendado a la respectiva Autoridad Portuaria); es por ello por lo que si en el primer supuesto procede la compensación presupuestaria, también debe proceder en el segundo.

Así las cosas, entiende esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado que, con fundamento en la doctrina mantenida por el Consejo de Estado, no puede declararse improcedente el abono de la compensación económica a que se refiere actualmente el artículo 71, apartado 6, in fine, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, por la circunstancia de que un bien que haya dejado de ser necesario para la Defensa no pueda enajenarse por estar emplazado en el dominio público portuario como acontece en el supuesto a que se refiere el presente informe.

En consecuencia, una vez que se concrete, según lo indicado en el apartado II del presente informe, que la Comandancia de Marina de Cádiz no constituía el soporte para el ejercicio de competencias o funciones marítimo-civiles, esto es, funciones de la marina mercante (ya que, de constituir el soporte para el ejercicio de estas funciones no procedería la compensación económica), procedería el abono de la compensación presupuestaria que establece el artículo 71, apartado 6, in fine, de la citada Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Resulta necesario que se precise si la Comandancia Militar de Marina de Cádiz constituía el soporte para el ejercicio de competencias o funciones marítimo-civiles, esto es, competencias o funciones de marina mercante, ya que, de ser ello así, no procedería, de acuerdo con el criterio mantenido por el Consejo de Estado en sus dictámenes n.ºs 3.275/98, de 8 de octubre de 1998 y 3.511/99, de 3 de febrero de 2000, la compensación económica prevista en el artículo 71, apartado 6, in fine, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Segunda.- Para el supuesto de que, efectuada la anterior determinación, resulte que la referida Comandancia Militar de Marina estaba afectada exclusiva o principalmente al servicio de la Defensa, procedería, de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado de que se ha hecho mención, el abono de la compensación económica prevista en el artículo 71, apartado 6, in fine, de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

66.- Informe sobre determinadas cuestiones relacionadas con la solicitud de ampliación de un acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizaba a una Autoridad Portuaria a ceder determinados bienes patrimoniales de esa entidad pública a un Ayuntamiento.

Resumen

Consulta sobre determinadas cuestiones relacionadas con la solicitud de ampliación del acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2003, por el que se autorizó a la Autoridad Portuaria de Valencia para ceder determinados bienes patrimoniales de esta entidad pública al Ayuntamiento de Valencia. .

El Consorcio Valencia 2007 no es propietario de los terrenos sobre los que se asientan las edificaciones e instalaciones por él construidas, sin que tampoco ostente la propiedad de dichas edificaciones. A dicha entidad le corresponde un derecho de uso integrado por dos grupos de facultades: a) posesión de las edificaciones e instalaciones y de los terrenos sobre los que se asientan; y b) uso, disfrute o aprovechamiento de tales inmuebles.

La regularización y consolidación de la situación jurídica del Consorcio Valencia 2007, puede efectuarse por cualquiera de los títulos examinados en el fundamento jurídico II del presente informe, considerándose como solución más adecuada, y así se sugiere por este Centro Directivo, la constitución de un derecho de superficie a favor de dicha entidad consorcial.

Es jurídicamente admisible la cesión a título gratuito de los terrenos desafectados al poderse apreciar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 44.1, párrafo segundo 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

Los mecanismos que establece el artículo 148.3 de la Ley 33/200, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas sobre control de la vinculación de los bienes y derechos cedidos al fin de utilidad pública o interés social determinantes de la cesión son aplicables a las cesiones gratuitas de bienes patrimoniales de las Autoridades Portuarias, pudiendo y debiendo aplicarse esos mecanismos desde el momento de la cesión.

Dada la importancia que para la decisión de la vía de actuación que deba seguirse, de entre las examinadas en el fundamento jurídico II del presente informe, tiene el régimen de tributación de cada una de ellas, se estima conveniente que se formule consulta a la Dirección General de Tributos

Ref.: A.G ENTES PÚBLICOS 127/12

Fecha: 27 de diciembre de 2012

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 determinadas cuestiones relacionadas con la solicitud de ampliación del acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2003, por el que se autorizó a la Autoridad Portuaria de Valencia para ceder determinados bienes patrimoniales de esta entidad pública al Ayuntamiento de Valencia. 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 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 pudieran 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 potenciase 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 desafectaron 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 para ceder a favor del Ayuntamiento de Valencia 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 Consorcio 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 Consorcio 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 Consorcio 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 Consorcio 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) Por su parte, la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, relativa al régimen fiscal del acontecimiento Copa América 2007, declara 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.
- 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 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”.
- 9) Con fecha 29 de noviembre de 2005, se firmó un Acuerdo de Colaboración entre la Autoridad Portuaria de Valencia y el Consorcio 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, 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 reconocimiento, mediante los instrumentos jurídicos adecuados de los derechos del Consorcio Valencia 2007, especialmente sobre los edificios e instalaciones ejecutados por el mismo sobre bienes que, en la actualidad, tienen la consideración de bienes patrimoniales, 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 (PUPEP), que pende de su aprobación definitiva.

12) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia, por acuerdo de fecha 28 de junio de 2012, solicitó la ampliación de la autorización otorgada por acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de abril de 2003, para la cesión a favor del Ayuntamiento de Valencia de los terrenos desafectados de la zona de servicio del puerto de Valencia, circundantes con la llamada dársena interior del puerto. En particular, la solicitud del Consejo de Administración se formula en los siguientes términos:

“Solicitar la ampliación de la autorización de cesión otorgada por el Gobierno mediante Acuerdo de 25 de abril de 2003 en virtud de lo dispuesto en el entonces vigente 49.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, con el objeto de incluir en la misma la autorización correspondiente a la cesión, asimismo a favor del Ayuntamiento, de los siguientes bienes y/o derechos:

- (i) Condicionada a la obtención de la preceptiva Orden Ministerial de desafectación: los espacios localizados en el Muelle de la Aduana y en el Muelle de Grao, cuya desafectación se ha promovido por la Autoridad Portuaria de Valencia mediante la preceptiva declaración de innecesariedad acordada por su Consejo de Administración en su sesión de junio de 2012.
- (ii) El derecho expectante de la Autoridad Portuaria de Valencia sobre los siguientes edificios construidos por el Consorcio Valencia 2007: Edificio Veles e Vents, aparcamiento contiguo, c”Casa de la Copa”, y las cinco (5) bases de los equipos participantes en la 32ª America’s Cup construidas en el Muelle de la Aduana y en el Muelle del Grao.”

13) Por Orden Ministerial de 30 de octubre de 2012, a efectos de la cesión de los mismos al Ayuntamiento de Valencia, se acordó la desafectación del dominio público portuario estatal de los terrenos a los que se refiere el apartado (i) del acuerdo anterior del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 28 de junio de 2012, que vienen a constituir dos superficies discontinuas de 1.350 y 89 metros cuadrados aproximadamente, se han incorporado al patrimonio de la Autoridad Portuaria, según indica el dispositivo segundo de la Orden Ministerial, en el que se añade que “cualquier acto de disposición de los terrenos por la Autoridad Portuaria deberá cumplir con lo exigido por el artículo 44 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”

- 14) Por lo que se refiere a lo que, la segunda parte del acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria (apartado ii) relativo a la cesión asimismo a favor del Ayuntamiento de lo que se denomina “el derecho expectante de la Autoridad Portuaria de Valencia sobre los siguientes edificios construidos por el Consorcio Valencia 2007: Edificio Veles e Vents, aparcamiento contiguo, c”Casa de la Copa”, y las cinco (5) bases de los equipos participantes en la 32ª America’s Cup construidas en el Muelle de la Aduana y en el Muelle del Grao.”aparcamiento contiguo” y sobre el que versan las cuestiones suscitadas a esta Abogacía General del Estado, es preciso significar que, en un principio, fueron construidas en su mayor parte sobre terrenos patrimoniales de la Autoridad Portuaria de Valencia, si bien igualmente ocuparon bienes de dominio público portuario estatal.

Sin embargo, y, como antes se ha dicho, todas esas edificaciones se hayan emplazadas en terrenos que actualmente tienen la condición de bienes patrimoniales de la Autoridad Portuaria de Valencia, al haber sido desafectados por la Orden Ministerial de 31 de mayo de 1999, modificada por la Orden de 19 de febrero de 2003 y , especialmente, por la Orden de 30 de octubre de 2012.

15) A los fines de este informe, es importante resaltar, desarrollando lo indicado en el antecedente 10), que, para la ejecución de las obras y explotación de los terrenos e instalaciones que integran la denominada “Marina Real Juan Carlos I”, la Autoridad Portuaria de Valencia otorgó al Consorcio Valencia 2007 diversas autorizaciones hasta que, por acuerdo de su Consejo de Administración, de fecha 21 de diciembre de 2005, se autorizó mediante un único título “la ocupación de los bienes de dominio público portuario y la cesión de uso de bienes patrimoniales por el Consorcio Valencia 2007, hasta el 31 de diciembre de 2007”, con arreglo a las condiciones que se establecen en el propio acuerdo. Interesa destacar, a efectos de la presente consulta, las siguientes condiciones:

“5.- La superficie objeto de autorización, será destinada por el Consorcio Valencia 2.007 a la realización de las obras completadas en las actuaciones que resulten necesarias para el desarrollo del evento Copa América 2.007.

El Consorcio Valencia 2007 comunicará a la A.P.V. la adjudicación de los proyectos de obra indicados, poniendo a su disposición los mismos a los efectos oportunos.

Durante la vigencia de la autorización el titular de ésta no podrá realizar ninguna modificación o ampliación de las obras e instalaciones sin la previa autorización de la Autoridad Portuaria y, en su caso, sin el previo cumplimiento de las condiciones contenidas en el informe de 12 de agosto de 2.004 de la Dirección General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, modificado por la Resolución de 20 de septiembre del mismo año, evacuado en el curso de la tramitación de la reserva demanial acordada por Resolución del Consejo de Ministros de fecha 26 de noviembre de 2.004.

(...)

12.- Terminado el plazo de la presente autorización y si finalmente no se hubiese otorgado a favor del Consorcio un título de ocupación sobre la superficie y lámina de agua, la Autoridad Portuaria decidirá sobre el mantenimiento o levantamiento de las infraestructuras construidas para la celebración de la 32ª edición de la Copa América.

En el caso de que la Autoridad Portuaria optase por el levantamiento de las obras e instalaciones desmontables, el autorizado retirará las mismas en el plazo fijado por aquélla, pudiendo la Autoridad Portuaria ejecutar subsidiariamente los trabajos que no haya ejecutado el autorizado en el plazo concedido.

Para aquellas obras e instalaciones en las que la Autoridad Portuaria optase por su mantenimiento, éstas se integrarán en el patrimonio de la Autoridad Portuaria de Valencia,

en cuyo caso ésta determinará las indemnizaciones procedentes en virtud de expediente con audiencia de todos los interesados cuyos derechos e intereses legítimos resultasen afectados.

13.- La presente autorización, que no implica cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Estado, se otorga con sujeción a lo dispuesto en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación parcial de la anterior, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, la Orden Ministerial de 2 de agosto de 1995 por la que se aprueba el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones demaniales en la zona de servicio de los puertos de interés general (BOE de 16 de agosto de 1995), y demás disposiciones aplicables a las autorizaciones de ocupación de dominio público portuario estatal, así como, especialmente, respecto de la superficie en agua sobre la que se viene ejecutando el proyecto (...).”

Dicha autorización, como se indicaba en el antecedente 10), fue objeto de sucesivas prórrogas otorgadas por acuerdos del Consejo de Administración de 17 de diciembre de 2007, 12 de junio de 2008 (en el que se introduce alguna condición adicional, no relevante a los efectos de esta consulta) y de 23 de junio de 2009 que la prorroga “hasta tanto se resuelva la tramitación de la propuesta del convenio interadministrativo presentado por el Consorcio Valencia 2007.”

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Las dos primeras cuestiones sobre las que se recaba el parecer de este Centro Directivo consisten en determinar cuáles sean los derechos del Consorcio de Valencia 2007 (en adelante, CV07) respecto de los terrenos en los que se emplazan las edificaciones e instalaciones construidas por dicha entidad, así como respecto de las propias edificaciones e instalaciones.

Dado que se trata de dos cuestiones íntimamente enlazadas, procede examinarlas conjuntamente.

Para la adecuada resolución de ambas cuestiones, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones previas:

- 1) La adquisición del derecho de propiedad (y demás derechos reales) exige inexcusablemente un título jurídico idóneo y suficiente para ello. Así, el artículo 609 del Código Civil dispone que “la propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción.”
- 2) Aun no enumerada en el artículo 609 del Código Civil, es título de adquisición de la propiedad la accesión continua, por virtud de la cual el propietario de la cosa adquiere lo que a ella se une o incorpora natural o artificialmente. Más particularmente, y por lo que se refiere a las accesiones de muebles a inmuebles –edificación, plantación y siembra–, la legislación española sigue el principio general del Derecho Romano de que el suelo, como cosa principal, atribuye o atrae para su dueño la propiedad de lo que se incorpora a aquél (omne quod inaedificatum vel plantatum solo cedit, superficies solo cedit); así, el artículo 358 del Código Civil dispone que “lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes.”

3) Como excepción a lo indicado en el anterior número y para el caso de construcciones y edificaciones, la única posibilidad de separar la propiedad del suelo de la propiedad de la edificación o construcción sobre él realizada consiste en la constitución del derecho de superficie a que se refieren actualmente los artículos 40 y 41 del Texto Refundido de la Ley de Suelo aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio (TRLR), y ello por cuanto que mediante dicho derecho queda escindida la propiedad del suelo de la propiedad, bien que temporal, de lo edificado o construido.

La aplicación de las anteriores consideraciones al supuesto a que se refiere el presente informe determina que el CV07 no haya adquirido ni la propiedad del terreno sobre el que se asientan las edificaciones o instalaciones por él construidas ni la propiedad de dichas edificaciones o instalaciones.

En efecto, por lo que se refiere, en primer lugar, a la propiedad de los terrenos, y prescindiendo, por no ser del caso, de la ocupación, prescripción adquisitiva y adquisición por ministerio de la ley, no consta en los antecedentes remitidos la existencia de título contractual idóneo para transmitir la propiedad de los terrenos al CV07 como sería la compraventa, donación, permuta y el arrendamiento con opción de compra en el caso de que esta última que se hubiese ejercitado. No habiéndose otorgado tales títulos contractuales, a ellos no se puede equiparar la autorización otorgada al CV07 por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia (APV) el 21 de diciembre de 2005 para la ocupación de bienes de dominio público portuario y por la que también se dispuso la cesión de uso al Consorcio de bienes patrimoniales hasta el 31 de diciembre de 2007 –autorización prorrogada, por acuerdo del Consejo de Administración de la APV de 17 de diciembre de 2007, hasta el 30 de junio 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 de dicho órgano de 23 de junio de 2009, por tiempo indefinido hasta tanto se resolviese la tramitación de la propuesta de convenio interadministrativo–.

En efecto, las condiciones de la propia autorización de 21 de diciembre de 2005 impiden reconocer la transmisión del derecho de propiedad. Así y prescindiendo de las superficies de dominio público portuario en las que, por definición, queda radicalmente excluida la transmisión de su propiedad, en la condición 12 se prevé que terminado el plazo de la autorización y para el caso de que no se hubiese otorgado a favor del CV07 título de ocupación, la APV decidirá sobre el mantenimiento o levantamiento de las infraestructuras construidas, añadiéndose que para el caso de que la APV decidiese el mantenimiento de las instalaciones, éstas se integrarán en el patrimonio de la APV, determinando esta entidad pública las indemnizaciones procedentes. Si ello es ya de por sí significativo de que no hubo transmisión de la propiedad de los terrenos a favor del CV07, pues difícilmente se compadece la transmisión de la propiedad de aquéllos al CV07 con la facultad que se reserva la APV de decidir sobre el mantenimiento o levantamiento de las obras e instalaciones realizadas en los terrenos.

A ello cabe añadir los siguientes datos que corroboran la falta de transmisión de la propiedad de los terrenos: a) que la autorización del Consejo de Administración de la APV de 21 de diciembre de 2005 fue de la cesión de uso de terrenos patrimoniales; b) que en la condición 13 de la autorización se prevé expresamente que la misma no implica “cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Estado”; y c) que difícilmente resulta compatible o conciliable con la idea de transmisión del dominio el carácter temporal de la autorización concedida y las sucesivas prórrogas de que fue objeto, según lo dicho.

No pudiendo entenderse, a la vista de las consideraciones precedentes, que hubo transmisión, a favor del CV07, de la propiedad de los terrenos, tampoco cabe admitir que esta última entidad haya adquirido la propiedad de las edificaciones e instalaciones por más que hubiese asumido el coste de su ejecución y ello con base en un triple fundamento: a) la incompatibilidad conceptual de reconocer la propiedad, a favor del CV07, de las edificaciones con la facultad que se reservó la APV de decidir sobre el mantenimiento de las mismas o su levantamiento, incorporándose en el primer caso a su patrimonio; b) el carácter temporal, antes indicado, de la autorización habilitante de la ocupación de los terrenos para la subsi-

guiente construcción de las edificaciones; y c) la consideración, antes expuesta, de que en la legislación española el único título jurídico que posibilita la separación de la propiedad del suelo de la propiedad de lo edificado en él, derogando o excepcionando así el principio general que resulta del artículo 358 del Código Civil, es el derecho real de superficie, y este derecho no se constituyó.

Por lo demás, no cabe fundamentar la adquisición de la propiedad de los terrenos y de las edificaciones construidos sobre ellos en la figura de la accesión invertida. En efecto, es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo (sentencias de 15 de junio y 30 de noviembre de 1981, 27 de noviembre de 1984, 23 de julio de 1991, 27 de enero de 2000, entre otras muchas) la de que la atribución de la propiedad del suelo al constructor que se extralimita queda supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que quien pretenda la aplicación de la accesión invertida sea titular dominical de lo edificado.
- b) Que la construcción sea sólo parcialmente sobre terreno ajeno, pues si la totalidad de la construcción ocupase terreno ajeno resultaría aplicable el régimen dispuesto en el artículo 361 del Código Civil.
- c) Que las dos partes del suelo, propio y ajeno, y la edificación levantada formen un todo indivisible.
- d) Que el que construya actúe de buena fe, esto es, que actúe en la creencia de que está construyendo en terreno propio.

Pues bien, coincidiendo plenamente con el parecer del Organismo consultante, resulta bastante obvio que en el presente caso no concurre el requisito consignado en la letra b), ya que la construcción de las edificaciones e instalaciones por parte del CV07 ha tenido lugar íntegramente en suelo ajeno –en terrenos de la APV– y, por otro lado, el CV07 conocía desde el primer momento que estaba construyendo sobre terreno ajeno y que lo hacía con fundamento en una autorización de ocupación temporal otorgada por el dueño del suelo –la APV–.

Descartada la adquisición, por parte de CV07, de la propiedad de los terrenos, y de las edificaciones e instalaciones construidas sobre aquéllos, el derecho que asiste a dicha entidad sobre unos y otros tiene el contenido propio de los derechos de uso y disfrute, quedando integrado por dos grupos de facultades o derechos: 1) el derecho de posesión de los terrenos ocupados por las construcciones y de estas últimas; y 2) el derecho de uso, disfrute o aprovechamiento de los terrenos e instalaciones emplazadas en ellos, derecho que permite al CV07 la obtención de los rendimientos y utilidades derivados de su explotación. Por lo demás, y desde la perspectiva temporal, dicho derecho de uso y disfrute ha de reputarse, una vez prorrogada sucesivamente la autorización concedida por acuerdo del Consejo de Administración de la APV de 21 de diciembre de 2005, por tiempo indeterminado o indefinido, dado que, como se ha dicho, por acuerdo de dichos órgano y entidad pública de 23 de junio de 2009 la repetida autorización de cesión de uso se mantiene por tiempo o indefinido “hasta tanto se resuelva la tramitación de la propuesta del convenio interadministrativo presentado por el Consorcio Valencia 2007”

- II -

Alcanzada la anterior conclusión –conceptuación del derecho del CV07 sobre los terrenos en los que se asientan las edificaciones por él construidas y sobre éstas como un derecho de uso y disfrute–, procede examinar seguidamente lo concerniente al otorgamiento a dicha entidad consorcial del oportuno título de ocupación a fin de regularizar y consolidar su situación jurídica derivada de los acuerdos del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de que se ha hecho mención.

A estos efectos, y con el fin de examinar si no la totalidad de las vías de actuación, sí las más importantes, entiende este Centro Directivo que procede distinguir dos supuestos: a)

otorgamiento a favor del CV07 del título de ocupación por la APV; y b) otorgamiento del título de ocupación, a favor de dicha entidad consorcial, por el Ayuntamiento de Valencia.

A) Otorgamiento del título de ocupación por la APV.

De seguir esta primera vía de actuación, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- Puesto que el título se otorgaría por la APV, ello debería efectuarse necesariamente antes de que la APV cediese los terrenos al Ayuntamiento de Valencia, pues tras la cesión (en propiedad) de los terrenos a dicha Corporación Local, la APV carecería de la facultad o poder dispositivo necesario para otorgar un título que entrañe, como mínimo, los mismos derechos que actualmente ostenta el CV07.
- De entre los distintos derechos reales que reconoce el Código Civil y la Ley Hipotecaria, entiende este Centro Directivo, y así se sugiere, que lo preferible es la constitución del derecho de superficie, y ello, como razón fundamental, por la amplitud de su contenido e intensidad de facultades que otorga al superficiario en los términos que establecen los artículos 40 y 41 del TRLS, tal y como se expone más adelante. A ello debe añadirse que, exigiéndose para la válida y eficaz constitución del derecho de superficie su inscripción en el Registro de la Propiedad, la inscripción registral del mismo proporcionaría de CV07 la protección que le dispensa, en cuanto titular registral, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria tanto en el orden material o sustantivo como en el procesal.
- La propia inscripción registral del derecho de superficie como requisito constitutivo del mismo tiene por efecto que dicho derecho resulte plena y absolutamente oponible a terceros, especialmente al Ayuntamiento de Valencia, al que posteriormente se cederían (junto con otros) los terrenos en los que se emplazan las edificaciones e instalaciones construidas por el CV07, sin que, por tanto, dicha Entidad Local pudiera desconocer el repetido derecho; así resulta categóricamente “a sensu contrario” del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual “los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros”
- Pudiendo constituirse el derecho de superficie a título gratuito y a título oneroso, entiende este Centro Directivo que cabe apreciar razonablemente fundamento jurídico suficiente para admitir la constitución del citado derecho a título gratuito, y ello en razón de lo que seguidamente se expone.

Partiendo de la premisa de que los terrenos sobre los que se emplazan las edificaciones e instalaciones ejecutadas por el CV07 son patrimoniales, y de que el derecho de superficie atribuye al superficiario la propiedad (temporal) de lo construido como propiedad distinta e independiente de la propiedad del suelo –tal es el denominado derecho de propiedad superficial–, no puede desconocerse la regla que establece el artículo 44.1 del TRLPEMM, conforme al cual “sólo se admitirá la cesión gratuita de los bienes desafectados a favor de las Administraciones públicas y para fines de utilidad pública o interés social...”

Ante todo, debe indicarse que en la locución “cesión (gratuita) de los bienes desafectados” debe entenderse comprendida la constitución de un derecho como es el derecho de superficie, dadas las amplias e intensas facultades que corresponden al superficiario, pues, en definitiva, adquiere la propiedad (bien que temporal y resoluble) de lo construido por él (propiedad superficial).

Así las cosas, cabe entender que se cumple requisito de carácter subjetivo exigido por el artículo 44.1 del TRLPEMM –que el cesionario sea una Administración Pública–, ya que el CV07 es, con arreglo a sus Estatutos (artículo 1), una entidad de derecho público, constituida por la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma de Valencia y el Ayuntamiento de Valencia.

En relación con el segundo requisito –que la cesión sea para fines de utilidad pública o interés social–, cabe también apreciar su cumplimiento, teniendo en cuenta que la constitución del derecho de superficie tiene por objeto proporcionar al CV07 el soporte jurídico necesario para que esta entidad, explotando las edificaciones e instalaciones, obtenga los recursos necesarios para amortizar el préstamo concedido en su día por el Instituto de Crédito Oficial para financiar la ejecución de las infraestructuras que tuvieron que construirse para la celebración de la Copa de América 2007 (acontecimiento declarado de excepcional interés público por la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) y que motivó precisamente la constitución del CV07.

Hechas las anteriores consideraciones generales, y con el fin de precisar el contenido del derecho de superficie sobre las edificaciones e instalaciones que, se reitera, se considera la vía de actuación más adecuada, es conveniente referirse al régimen jurídico del mismo, contenido actualmente en los artículos 40 y 41 del TRLS.

El primero de estos preceptos, relativo al contenido, constitución y régimen del derecho de superficie, dispone lo siguiente:

- “1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.
2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.

El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.
4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho.”

Por su parte, el artículo 41 del mismo texto legal se refiere a la transmisión, gravamen y extinción del derecho en cuestión en los siguientes términos:

- “1. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.
2. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.
3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos

de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.

4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.
5. El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie.

La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie”

Del tenor de dichos preceptos se deduce claramente que el derecho de superficie puede constituirse sobre construcciones o edificaciones ya realizadas, como aquí ocurre, atribuyendo al superficiario –el CV07– la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del suelo, que correspondería a la APV.

Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. Como fácilmente se comprende, para poder inscribir el derecho de que se trata en el Registro de la Propiedad es necesario que previamente esté inmatriculado el suelo, habiéndose iniciado los trabajos y trámites precisos para conseguir la inmatriculación de los bienes integrantes de la llamada “Marina Real Juan Carlos I”, que podrían ser objeto de cesión gratuita al Ayuntamiento de Valencia, entre los que se encontrarían los terrenos sobre los que se levantan las edificaciones e instalaciones construidas por el CV07. En la escritura de constitución del derecho de superficie deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del mismo, que no podrá exceder de noventa y nueve años. Por último, y como se ha indicado, el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito, pudiendo, en el primer caso, fijarse la contraprestación del superficiario en alguna de las formas previstas en el apartado 3 del artículo 40.

Del régimen relativo a la transmisión, gravamen y extinción del derecho de superficie, es preciso resaltar dos aspectos de especial incidencia en este caso.

En primer lugar, el propietario del suelo –la APV– podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. Esta previsión permitiría que, una vez constituido el derecho de superficie por la APV a favor del CV07, la primera, como propietaria del suelo y en cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Ministros por los que se autorizó la cesión a favor del Ayuntamiento de Valencia de los terrenos desafectados de la zona de servicio del puerto de Valencia, pudiera ceder el suelo sobre el que se asientan esas edificaciones con total separación del derecho del superficiario y sin necesidad recabar su consentimiento.

En segundo lugar, a la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo de duración, y como dispone el apartado 5 del artículo 41 del TRLS, el propietario del suelo –lo sería el Ayuntamiento de Valencia por consecuencia de la cesión de los terrenos hecha a esta Entidad Local por la APV–, hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer

indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho.

Expuesto el régimen jurídico del derecho de superficie, se estima oportuno hacer referencia a los aspectos fiscales de la constitución del derecho, lo que junto con los costes notariales y registrales (ya se ha indicado que para la válida constitución del derecho de superficie se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad) debe tenerse presente para la decisión que se adopte al respecto.

La constitución del derecho de superficie, ya sea a título gratuito u oneroso, está sujeta al Impuesto sobre Valor Añadido (IVA). En efecto, el artículo 4.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Valor Añadido (LIVA) declara sujetas a este impuesto a 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 una actividad empresarial o profesional. El artículo 5 de la propia Ley conceptúa como empresarios o profesionales a quienes realizan las actividades definidas en su apartado 2, teniendo en todo caso la condición de empresario profesional quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.Uno.c) de la LIVA.

Pues bien, con carácter general, no existe duda acerca de la sujeción al IVA de la constitución del derecho de superficie a título oneroso, ya que ello tiene pleno encaje en el artículo 5. Uno. c) de la LIVA, siendo más problemática la sujeción en el caso de que se constituya a título gratuito. En relación con este último supuesto, se puede traer a colación la consulta de la Dirección General de Tributos 535/03, de 14 de abril de 2003 que, en un supuesto de constitución por un Ayuntamiento del derecho de superficie a título gratuito, sin pago, por tanto, de cantidad alguna por el superficiario a la Corporación Local (que hará suya la edificación cuando se extinga el derecho por el transcurso del plazo pactado sin pago de indemnización), y con cita de la sentencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 4 de diciembre de 1990 (Asunto C-186/89), atribuye la condición de empresario al Ayuntamiento, no obstante haber constituido el derecho a título gratuito, por considerar el indicado Centro Directivo que “la operación se hace a título oneroso, ya que el Ayuntamiento devendrá propietario de la edificación que se construya sobre dicho terreno”.

Por otro lado, si bien el artículo 20.Uno.23º de la LIVA establece determinadas exenciones en el caso de constitución de derecho reales de goce y disfrute que tengan la consideración de servicios con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 del propio texto legal, el precepto primeramente citado señala que la exención no comprenderá la constitución o transmisión de derechos reales de superficie.

Siguiendo con el régimen fiscal del derecho de superficie constituido a título gratuito (el constituido a título oneroso no plantea problemas específicos), debe indicarse que en el momento de la extinción del derecho de superficie, el inmueble que el superficiario ha construido sobre el terreno será adquirido por el propietario de éste (artículo 41.5 del TRLS), constituyendo también una entrega de un inmueble sujeta y no exenta del IVA. El impuesto se devengaría en el momento de la entrega, siendo su base imponible el valor de mercado del inmueble (consulta de la Dirección General de Tributos 969/01, de 24 de mayo de 2001, entre otras).

Las indicaciones hechas se entienden sin perjuicio de la obligada repercusión por la APV, en el caso de la constitución, y por el CV07, en el caso de la extinción, del IVA correspondiente en el cesionario del derecho y en el propietario de los terrenos, respectivamente (artículo 88 de la LIVA) y del derecho de los mismos a deducir el IVA soportado del IVA repercutido en las declaraciones oportunas a presentar en los periodos correspondientes, de acuerdo con el régimen de deducciones y devoluciones del Impuesto (artículos 92 y siguientes de la LIVA).

Por último, la constitución a título gratuito del derecho de superficie a favor del CV07 determinará al mismo tiempo un incremento de patrimonio en esta entidad que queda sujeto a tributación por el Impuesto sobre Sociedades (artículos 1, 4 y 15 Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo –TRLIS–), sin que se aprecie, a la vista del artículo 9 del mismo, que pueda disfrutar de exención alguna de ese Impuesto, como más adelante se expondrá.

B) Otorgamiento del título de ocupación por el Ayuntamiento de Valencia

Examinado lo relativo al otorgamiento del título de ocupación por la APV, procede analizar lo concerniente a la cesión, por el Ayuntamiento de Valencia y a favor del CV07, de los terrenos sobre los que se asientan las edificaciones e instalaciones construidas por esta última entidad, así como de las propias edificaciones

Esta cesión parte de una doble premisa: 1) la previa cesión, por parte de la APV a favor del Ayuntamiento de Valencia, de todos los terrenos desafectados por Orden Ministerial de 31 de mayo de 1999 y por Orden Ministerial de 30 de octubre de 2012, y en los que se encuentran emplazadas esas edificaciones; y 2) el reconocimiento de que, como se ha indicado, no ostenta el CV07 el derecho de propiedad sobre los terrenos en los que se encuentran las edificaciones ni tampoco sobre éstas.

Siendo las premisas sobre las que asentaría la cesión de los terrenos en los que se emplazan las edificaciones y de estas últimas las señaladas, debe indicarse que sería necesario, a fin de garantizar que el Ayuntamiento de Valencia otorgue el oportuno título al CV07 que permita a esta última entidad la regularización y consolidación de su situación jurídica, que en la cesión de los terrenos que se haga por la APV al Ayuntamiento de Valencia se imponga a esta Corporación Local la obligación de otorgar al CV07 el título que regularice y consolide esa situación, y ello como condición de eficacia de la cesión de los terrenos al Ayuntamiento de Valencia al amparo de lo dispuesto en el artículo 145.3, inciso final, de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), aplicable por razón de lo dispuesto en el artículo 24.2, in fine, del TRLPEMM.

Hechas las anteriores indicaciones, procede examinar separadamente la cesión de uso a título oneroso y la cesión a título gratuito, estimándose oportuno indicar que en esa segunda vía de actuación de otorgamiento de título por el Ayuntamiento de Valencia se considera también preferente la constitución de un derecho de superficie a favor del CV07, respecto del cual se dan por reproducidas las consideraciones anteriormente hechas a propósito de dicho derecho.

B.1) Cesión a título oneroso

A la misma se refiere el artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1373/1986, de 13 de junio (RBEL) que preceptúa lo siguiente:

- “ 1. El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las Entidades Locales se regirá, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las Entidades Locales. Será necesaria la realización de subasta siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o el precio estipulado exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto.
2. En todo caso, el usuario habrá de satisfacer un canon no inferior al 6 por 100 del valor en venta de los bienes”

A la vista del precepto transcrito, deben hacerse las siguientes consideraciones:

- a) En el artículo 92 del RBEL tiene cabida no sólo el arrendamiento, sino también y como supuesto más típico, la constitución de un derecho de usufructo. En efecto, la cesión de uso de un bien (en el caso de que se trata, bienes inmuebles patrimoniales del Ayuntamiento de Valencia) comporta la atribución de su posesión y del disfrute y aprovechamiento de aquél al cesionario, sin atribuirle, obviamente, la titularidad dominical y

ello tiene su adecuado encaje en la definición que del derecho de usufructo establece el artículo 467 del Código Civil (“ el usufructo da derecho a disfrutar de los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”)

- b) De instrumentarse la cesión de uso a título oneroso mediante arrendamiento, y presuponiendo la calificación de las edificaciones construidas por el CV07 como fincas urbanas, su régimen jurídico sería el establecido en el artículo 4.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, conforme al cual “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de la vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto por lo dispuesto en el Título II de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil”. De instrumentarse la cesión de uso a título oneroso mediante la constitución de un derecho de usufructo (no existe impedimento legal alguno para que el derecho de usufructo se constituya a título oneroso), su régimen jurídico sería el establecido en los artículos 467 y siguientes del Código Civil, debiendo procederse a su formalización en escritura pública conforme dispone el artículo 1280.1º de dicho texto legal, si bien la exigencia de escritura pública no es requisito ad substantiam. Debe precisarse que, en cuanto a la duración del usufructo, este derecho quedaría sometido al límite temporal de 30 años que establece el artículo 515 del Código Civil.
- c) No cabe que la constitución del arrendamiento o la constitución del usufructo se haga directamente al CV07. El artículo 92 del RBEL exige que la preparación y adjudicación de la cesión a título oneroso se someta a la normativa reguladora de la contratación de las Entidades Locales, concretando que será necesaria la realización de la subasta cuando el precio estipulado exceda del 5% de los recursos ordinarios del presupuesto de la Corporación Local o cuando la duración de la cesión sea superior a cinco años. Dado que la cesión de uso a favor del CV07 superaría el plazo de cinco años, resultaría inexcusable la subasta.

Hechas las consideraciones precedentes, procede determinar el régimen de tributación de la cesión de uso a título oneroso, para lo que debe distinguirse, en consonancia con las dos modalidades en que puede instrumentarse la cesión, según se trate de arrendamiento o de constitución de derecho de usufructo.

B.1).1 Arrendamiento

Resulta indudable que el mismo queda sometido a tributación por el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

Como se ha dicho anteriormente el artículo 4 de la LIVA establece en su apartado uno que “estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito especial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual o ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional...”. Partiendo de esta regla, ha de tenerse en cuenta, por una parte, que el artículo 5. Uno c) de la LIVA atribuye la condición de empresario o profesional a “quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporeal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. En particular, tendrán dicha consideración los arrendamientos de bienes” y, por otra parte, que el artículo 11. Dos. 2º del propio texto legal conceptúa como prestación de servicios “los arrendamientos de bienes, industria o negocio, empresas o establecimientos mercantiles, con o sin opción de compra”

Así las cosas, y como se ha dicho, la constitución del arrendamiento quedaría sometida a tributación por el IVA, correspondiendo la condición de sujeto pasivo al Ayuntamiento de Valencia (artículo 84. Uno. 1º de la LIVA), repercutiendo el impuesto al CV07 (artículo 88.Uno). Por lo demás, debe indicarse que, no estando exento el arrendamiento, el impuesto se devengará cuando resulte exigible cada pago de la renta (según el artículo 75.Uno. 7 de la LIVA, el impuesto se devengará “en los arrendamientos, suministros y, en general en las operaciones de tracto sucesivo o continuado en el momento en que resulte exigible la parte de precio que

comprenda cada percepción”), estando constituida la base imponible en cada devengo por el importe a que ascienda cada pago de la renta (cfr. artículo 78. Uno. de la LIVA).

B.1).2 Constitución del derecho de usufructo

La constitución del derecho de usufructo (a título oneroso) integra uno de los hechos imposables el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), conforme resulta del artículo 7.1 B) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por lo que, en principio, cabría pensar que la tributación habría de hacerse por dicho concepto impositivo. Sin embargo, debe tenerse presente la regla establecida en el artículo 7.5 del citado texto legal, conforme al cual “no estarán sujetas al concepto de `transmisiones patrimoniales onerosas; regulado en el presente Título, las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido...”

A la vista de esta última norma, que delimita los ámbitos de sujeción al IVA y al ITP y AJD, ha de tenerse en cuenta, como se ha indicado antes, que el artículo 5. Uno. c) de la LIVA atribuye la condición de empresario o profesional a “quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal o incorporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo”, siendo así que el artículo 11. Dos.3º de la LIVA conceptúa como prestación de servicios “las cesiones del uso o disfrute de bienes inmuebles”

Pues bien, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5. Uno c) de la LIVA en relación con el artículo 11. Dos 3º de dicho texto legal, debe concluirse que la constitución del derecho de usufructo (a título oneroso) queda sometida a tributación por el IVA, y ello tanto en el caso de que la contraprestación económica a cargo del usufructuario (en el caso que se examina, CV07) se satisfaga periódicamente, como en el caso de que se satisfaga por aquél de una sola vez al tiempo de la constitución del derecho de usufructo. El primer caso queda comprendido claramente en el tenor literal del artículo 5.Uno. 3 de la LIVA; el segundo supuesto –abono de la contraprestación económica a cargo del usufructuario de una sola vez–, aunque no queda comprendido en el tenor literal de dicho precepto, debe entenderse subsumido en el mismo, atribuyendo, por tanto, al constituyente del derecho la condición de empresario o profesional y determinando la sujeción de la operación al IVA, ya que en otro caso, es decir, si se entendiese que por abonarse la contraprestación de una sola vez el acto tributaría por el ITP y AJD (modalidad “transmisiones patrimoniales onerosas”), quedaría a la voluntad de las partes la determinación del régimen de tributación (por IVA si se estipulasen abonos sucesivos; por ITA y AJD si se estipulase un pago único), lo que no resulta admisible.

Sometida, pues, la constitución del derecho de usufructo del IVA, y no estando exenta, conforme resulta del artículo 20.23. b) de la LIVA –falta de exención que corrobora la sujeción al impuesto de que se trata–, cabe dar por reproducidas aquí las indicaciones hechas a propósito de la tributación del arrendamiento. Así, el sujeto pasivo sería el Ayuntamiento de Valencia que repercutiría el impuesto sobre el CV07; en cuanto al devengo, éste se produciría en el momento en que resultase exigible cada pago al usufructuario si se hubiese estipulado el pago periódico de la contraprestación, o al tiempo de constituirse el derecho si se hubiese convenido un pago único de aquélla; en cuanto a la base imponible, estaría constituida por el importe de cada pago por el usufructuario en el caso de pago periódico o por el importe total de la contraprestación en caso de pago único.

B.2) Cesión a título gratuito

Así como la cesión a título oneroso a que se refiere el artículo 92 del RBEL es cesión de uso (sea en arrendamiento sea en cualquier otra modalidad de cesión de uso o disfrute), en el caso de cesión a título gratuito, el RBEL se refiere solamente a la cesión en propiedad,

esto es, transmisión del dominio, dado que la previsión reglamentaria sobre cesiones a título gratuito se recoge en el artículo 109 (apartado 2) y siguientes de dicha norma reglamentaria que encabezan el Capítulo V de la misma que lleva por rúbrica la de “Enajenación”, siendo significativo que así como el artículo 92 se refiere y regula la cesión de uso, los artículos 109 y siguientes para nada se refieren a la cesión de uso.

No obstante, no existe, a juicio de este Centro Directivo, ningún impedimento jurídico para admitir la cesión, a título gratuito, del uso de bienes patrimoniales, y ello con un doble fundamento: 1) Si es posible la enajenación del derecho de mayor entidad como es el derecho de propiedad, no parece lógico que la Corporación Local no pueda ceder el derecho de menor entidad, como es el derecho de uso; 2) La LPAP conforma el régimen jurídico del patrimonio de las Entidades Locales, conforme resulta del artículo 1.2 del RBEL; siendo ello así, no puede desconocerse que el artículo 145.3 de la LPAP, superando las previsiones del derogado Texto Articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, admite expresamente que la cesión gratuita de bienes patrimoniales de la Administración del Estado sea de la propiedad de los mismos o solo de su uso.

Pudiendo admitirse, por tanto, la cesión gratuita de la propiedad de bienes patrimoniales de las Entidades Locales, así como la cesión gratuita del uso de los mismos, la principal cuestión que se suscita consiste en determinar si la cesión gratuita (en una u otra modalidad) al CV07 por parte del Ayuntamiento de Valencia cumpliría el requisito exigido por el artículo 109.2 del RBEL y al que queda condicionada la admisibilidad de tal cesión. Dispone dicho precepto que “ los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal...”

A juicio de este Centro Directivo, y por ser el CV07 una entidad de derecho público conforme se establece en el artículo 1 de sus Estatutos, cabe razonablemente entender que concurre el requisito de que el fin a que se ordena la cesión redunde en beneficio de los habitantes del término municipal. Partiendo del significado gramatical del término “redunder” (“resultar, ceder o venir a parar una cosa en beneficio o daño de alguno” Diccionario de la Real Academia Española, 3ª acepción), no es necesario que de la cesión del inmueble resulte directa o inmediatamente un beneficio a los habitantes del término municipal, siendo suficiente que ese beneficio resulte de forma mediata o indirecta. Pues bien, siendo ello así, parece razonable admitir que la cesión gratuita redunde 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.

Siendo, por lo dicho, admisible la cesión gratuita (bien en propiedad, bien en uso) de los terrenos en que se emplazan las edificaciones e instalaciones, deben hacerse, a fin de exponer el régimen a que se sujeta dicha cesión, las siguientes indicaciones:

- a) La cesión gratuita exige, para que pueda acordarse válidamente, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 110 del RBEL.
- b) En lo que respecta al régimen fiscal, debe indicarse que, siendo el CV07 una persona jurídica, el incremento patrimonial a título lucrativo que obtendría por consecuencia de la cesión tributaría por el Impuesto sobre Sociedades, conforme resulta de los artículos 1, 4 y 15 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo (TRLIS) y del artículo 1 de la Ley 29/1997, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Sometida la cesión gratuita a tributación por el Impuesto sobre Sociedades, queda por determinar si el CV07 gozaría de algún beneficio fiscal. Pues bien, no habiendo establecido

la disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ninguna exención o bonificación, respecto del Impuesto sobre Sociedades, para el CV07 y dado que esta entidad no está comprendida en el artículo 9.1 del TRLIS en el que se establecen los casos de exención total, tan sólo cabe examinar si es aplicable la exención parcial que establece el apartado 3. a) del artículo 9 del propio TRLIS (no es aplicable la exención parcial que establece el apartado 2 del artículo 9 al no estar comprendido el CV07 en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mercenazgo) y que queda condicionada a que se trate de entidades sin ánimo de lucro.

A juicio de este Centro Directivo, no cabe entender que el CV07 sea una entidad sin ánimo de lucro a la vista de lo que se dispone en el artículo 5 de sus Estatutos. Este precepto, en su párrafo primero, declara que “sus fines (los del Consorcio) quedan enmarcados dentro del objetivo global de autofinanciación propiciada por la consecución de una rentabilidad suficiente de los recursos de todo tipo que utilice” Partiendo de este premisa, el precepto estatutario señala como fines específicos del CV07 los de “explotar, en los términos contenidos en el contrato de ciudad anfitriona y sede, las infraestructuras e instalaciones ejecutadas” –apartado a)– y “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 –apartado b)–, aludiéndose expresamente a “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” –apartado c)–.

Debe, por tanto, concluirse que, sometida la cesión gratuita a tributación por el Impuesto sobre Sociedades, el CV07 no goza de bonificación por este concepto impositivo.

- III -

La tercera cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo se refiere a la gratuidad de la cesión de los terrenos desafectados al Ayuntamiento de Valencia.

El artículo 44 del TRLPEMM tras establecer, en su apartado 1, párrafo primero, la regla de competencia y procedimiento para la desafectación de bienes de dominio público portuario, lo que determina su incorporación al patrimonio de la Autoridad Portuaria respectiva, pudiendo ésta proceder a su enajenación, permuta o cesión gratuita, en el párrafo segundo de dicho apartado se sanciona la regla de que “sólo se admitirá la cesión gratuita de los bienes desafectados a favor de las Administraciones Públicas y para fines de utilidad pública o interés social.” En términos sustancialmente coincidentes se pronuncia el artículo 145.1 de la LPAP.

Pues bien, siendo indudable el carácter de Administración Pública del Ayuntamiento de Valencia, que se encuadra dentro de la Administración Local, es preciso determinar si se cumple el elemento finalista de la cesión gratuita, esto es, si la cesión a dicha Corporación Local es para fines de utilidad pública o interés social.

Respondiendo a esta cuestión, este Centro Directivo entiende que se cumplen esos fines de utilidad pública o interés social determinantes de la cesión gratuita y que estaban ya presentes cuando, como se ha indicado en el antecedente 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 pudieran 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 potenciase 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).

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 desafectaron del dominio público portuario esos terrenos, siendo ampliada la desafectación por la reciente Orden Ministerial de 30 de octubre de 2012.

El conjunto de esos terrenos tiene por finalidad servir de base a la correspondiente actuación urbanística de recuperación para su uso por la ciudadanía en general, por lo que resulta indudable que con la cesión gratuita de los mismos al Ayuntamiento de Valencia se cumplen esos fines de utilidad pública e interés social.

- IV -

Partiendo del cumplimiento de la exigencia establecida tanto en el artículo 44.1 del TRLPEMM como en el artículo 145.1 de la LPAP –que los bienes cedidos gratuitamente se destinen a la realización de fines de utilidad pública o de interés social–, alude el escrito de consulta al supuesto de que “una vez finalice la devolución del préstamo concedido por I.C.O., el CV07 continúe con su actividad sobre los espacios cedidos, así como en el supuesto de que, en un futuro, sea el Ayuntamiento el que asuma la explotación, una vez reviertan al mismo las construcciones realizadas por el CV07”. Procede, pues, examinar ambos supuestos.

1) Explotación de las edificaciones por el Ayuntamiento de Valencia.

Puesto que los terrenos sobre los que asientan las edificaciones construidas por el CV07 han sido previamente transmitidos en propiedad al Ayuntamiento de Valencia, la extinción del derecho de superficie constituido en favor de la entidad consorcial tiene por consecuencia que el Ayuntamiento de Valencia, en cuanto propietario del suelo, haga suya la propiedad de lo edificado (artículo 41.5 del TRLS). Pues bien, puesto que la cesión gratuita al Ayuntamiento de Valencia queda ineludiblemente condicionada (artículo 44.1, párrafo segundo, del TRLPEMM y artículo 145.1 de la LPAP) a que los bienes cedidos sean destinados a fines de utilidad pública o de interés social, no es jurídicamente admisible que, una vez producida la reversión de las edificaciones al Ayuntamiento de Valencia (por razón de la extinción del derecho de superficie), dicha Entidad Local destine las edificaciones a su explotación comercial, obteniendo los beneficios consiguientes a esta actividad, pues ello no puede calificarse en modo alguno como fin de utilidad pública o interés social.

De proceder el Ayuntamiento de Valencia a la explotación de esas edificaciones, se produciría la consecuencia que establece el artículo 44.1, párrafo segundo, del TRLPEMM: “si los bienes cedidos no fueran destinados al uso previsto, o dejaran de serlo posteriormente, se considerará resuelta la concesión y revertirán aquéllos a la Autoridad Portuaria, teniendo derecho a percibir el valor de los detrimentos o deterioros experimentados”. Conviene precisar, como así se deduce claramente del precepto transcrito, que la carga de destinar los bienes cedidos gratuitamente a una finalidad de utilidad pública o de interés social es permanente, por lo que la reversión se producirá cuando se incumpla dicha finalidad independientemente del tiempo durante el cual el bien hubiese estado afecto a ese fin público de interés social.

Siendo obligada la resolución de la cesión a título gratuito y, como efecto de ello, la reversión del bien o derecho a la Autoridad Portuaria de no cumplirse la afectación al fin de

utilidad pública o interés social (siendo indiferente, como se ha dicho, que ese incumplimiento sea originario o sobrevenido), y con objeto de garantizar, llegado el caso, la reversión, se considera conveniente, y así se sugiere, que la condición o cláusula de reversión se haga constar en el Registro de la Propiedad a fin de que pueda hacerse valer no ya frente al Ayuntamiento de Valencia, sino también frente a terceros, enervando así respecto de estos últimos la protección que dispensa la fe pública registral (ello exigiría, obviamente, que la cesión se formalizase en escritura pública).

2) Explotación de las edificaciones por el CV07.

Como se ha indicado anteriormente, la constitución del derecho de superficie a favor del CV07 puede hacerse a título oneroso o a título gratuito.

En el supuesto de que dicho derecho se constituya a título oneroso, esto es, satisfaciendo el superficiario (CV07) una contraprestación en cualquiera de las formas establecidas por el artículo 40.3 del TRLS, no existiría ningún impedimento jurídico para que, amortizado el préstamo otorgado por el Instituto de Crédito Oficial, la entidad consorcial de referencia continuase explotando las edificaciones sobre las que se constituyó el derecho de superficie, y ello en razón, por una parte y desde la perspectiva del CV07, de la correspondencia que se aprecia entre la adquisición por esta entidad del derecho a título oneroso y la obtención por la misma, mediante su explotación, de los rendimientos o utilidades que sea susceptible de producir, y, por otra parte y desde la perspectiva de la APV, de la consideración de que, siendo la constitución del derecho de superficie a título oneroso un medio de explotación de un bien patrimonial suyo, lógico y justo es que el superficiario pueda, a su vez, explotar ese derecho y obtener los correspondientes rendimientos.

En el supuesto de que el derecho de superficie se hubiese constituido a título gratuito, no sería jurídicamente admisible que el CV07, una vez amortizado el referido préstamo, continuase explotando las edificaciones y obteniendo las ganancias inherentes a ello, desde el momento en que, como se dijo anteriormente, la constitución a título gratuito del repetido derecho de superficie queda subsumida en la regla del artículo 44.1, párrafo segundo, del TRLPEMM y este precepto legal condiciona la cesión gratuita de bienes desafectados al cumplimiento de un fin de utilidad pública o interés social que, obviamente, no se puede apreciar, una vez amortizado el préstamo, en la explotación comercial de las repetidas edificaciones.

Dadas las diferentes consecuencias que, a tenor de lo dicho, se siguen de las diferentes modos de constituir el derecho de superficie –a título gratuito y a título oneroso–, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende que, debiendo figurar necesariamente en el título constitutivo del derecho de superficie el plazo de duración del mismo (artículo 40.2 del TRLS), no existe ningún impedimento jurídico para que, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes que sanciona el artículo 1.255 del Código Civil, se estipule, de estimarse ello conveniente, el carácter gratuito del derecho de superficie hasta que el CV07 amortice el préstamo otorgado por el Instituto de Crédito Oficial y el carácter oneroso de dicho derecho una vez concluida la amortización de ese préstamo.

- V -

Se consulta, por último, si son aplicables los mecanismos de control a que se refiere el artículo 148.3 de la LPAP y, para el caso de que ello sea así, desde cuando deberían comenzar a aplicarse.

Esta última cuestión merece una respuesta afirmativa. Aunque el artículo 44 del TRLPEMM no establece un régimen jurídico completo y detallado de la cesión gratuita de los bienes patrimoniales previamente desafectados, no hay duda alguna de que supletoriamente son

aplicables los mecanismos de control de la vinculación de los bienes o derechos cedido al fin de utilidad pública o interés social determinante de la cesión y que establece el artículo 148.3 de la LPAP, y ello en razón de lo dispuesto en el artículo 24.2, in fine, del TRLPEMM que, en lo relativo al régimen patrimonial de las Autoridades Portuarias, establece que “se regirá por su legislación específica y, en lo no previsto en ella, por la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas”; lo que determina la aplicación íntegra, a salvo las especialidades del artículo 44 del TRLPEMM, de los artículos 145 a 151 de la LPAP.

El criterio que aquí se sostiene queda reforzado por lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 148 de la LPAP que establece que “iguales controles (se refiere a los controles de la vinculación del bien cedido al fin de utilidad pública o interés social) deberán efectuar los organismos públicos respecto de los bienes y derechos que hubiesen cedido”. Por lo demás, estos mecanismos de control pueden y deben comenzar a aplicarse desde el mismo momento de la cesión, sin perjuicio de la obligación del cesionario de remitir a la APV cada tres años la documentación que acredite el destino de los bienes (artículo 148.3 de la LPAP, sustituyendo la referencia que en este precepto se hace a la Dirección General de Patrimonio por la Autoridad Portuaria).

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 no es propietario de los terrenos sobre los que se asientan las edificaciones e instalaciones por él construidas, sin que tampoco ostente la propiedad de dichas edificaciones. A dicha entidad le corresponde un derecho de uso integrado por dos grupos de facultades: a) posesión de las edificaciones e instalaciones y de los terrenos sobre los que se asientan; y b) uso, disfrute o aprovechamiento de tales inmuebles.

Segunda.- La regularización y consolidación de la situación jurídica del Consorcio Valencia 2007, resultante de las autorizaciones otorgadas por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia de 21 de diciembre de 2005, 30 de junio de 2008 y 23 de junio de 2009, puede efectuarse por cualquiera de los títulos examinados en el fundamento jurídico II del presente informe, considerándose como solución más adecuada, y así se sugiere por este Centro Directivo, la constitución de un derecho de superficie a favor de dicha entidad consorcial.

Tercera.- Es jurídicamente admisible la cesión a título gratuito de los terrenos desafectados por Orden de 31 de mayo de 1999 y Orden de 30 de octubre de 2012 al Ayuntamiento de Valencia, al poderse apreciar el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 44.1, párrafo segundo 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

Cuarta.- La explotación, por el Ayuntamiento de Valencia, de las edificaciones e instalaciones, una vez reviertan a dicha Corporación Local por consecuencia de la extinción del derecho de superficie, resultaría contraria a lo dispuesto en el artículo 44.1, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, dando lugar ello a la resolución de la cesión y a la reversión de las edificaciones e instalaciones y de los terrenos en que se emplazan a la Autoridad Portuaria de Valencia.

Quinta.- En relación con la explotación de las edificaciones e instalaciones por el Consorcio Valencia 2007, una vez amortizado el préstamo otorgado por el Instituto de Crédito Oficial, deberían tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico IV, apartado 2, del presente informe.

Sexta.- Los mecanismos que establece el artículo 148.3 de la Ley 33/200, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas sobre control de la vinculación

VI. RÉGIMEN PATRIMONIAL

de los bienes y derechos cedidos al fin de utilidad pública o interés social determinantes de la cesión son aplicables a las cesiones gratuitas de bienes patrimoniales de las Autoridades Portuarias, pudiendo y debiendo aplicarse esos mecanismos desde el momento de la cesión.

Séptima.- Dada la importancia que para la decisión de la vía de actuación que deba seguirse, de entre las examinadas en el fundamento jurídico II del presente informe, tiene el régimen de tributación de cada una de ellas, se estima conveniente que se formule consulta a la Dirección General de Tributos.

67.- Informe sobre inversiones y desinversiones de las Autoridades Portuarias.

Resumen

La desinversión por las Autoridades Portuarias de las participaciones minoritarias de que sean titulares en sociedades mercantiles no relacionadas en el Anexo VI del acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012 no está sometida a las reglas y procedimientos establecidos en dicho acuerdo, rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 46 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.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 68/13 (R – 650/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre si, a la vista de lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, la enajenación de la participación minoritaria de la que es titular la Autoridad Portuaria en una sociedad mercantil, no contemplada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, debe sujetarse a los principios y reglas establecidas en dicho acuerdo. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

En la solicitud de informe se responde negativamente a la cuestión suscitada, entendiéndose, en síntesis, que la aplicación de las previsiones contenidas en el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012 viene condicionada a la adopción de nuevos acuerdos (se entiende del Consejo de Ministros) referidos a nuevas operaciones distintas de las recogidas en el acuerdo antes citado y que se refieran, entre otros supuestos, a la participación en sociedades mercantiles por parte de organismos y entidades adscritos o dependientes del Ministerio de Fomento.

Pues bien, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ratifica la opinión del ente público Puertos del Estado con base en las consideraciones que seguidamente se exponen.

Tal y como se indica en el escrito de consulta, el artículo 46 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 50 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, regula, para todo el sistema portuario, el régimen jurídico de “participación en sociedades y otras entidades”, dedicando su apartado 1 a la regulación del régimen general de relación de los organismos públicos portuarios de titularidad estatal con sus filiales societarias directas o de primer grado, y sus apartados 2 y 3 al régimen aplicable a las sociedades filiales de segundo grado (participadas no por organismos públicos portuarios, sino por sociedades filiales de éstos) y a las fundaciones y consorcios participados por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias directamente o a través de sociedades dominadas por estas entidades públicas.

Pues bien, como se indica en escrito de consulta, el régimen jurídico establecido en el artículo 46 del TRLPEMM se ha visto matizado por el acuerdo del Consejo de Ministros de

16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 24 de marzo siguiente como anexo a la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, que establece reglas y procedimientos específicos para, entre otros casos, los supuestos de desinversiones, al tiempo que enumera en su Anexo VI las sociedades a las que dichas reglas y procedimientos les serán aplicables en el ámbito de cada Departamento Ministerial.

Así las cosas, se aprueba el Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, por el que se adoptan medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios, cuya disposición adicional tercera, a la que se refiere la consulta y que lleva por rúbrica “Reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional”, dispone lo siguiente:

- “1.- Adicionalmente al cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, se promoverá la adopción de nuevos acuerdos, en el marco de lo dispuesto en los artículos 168 y 169 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, referidos a nuevas operaciones de cambio de titularidad, fusiones, extinciones y demás operaciones societarias tendentes a reducir el número de sociedades filiales y la participación en sociedades mercantiles por parte de organismos y entidades adscritos o dependientes del Ministerio de Fomento.
2. Asimismo, se solicitará la autorización del Consejo de Ministros de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.1 de la Ley 50/2002, de 22 de diciembre, de Fundaciones, para la adopción de nuevas medidas de fusión, transformación o extinción de fundaciones del sector público estatal, en las que exista una participación mayoritaria del Ministerio de Fomento, sus organismos públicos o de las entidades públicas dependientes del mismo.
3. Las operaciones de reestructuración previstas en esta disposición y en los artículos 1 y 2 de este real decreto-ley se ajustarán a los principios y reglas establecidos en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal. El resultado de la reestructuración conllevará una reducción de las entidades afectadas y del gasto en que incurrirán”

Estando prevista, al parecer, la desinversión por algunas Autoridades Portuarias de sus participaciones minoritarias en sociedades filiales de primer grado y en las que el capital público no ostenta posición mayoritaria –sociedades no comprendidas en el Anexo VI del acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012–, surge la duda de si sería aplicable a tales operaciones lo establecido en la disposición adicional tercera del citado Real Decreto-ley 22/2012, de 20 de julio, y si aquéllas deberían someterse a los trámites recogidos en el repetido acuerdo del Consejo de Ministros.

Como ya se ha expuesto, la respuesta, coincidiendo con el parecer de Puertos del Estado, debe ser negativa, dado el sentido de la disposición adicional tercera del repetido Real Decreto-ley. En efecto, para que las operaciones de reestructuración previstas en dicha disposición adicional, más concretamente, las previstas en su apartado 1 tengan que ajustarse, como preceptúa su apartado 3, a los principios y reglas establecidos en el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, es preciso que, previamente, se promueva la adopción de nuevos acuerdos, que habrán de tomarse por el Consejo de Ministros, ya que la alusión a los nuevos acuerdos por el apartado 1 de la disposición adicional de continua referencia se hace “en el marco de lo dispuesto en los artículos 168 y 169 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas”, y estos últimos preceptos refieren precisamente al Consejo de Ministros la competencia para la adopción de acuerdos concernientes a la reestructuración del sector público empresarial y a operaciones societarias (creación, transformación, fusión, escisión, extinción de sociedades, actos de adquisición y enajenación de acciones, etc.).

Dado que no consta que el Consejo de Ministros haya adoptado nuevos acuerdos, el régimen jurídico de enajenación de acciones de sociedades en las que participen las Autoridades Portuarias será el definido en el artículo 46 del TRLPEMM.

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

CONCLUSIÓN

La desinversión por las Autoridades Portuarias de las participaciones minoritarias de que sean titulares en sociedades mercantiles no relacionadas en el Anexo VI del acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012 no está sometida a las reglas y procedimientos establecidos en dicho acuerdo, rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 46 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.

68.- Informe sobre los trámites procedimentales que deban seguirse para la enajenación de acciones y participaciones sociales de entidades mercantiles de las que sean titulares las Autoridades Portuarias, más concretamente, si es necesaria la previa autorización del Consejo de Ministros cuando el precio de la enajenación de las acciones o participaciones sociales sea superior a 10 millones de euros.

Ref.: A.G. – ENTES PÚBLICOS 75/2013 (R-679/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre los trámites procedimentales que deban seguirse para la enajenación de acciones y participaciones sociales de entidades mercantiles de las que sean titulares las Autoridades Portuarias, más concretamente, si es necesaria la previa autorización del Consejo de Ministros cuando el precio de la enajenación de las acciones o participaciones sociales sea superior a 10 millones de euros. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

En línea con el escrito de consulta, la respuesta a la cuestión enunciada en el encabezamiento de este informe requiere hacer referencia a la normativa aplicable que suscita aquélla. Dicha normativa se concreta, en primer lugar, en la disposición adicional quinta de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) que, bajo la rúbrica de “Régimen patrimonial de determinados organismos públicos”, dispone en su apartado 1 lo siguiente:

“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.”

Por su parte, el artículo 169 de la LPAP, a cuyo ámbito de aplicación y alcance se hará referencia más adelante, preceptúa lo siguiente:

“Sin perjuicio de las autorizaciones del Consejo de Ministros a que esta ley y otras específicas someten determinadas actuaciones de gestión del sector pública empresarial del Estado, compete al Consejo de Ministros:

(...)

- j) Autorizar los actos de adquisición por compra o enajenación de acciones por la Administración General del Estado o sus organismos públicos cuando el importe de la transacción supere los 10 millones de euros

(...)”

Junto a las previsiones de la LPAP de que se ha hecho mención, deben tenerse también en cuenta determinadas reglas establecidas 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 (TRLPEMM). En este sentido, el artículo 24.2, último párrafo, del TRLPEMM (que recoge la previsión contenida en el artículo 35.2, último párrafo, de la Ley 27/1992, de 24 de

noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en la redacción dada al mismo por la disposición final siete de la Ley 48/2003, de 24 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general) dispone, en relación con las Autoridades Portuarias, lo siguiente:

“En cuanto al régimen patrimonial, se regirá 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 46.1 del TRLPEMM (que encuentra su antecedente en el artículo 50.1 de la Ley 48/2003), relativo a la participación en sociedades y otras entidades, establece, por lo que aquí importa, lo siguiente:

“(…)

La adquisición o enajenación de acciones de sociedades en las que participe la Autoridad Portuaria deberá ser autorizada por su Consejo de Administración, previo informe favorable de Puertos del Estado cuando el conjunto de compromisos contraídos en dicha sociedad no supere el 1 por ciento del activo no corriente neto de la Autoridad Portuaria y siempre que estas operaciones no impliquen la adquisición o pérdida de la posición mayoritaria.

Cuando el conjunto de los compromisos contraídos en dicha sociedad pueda superar el 1 por ciento del activo no corriente neto de la Autoridad Portuaria, la adquisición requerirá previa autorización de Puertos del Estado.

Cuando la adquisición o enajenación de acciones de sociedades implique la adquisición o pérdida de la posición mayoritaria de alguno de los organismos o del sistema portuario estatal, la autorización corresponderá al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Fomento

(…)”

A la vista de los preceptos de LPAP y del TRLPEMM de que se ha hecho mención, se suscita duda acerca del alcance del carácter supletorio de la LPAP respecto a la regulación del régimen patrimonial de los organismos portuarios contenida en el TRLPEMM, y que tiene por base las previsiones de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre

Partiendo del principio de que la ley posterior deroga a la anterior, la plena sujeción de las Autoridades Portuarias al régimen patrimonial dispuesto por la LPAP quedó modulada pocas semanas después de la promulgación de dicho texto legal por la aprobación de la Ley 48/003, de 26 de noviembre, que dio nueva redacción al artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, estableciendo la norma que actualmente se recoge en el artículo 24.2, párrafo último, del TRLPEMM, donde se da primacía, en cuanto al régimen patrimonial de las Autoridades Portuarias, a su legislación específica y, en lo no previsto en ella, a la LPAP, siendo aplicable, por tanto y desde la promulgación de la Ley 48/2003, la LPAP a los organismos públicos portuarios con carácter supletorio.

Pues bien, a la vista de dicha sucesión normativa, en principio favorable a la aplicación preferente de la normativa patrimonial específica de los organismos públicos portuarios y a la consiguiente supletoriedad de la LPAP, en lo no previsto en dicha normativa específica, la cuestión que debe resolverse no es otra, como bien se indica en el escrito de consulta, que la de determinar el alcance exacto de la regla de supletoriedad contenida en el artículo 24.2, último párrafo, del TRLPEMM, teniendo en cuenta la previsión del artículo 46.1 de este texto legal sobre adquisición o enajenación, por parte de las Autoridades Portuarias, de acciones de sociedades mercantiles.

Para la adecuada resolución de esta cuestión, es preciso, ante todo, resaltar la existencia de una normativa específica en materia de régimen patrimonial de los organismos públicos portuarios. En este sentido, no pueden desconocerse las previsiones contenidas en el Capítulo V del Título II del Libro Primero del TRLPEMM (artículos 42 a 46) relativas a adscripción, adquisición y afectación de bienes a los organismos públicos portuarios, desafectación de

bienes de dominio público adscritos a las Autoridades Portuarias y a Puertos del Estado y a la participación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias en sociedades y otras entidades. Ello viene a poner de manifiesto el designio del legislador de establecer determinadas especialidades en materia de régimen patrimonial de los organismos portuarios, pues no puede entenderse de otra forma la propia existencia de las reglas consignadas en el Capítulo V del Título II del Libro Primero del TRLPEMM, así como la propia existencia de la regla del artículo 24.2, párrafo último, de dicho texto legal.

Así las cosas, queda por determinar el grado de supletoriedad de la LPAP en la regulación del régimen de participación de las Autoridades Portuarias en sociedades que establece el TRLPEMM o, dicho de otra forma, si la regulación de este régimen de participación contenida en el artículo 46 del TRLPEMM (reproducción del artículo 50 de la 48/2003), norma específica en la materia y, en principio, de aplicación preferente de acuerdo con el artículo 24.2, párrafo último, del TRLPEMM, adolece de lagunas legales que hagan preciso acudir supletoriamente a la regulación contenida en la LPAP, más concretamente, en el artículo 169 j) de este último texto legal.

Pues bien, parece razonable entender que el criterio o canon para determinar si el régimen jurídico de participación de las Autoridades Portuarias en sociedades y demás entidades que establece el artículo 46 del TRLPEMM adolece de lagunas legales que hagan preciso acudir como régimen supletorio al establecido en la LPAP no puede ser otro que el grado de detalle del régimen establecido por el citado artículo 46. Partiendo de esta premisa, el examen de esta norma pone de manifiesto que en ella se establece una regulación pormenorizada, como resulta de la extensión de dicho precepto legal que aborda: 1) la delimitación positiva y negativa de la participación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias en sociedades; 2) el régimen jurídico a que ha de someterse la adquisición y enajenación de acciones y participaciones sociales por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias, detallando los distintos supuestos y los requisitos que deben cumplirse en cada uno de ellos; 3) el régimen jurídico al que deben someterse las operaciones de adquisición y enajenación de acciones de terceras sociedades que realicen las sociedades participadas por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias; y 4) la participación de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias en fundaciones y consorcios. Así las cosas, no cabe apreciar, en punto al régimen de participación de las Autoridades Portuarias en sociedades mercantiles, laguna o vacío normativo que deba ser colmado mediante la aplicación supletoria de la LPAP

Sentada la anterior conclusión, y estando únicamente prevista en el artículo 46.1, in fine, del TRLPEMM la autorización del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Fomento, cuando la adquisición o enajenación de acciones de sociedades implique, respectivamente, la adquisición o pérdida de la posición mayoritaria de los organismos portuarios o del sistema portuario estatal, cualquiera que sea el precio de enajenación de las participaciones, la citada autorización no sería precisa cuando el importe de la operación, aun superando la suma de 10 millones de euros, no implique la pérdida de la posición mayoritaria, y todo ello sin perjuicio del necesario informe o autorización previa de Puertos del Estado, de acuerdo con las previsiones del propio artículo 46.1 cuando el conjunto de compromisos contraídos en la sociedad participada por la Autoridad Portuaria supere o no el 1 por ciento del activo no corriente neto de la Autoridad Portuaria.

Frente a esta posición, que parte de la especificidad y exhaustividad de la normativa portuaria en este punto, se alza el parecer de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado para la que la dicción del primer párrafo del artículo 169 de la LPAP (“sin perjuicio de las autorizaciones del Consejo de Ministros a que esta ley y otras específicas someten determinadas actuaciones de gestión del sector público empresarial del Estado”) implicaría, según dice dicha Asesoría Jurídica, “una voluntad inequívoca del legislador de recabar preceptivamente la intervención del Consejo de Ministros en estas operaciones por su elevada cuantía, con independencia de la coexistencia con otras previsiones normativas, ya omitan la autorización del Consejo de Ministros, ya la contemplen por otros motivos o para otros supuestos y ya se contengan en la propia LPAP u otras legislaciones sectoriales”

El planteamiento de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado no es satisfactorio, ya que no toma en consideración cuál sea el ámbito de aplicación de las reglas consignadas en el Título VII de la LPAP, en el que precisamente se incluye la regla que establece el artículo 169 j) del repetido texto legal, siendo así que este dato es fundamental.

En efecto, aun cuando del tenor literal del artículo 169. j) resulte claro que la intervención del Consejo de Ministros se determina únicamente en función de la cuantía de la operación, lo que no puede soslayarse, una vez afirmada esa regla de necesidad de la autorización del Consejo de Ministros para operaciones de cuantía superior a 10 de millones de euros, es el ámbito de aplicación de dicho precepto, lo que constituye, como fácilmente se comprende, un prius lógico-jurídico: será primero necesario examinar si el supuesto que en cada caso se considere está comprendido o no en el ámbito de aplicación del Título VII de la LPAP –ámbito de aplicación que se delimita en el artículo 166.1– y, sólo si ese supuesto queda comprendido en dicho ámbito, procederá aplicar la regla del artículo 169 j). No cabe, por ello, afirmar que el designio del legislador es someter en todo caso a intervención del Consejo de Ministros operaciones de elevada cuantía con independencia de la existencia de otras normas, ya omitan la autorización del Consejo de Ministros, ya la establezcan por otros motivos o para otros supuestos, ya que esa afirmación sólo sería válida si la regla del artículo 169.j) de la LPAP se aplicase a todas las entidades del sector público estatal, lo que, como seguidamente se expone, no es así.

El artículo 166.1 de la LPAP, que lleva por rúbrica “Ámbito de aplicación,” establece lo siguiente:

“Las disposiciones de este título serán de aplicación a las siguientes entidades:

- a) Las entidades públicas empresariales, a las que se refiere el capítulo III del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
- b) Las entidades de Derecho público vinculadas a la Administración General del Estado o a sus organismos públicos cuyos ingresos provengan, al menos en un 50 por 100, de operaciones realizadas en el mercado.
- c) Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquéllas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.
- d) Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos.”

Delimitado el ámbito de aplicación del Título VII de la LPAP y, por tanto, el ámbito de aplicación de la regla del artículo 169 j) de dicho texto legal, debe indicarse que las Autoridades Portuarias no son entidades públicas empresariales a que se refiere el Capítulo III del Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, corroborando la propia LPAP este aserto desde el momento en que en su artículo 110.2 cita como entidades distintas a las entidades públicas empresariales y a los organismos portuarios. Tampoco son las Autoridades Portuarias Organismos autónomos ni entidades de derecho público vinculadas a la Administración del Estado cuyos ingresos provengan, al menos en 50%, de operaciones realizadas en el mercado, ya que más del 50% de los ingresos de las Autoridades Portuarias proceden de las tasas portuarias.

En consecuencia, las fundadas dudas sobre la aplicación del artículo 169 j) de la LPAP (y por tanto de la necesidad de autorización del Consejo de Ministros) a las adquisiciones

o enajenaciones de acciones o participaciones sociales por importe superior a 10 millones de euros quedan despejadas desde el momento en que el artículo 169 j) de la LPAP no es aplicable a las Autoridades Portuarias, al no estar comprendidas estas entidades en el ámbito de aplicación de dicho precepto legal que no es otro que el delimitado por el artículo 166.1 de la propia LPAP.

Frente a ello no cabe invocar la disposición adicional quinta de la LPAP, ya que, a juicio de este Centro Directivo, la sujeción de las Autoridades Portuarias a las previsiones de la LPAP –éste es el contenido de dicha disposición adicional– no puede extenderse más allá de los contenidos normativos de la propia LPAP, esto es, y dicho en otros términos, el mandato de la citada disposición adicional quinta no puede dar lugar a que la LPAP se aplique en todo aquello en lo que este texto legal no se aplica.

En efecto, si los organismos y entidades del sector público estatal deben tomar en consideración, para la aplicación de las previsiones del Título VII de la LPAP –en el que se incluye la regla del artículo 169 j) de este texto legal–, si están o no comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho título –delimitado en el artículo 166.1–, de forma que si no están incluidos en ese ámbito no se les aplica la regla del artículo 169 j), no se aprecia ninguna razón objetiva y suficiente para que los organismos portuarios, que no están comprendidos en el ámbito de aplicación del citado Título VII, deban prescindir de dicho ámbito y aplicar, pese a no estar incluidos en él, la regla del artículo 169.j).

En resumen, y a modo de recapitulación de lo dicho, debe entenderse que la regla del artículo 24.2, párrafo último, del TRLPEMM y su remisión, en cuanto al régimen patrimonial de los organismos portuarios, a su legislación específica, unido a la inaplicación a estas entidades de las previsiones del artículo 169 j) de la LPAP, conduce a concluir que para la enajenación, por parte de una Autoridad Portuaria, de acciones o participaciones sociales de que sea titular, cualquiera que sea la cuantía de la operación (inferior o superior a 10 millones de euros) no es aplicable la regla del artículo 169 j) de la LPAP.

A la vista de lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- Para la determinación de los trámites que deban seguirse en la enajenación de acciones o participaciones sociales de entidades mercantiles de las que sean titulares las Autoridad Portuaria habrá que tenerse en cuenta únicamente, cualquiera que sea el importe de la operación, las previsiones del artículo 46 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 no las contenidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Segunda.- De conformidad con el artículo 46. 1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la enajenación de acciones o participaciones sociales de entidades mercantiles de las que sea titular una Autoridad Portuaria deberá ser autorizada por su Consejo de Administración, previo informe favorable de Puertos del Estado, cuando el conjunto de compromisos contraídos en dicha sociedad no supere el 1 por ciento del activo no corriente neto de la Autoridad Portuaria; si se supera ese porcentaje, la adquisición requerirá la previa autorización de Puertos del Estado.

Tercera.- Con arreglo al artículo 46.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la autorización del Consejo de Ministros únicamente será necesaria, cualquiera que sea el importe de la enajenación, cuando ella implique la pérdida por parte del organismo público portuario de su posición mayoritaria.

69.- Informe sobre la compra por parte de una entidad de una parcela de la Zona de Actividades Logísticas del Puerto de Valencia.

Resumen

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 90/13 (R – 875/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la compra, por parte de “Valencia Plataforma Intermodal y Logística, S.A.,” de la parcela B1 de la Zona de Actividades Logísticas del Puerto de Valencia. 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. De la documentación remitida a este Centro Directivo resulta los siguientes antecedentes:

- A) El 14 de octubre de 1997 se firmó 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, acordándose que la Autoridad Portuaria redactase el Plan Especial de la Zona de Actividades Logísticas (ZAL) y que fuera la Generalitat Valenciana quien lo tramitase, en cumplimiento de la Ley reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana. Posteriormente se inició el proceso de expropiación y se programó la ejecución del proyecto de urbanización y comercialización de la primera fase de la ZAL a través de la entidad pública empresarial SEPES y la sociedad Valencia Plataforma Intermodal y Logística, S.A. (en adelante, VPI).
- B) El 18 de julio de 2000, SEPES y VPI suscribieron un convenio para la comercialización de la ZAL de Valencia. Habiéndose adjudicado SEPES la redacción del proyecto de urbanización e iniciada la fase de preparación del proyecto de expropiación, se acordó que SEPES, además de la adquisición, ejecución y financiación de la actuación, se hiciera cargo de la enajenación de las parcelas y VPI de la gestión y comercialización en exclusiva de las parcelas logísticas.
- C) En el marco de dicho proceso de gestión y comercialización de las parcelas SEPES y VPI acordaron, el 22 de diciembre de 2010, la compraventa de las parcelas B2, F2 y G2 por precio de 45.786.778 euros y opciones de compra del resto de las parcelas, entre ellas la parcela B1. En relación con esta última parcela, la opción de compra debería ejercitarse antes del 30 de junio de 2013, habiéndose convenido un precio de 12.541.311 euros, importe del que se descontaría el precio de la opción, fijado en 554.370 euros.
- D) El 22 de diciembre de 2011 se acordó la modificación de las bases de comercialización aprobadas, así como la compra de la parcela A1 por precio de 14.613.118 euros (descontado el precio de la opción) en lugar de la compra de la parcela A2 que quedó diferida al año 2016.
- E) El 23 de diciembre de 2011 se acordó igualmente una modificación del contrato de opción de compra suscrito el 22 de diciembre de 2010 y relativo a la parcela B1, que afectó únicamente a la estipulación quinta, añadiéndose, en lo que aquí importa, que “en tanto se encuentre pendiente de pago el precio de las parcelas que componen la manzana B1, VPI no puede ejercitar ninguna de las opciones otorgadas por SEPES a su favor el 22 de diciembre de 2010 en relación con las parcelas que integran las manzanas A2, A3, A4, B4,

C2, D2 y E2, sin derecho del optante a exigir la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de precio de la opción y extinguiéndose las mismas, en caso de que transcurran sus respectivos plazos de ejercicio sin que el citado precio haya sido satisfecho”.

- F) Es importante resaltar que el Plan Especial que amparaba la actuación ZAL del Puerto de Valencia fue declarado nulo por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2013, al estimarse que “en los supuestos de nulidad de un Plan Especial, declarada en sentencia firme, la Administración no cumple la sentencia adicionando, añadiendo o supliendo el trámite que falta y por el que se declaró la ineficiencia”. Dicha resolución judicial declaró que debía tramitarse ex novo el Plan anulado, no siendo jurídicamente viable su mera subsanación; contra la sentencia se ha preparado recurso de casación.
- G) La evolución de la situación económica en España y la dificultad del acceso al crédito determinaron la falta de comercialización de las parcelas adquiridas por VPI. Como se indica en el informe remitido por la Autoridad Portuaria de Valencia, siguiendo la recomendación de los auditores externos y con el fin de evitar algún reparo en el informe de auditoría, VIP realizó un ajuste por deterioro del valor de los terrenos adquiridos hasta ese momento a SEPES por un importe de 10.124.312 euros, calculado por el método de recuperación del valor. La auditoría manifestó que el precio de futuras adquisiciones debería estar basado en una tasación independiente con el fin de evitar el riesgo de provisionar en ejercicios cercanos al de compra de los terrenos.
- H) Tras varias reuniones entre las partes y ante el vencimiento de la opción de compra, VPI y SEPES acordaron un esquema de compra de la parcela B1 antes del 31 de diciembre de 2013, por un precio de 12.541.311 euros, con un descuento del 18,80%, es decir, de 2.357.766 euros, que, añadido al descuento de la prima satisfecha y a la actualización de la cifra con los intereses, asciende a la suma de 10.463.411 euros, de los que SEPES abonaría 8.000.000 euros en el momento de la compraventa y el resto se aplazaría durante diversos ejercicios.

Segundo. Con fundamento en los anteriores datos, se solicita informe de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre las siguientes cuestiones:

- “1.- ¿ Se considera correcta a la vista de la situación jurídico- urbanística y del mercado inmobiliario en términos de buena gestión y ortodoxia jurídica abordar la operación de compraventa en los términos propuestos?.
- 2.- ¿Podrían incurrir en algún tipo de responsabilidad los administradores de VIP tras acordar adquirir la parcela B1 antes de finalizar el año 2013 al precio señalado en la opción descontando una cantidad equivalente a la provisión por deterioro del valor aplicada en las cuentas anuales de 2012 (10.463.411 euros), si por indicación de los auditores externos durante el examen de las cuentas de 2013 a realizar durante el primer trimestre de 2014, VPI tuviera que incrementar la provisión resultando un valor en libros a 31.12.13 de la parcela B1 inferior al precio de la parcela antes señalada acordado con SEPES en el mes de octubre/ noviembre?.
- 3.- ¿Existe algún tipo de medida que elimine las posibles responsabilidades legales en que pudieran incurrir los Consejeros de VPI al acordar la compra de la parcela B1 en los términos antes descritos?.
- 4.- ¿Si hubiera objeciones jurídicas al esquema planteado, existen soluciones alternativas que permitan conjugar los intereses de SEPES y VPI en términos de legalidad y buena gestión?”

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La primera cuestión planteada a la Abogacía General del Estado consiste en determinar “si considera correcta, a la vista de la situación jurídico-urbanística y del mercado inmobiliario, en términos de buena gestión y ortodoxia jurídica abordar la operación en los términos propuestos”:

No correspondiendo a este Centro Directivo, por escapar a su competencia, pronunciarse sobre la adecuación de la operación a que se refiere la consulta a los postulados de la buena administración, debe examinarse la corrección jurídica de aquélla, lo que se traduce en determinar la incidencia que la situación jurídico-urbanística de la parcela B1 tiene sobre dicha operación.

Aunque la decisión definitiva sobre la situación jurídico-urbanística de la parcela corresponda al Tribunal Supremo, al haberse preparado recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2013, el Plan Especial que amparaba la actuación de la ZAL del Puerto de Valencia ha sido declarado nulo, debiendo tramitarse, según esa sentencia, un nuevo Plan que sustituya al anulado. No es posible, y así lo recuerda la resolución judicial, su subsanación, supliendo a posteriori el trámite originariamente omitido y por el que se declaró la ineficacia del plan. En consecuencia, la parcela B1, al igual que todas las demás incluidas en la ZAL, queda sometida al régimen urbanístico que dispusiese el planeamiento urbanístico anterior.

La anterior circunstancia que, en principio, podría incidir en la materialización de la operación de compraventa prevista, fue tenida en cuenta tanto por SEPES como por VPI, cuando el 22 de diciembre de 2010 ambas entidades suscribieron el contrato de opción de compra de la parcela B1. En esa fecha ya estaba tramitándose el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Consejero de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda de la Generalitat Valenciana de 21 de diciembre de 2009, por la que se aprobó definitivamente el Plan Especial modificativo del Plan General de Valencia, con expediente de homologación para el desarrollo de la ZAL del Puerto de Valencia, recurso que fue resuelto por la referida sentencia de 13 de marzo de 2013.

En efecto, la estipulación undécima (11.1) del contrato de opción, bajo la rúbrica “No repercusión de costes”, dispone lo siguiente:

“11.1. SEPES no repercutirá, en ningún caso, contra el comprador los eventuales incrementos de costes de adquisición de suelo que por cualquier concepto se le pudieran ocasionar en el caso de sentencias adversas en los recursos contra el “Plan Especial modificativo del Plan General de Valencia” o cualquier otro procedimiento administrativo o judicial ocasionado con motivo o con ocasión de la expropiación de los terrenos, renunciando, por su parte, VPI a ejercitar cualquier tipo de acción contra Sepes por los daños y perjuicios que tales procedimientos y su resolución le pudieran ocasionar.

En caso de producirse la pérdida total o parcial de cualquiera de las parcelas objeto del presente contrato a causa de tales procedimientos, la responsabilidad de SEPES se limitará a restituir el precio de la(s) parcela(s) actualizado al tiempo de la evicción”.

A la vista de la estipulación transcrita, la situación urbanística actual de la parcela B1 no constituye un impedimento para concluir la compraventa, dado que las partes eran plenamente conocedoras de la situación litigiosa en que se encontraba el Plan Especial modificativo del Plan General de Valencia, previendo expresamente la posibilidad de sentencias adversas no sólo en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicho Plan, sino también de resoluciones o sentencias adversas en otros procedimientos administrativos y contencioso-administrativos, habiendo incluso renunciado VPI al ejercicio de cualquier acción

contra SEPES por razón de los daños y perjuicios derivados de los indicados procedimientos y recursos.

En suma, la situación jurídico-urbanística de la parcela B1 no constituye ningún impedimento jurídico que obstaculice la celebración del contrato de compraventa en los términos previstos en el contrato de opción de compra, al ser dicha situación plenamente conocida y expresamente tenida en cuenta por las partes.

- II -

La segunda y tercera cuestión que plantea el escrito de consulta quedan referidas a la posible responsabilidad de los administradores de VIP en el caso de que, acordada la adquisición de la parcela B1 al precio señalado en la opción y descontando de él una cantidad equivalente a la provisión por deterioro del valor aplicado en las cuentas anuales de 2012, hubiera que incrementar, por indicación de los auditores, esa provisión, así como si existe algún tipo de medida que elimine las posibles responsabilidades legales en que pudieran incurrir los consejeros de VPI al acordar la compra de la parcela B1 en los términos descritos.

Tal y como se deduce del informe remitido por la Autoridad Portuaria (Documento nº 1), la evolución de la crisis económica y la indudable disminución del valor de los inmuebles a consecuencia de ello ha determinado una evidente corrección en los precios de mercado de dichos inmuebles puesta de manifiesto en las recomendaciones de los auditores externos de VIP, lo que determinó un ajuste por deterioro del valor de los terrenos adquiridos a SEPES con anterioridad aplicando el método de recuperación del valor.

Pues bien, a iniciativa de SEPES y previo acuerdo con VIP, esta última se plantea la adquisición de la parcela B1 antes de finalizar el año 2013 al precio señalado en la opción de compra, es decir, 12.541.311 euros, descontando una cantidad proporcional equivalente a la provisión por deterioro del valor aplicado en las cuentas anuales de 2012, cifrada en un 18,8%, es decir, 2.357.766 euros, cuestionándose la posible responsabilidad de los administradores si deciden la adquisición en estas condiciones y, posteriormente, al auditoría de cuentas de 2013 consideran necesario incrementar la provisión por depreciación del valor.

La cuestión planteada tiene, como fácilmente se advierte, un componente aleatorio, pues de lo que se trata es de determinar la posible responsabilidad de los administradores de la sociedad en la hipótesis de que, efectuada la compra al precio resultante de descontar del fijado en la opción una cantidad equivalente a la provisión por deterioro de valor (aplicado las cuentas anuales de 2012), resultase luego en la contabilidad de VPI un valor inferior de la parcela B1.

Pues bien, ante la situación descrita, entiende esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado que la decisión que se adopte sobre la ejecución de la compraventa (ejercitando el derecho de opción en el caso de que se decidiese efectuar la compraventa) pasa necesariamente por la obtención de un dictamen pericial en el que se fije el precio de la parcela, pudiendo distinguirse a estos efectos dos supuestos:

En primer lugar, y para el caso de que en el dictamen pericial se fijase un precio aproximado (en más o en menos) al que resulta de descontar del precio establecido en la opción una cantidad equivalente a la provisión por deterioro del valor aplicada en las cuentas anuales del 2012, no podría apreciarse responsabilidad de los administradores, pues, en este primer supuesto que se considera, la decisión de comprar por dicho precio estaría justificada por una prueba objetiva y externa a la propia sociedad como sería la tasación pericial que, en la hipótesis que se considera, y esto es decisivo, fija un precio aproximado al anterior, por lo que difícilmente puede apreciarse responsabilidad en quienes deciden comprar por un precio que queda confirmado por una tasación pericial.

Mayor dificultad se suscitaría en el caso de que la tasación pericial arrojase como valor de la parcela B1 una cantidad considerablemente inferior al precio que resulta de descontar del establecido en la opción una cantidad equivalente a la provisión por deterioro del valor aplicada en las cuentas anuales del 2012. En este segundo supuesto, se suscitaría una cuestión de apreciación o ponderación entre, de una parte, la corrección del dictamen pericial y, de otra parte, la corrección del procedimiento consistente en descontar del precio establecido en la opción la provisión por deterioro. Al tratarse, en rigor, de una cuestión de prueba, cabría afirmar que sería discutible la responsabilidad de los administradores. Ahora bien, de existir una diferencia considerable entre el precio que se fijase la tasación pericial y el precio resultante de descontar del fijado en la opción la cantidad equivalente a la provisión por deterioro (el primero el considerablemente inferior al segundo), lo más adecuado es no ejercitar el derecho de opción y, por tanto, no concluir la compraventa por el precio resultante de descontar la provisión por deterioro del valor (aplicada las cuentas anuales del 2012) del precio establecido en la opción.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La situación jurídico-urbanística de la parcela B1, consecuencia de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2013 que anuló el Plan Especial que amparaba la actuación en la Zona de Actividades Logísticas del Puerto de Valencia, no constituye un impedimento para concluir la compraventa.

Segunda.- En relación con la responsabilidad de los administradores de “Valencia Plataforma Intermodal y Logística, S.A.” por acordar la adquisición de la parcela B1 antes de finalizar el año 2013 en el precio señalado en la opción de compra con un descuento equivalente a la provisión por deterioro del valor aplicada en las cuentas anuales de 2012, deberían tenerse en cuenta las consideraciones recogidas en el fundamento jurídico II del presente informe.

70.- Informe sobre la prerrogativa de la inembargabilidad de los bienes titularidad de las Autoridades Portuarias.

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 competencias. 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).

71.- Informe sobre la situación jurídica de la carretera Bilbao- Las Arenas, desafectada del dominio público portuario por Orden del Ministerio de Fomento. Examen de la naturaleza jurídica de los terrenos ocupados por la carretera. Regularización actual de los terrenos indicados.

Resumen

Consulta sobre la situación jurídica de la carretera Bilbao- Las Arenas, desafectada del dominio público portuario por Orden del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 1997. Examen de la naturaleza jurídica de los terrenos ocupados por esa carretera. Análisis del alcance de las previsiones sobre innecesariedad para el cumplimiento de los fines propios de los bienes de dominio público portuario del artículo 49.4 de la LPEMM de 1992, aplicable, por razón del tiempo. Deber partirse, en todo caso, de su consideración como bien patrimonial de la Autoridad Portuaria.

La regularización actual de los terrenos indicados exige, de acuerdo con la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, un acto expreso de afectación al uso general como vía de comunicación de los mismos por parte del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas a favor del Ministerio de Fomento para fines propios de ese departamento, no siendo procedente ya la mutación demanial, que debe ser simultánea a la desafectación y esta tuvo lugar hace muchos años.

Una vez acordada la afectación podrán iniciarse ya los trámites para la transferencia de la carretera, que discurre por los terrenos indicados, a la Comunidad Autónoma del País Vasco, competente en relación con la totalidad de las carreteras cuyo itinerario discorra íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma -ex artículo 10.34 del estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre-, sin perjuicio del ulterior y definitivo traspaso de la misma desde la Comunidad Autónoma a la Diputación Foral de Bizkaia, en aplicación de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, del Parlamento Vasco, de Relaciones entre la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus territorios históricos.

Ref: A.G. ENTES PÚBLICOS 23/14 (R-412/14)

Fecha: 27 de mayo de 2014

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

El Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el Ente Público Puertos del Estado ha examinado su solicitud de dictamen sobre la situación jurídica de la carretera Bilbao- Las Arenas, desafectada del dominio público portuario por Orden del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 1997. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, se emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

- 1) Mediante Orden del Ministerio de Fomento de fecha 18 de diciembre de 1997 se desafectaron del dominio público portuario los terrenos situados en la zona de servicio del Puerto de Bilbao sobre los que discurre la carretera de Bilbao a Las Arenas. Estos terrenos, que fueron inicialmente el camino de sirga de la Ría del Nervión, dejaron de tener uso portuario pasando de hecho a convertirse en la carretera de Bilbao a Las Arenas al menos desde 1939.
- 2) En el expediente de desafectación, tramitado de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 49.4 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de

Bilbao, por acuerdo adoptado en su reunión de 6 de julio de 1994, declaró “la innecesariedad de la carretera de Bilbao a Las Arenas, entre la curva de Elorrieta, en Bilbao, y el inicio del término municipal de Getxo, para su desafectación según el procedimiento legalmente establecido, y su posterior adscripción a la Diputación Foral de Vizcaya, si así se estima oportuno”.

Por su parte, la Dirección General de Costas, considerando que los terrenos objeto de la desafectación han perdido sus características naturales de bienes de dominio público marítimo- terrestre y se consideran innecesarios para su protección y defensa, el 16 de noviembre de 1994, informó favorablemente “la desafectación del dominio público portuario de los terrenos ocupados por la carretera de Bilbao a Las Arenas, en la margen derecha de la Ría del Nervión”.

Igualmente, el Ente Público Puertos del Estado, por escrito de 5 de diciembre de 1994, informó favorablemente la desafectación de la carretera “para que posteriormente la Autoridad Portuaria de Bilbao pueda proceder a su entrega a la Diputación Foral de Vizcaya”.

3) El apartado segundo de la Orden de desafectación, que va a ser objeto de especial análisis en el informe, dispone lo siguiente:

“SEGUNDO.- A los terrenos desafectados de la zona de servicio del Puerto de Bilbao a que se refiere el apartado anterior, se les dará el destino que proceda con arreglo al ordenamiento jurídico vigente teniendo en cuenta su uso actual como vía de comunicación, si bien los terrenos sobre los que discurran tramos de la carretera que sean limítrofes con el espacio de agua deberán quedar abiertos permanentemente al tránsito para paso, vigilancia portuaria y salvamento”.

4) A pesar de que tanto el acuerdo de declaración de innecesariedad de la Autoridad Portuaria de Bilbao como el informe de Puertos del Estado y el apartado segundo de la propia Orden de desafectación se inclinan claramente por el mantenimiento del destino de los terrenos desafectados a carretera o vía de comunicación y por su adscripción o entrega a la Diputación Foral de Vizcaya, lo cierto es que, hasta la fecha, no se han producido los actos necesarios para materializar el cambio de titularidad del bien.

Es más, desde el momento en que se produjo la desafectación, se entró en una larga fase de indefinición jurídica acerca de la titularidad de la vía de la que son ejemplo diversas sentencias de Juzgados de lo Contencioso- Administrativo de Bilbao en recursos de responsabilidad patrimonial por daños derivados de accidentes producidos en ella que, si bien acogieron la excepción de falta de legitimación pasiva de la Autoridad Portuaria demandada tomando por base la Orden de desafectación, no contienen valoración jurídica alguna acerca de la titularidad de la carretera.

Recientemente, a pesar de que la carretera en cuestión no ha sido objeto de entrega a la Diputación Foral, por parte de esta se comenzaron a ejecutar unas obras que abarcan diferentes modificaciones de la señalización con ajuste de trazado así como la ejecución de aceras, lo que determinó, ante la presunta falta de los permisos necesarios de las Administraciones competentes por ubicarse en las denominadas servidumbres de tránsito y protección de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, una comunicación de la Demarcación de Costas del País Vasco, dependiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, de fecha 30 de agosto de 2013, dirigida a la Autoridad Portuaria de Bilbao, anunciándole la posible incoación de un expediente sancionador, a lo que dio respuesta la misma el 20 de septiembre siguiente señalando que, aunque tenía constancia de la realización de unas obras en carreteras de titularidad de la Diputación Foral próximas a la carretera discutida, la referida actuación no afectaba a bienes o derechos pertenecientes a la Autoridad Portuaria, dando a entender que la carretera en cuestión, tras la desafectación, ya no le pertenecía y, por tanto, nada tenía que decir.

5) El pasado 17 de marzo de 2014, la Abogacía del Estado en Bizkaia, dando respuesta a una solicitud de informe de la Autoridad Portuaria de Bilbao acerca de la situación y el régimen jurídico aplicable a la carretera Bilbao- Las Arenas, carretera actualmente identificada como BI-711, como consecuencia de la desafectación del terreno sobre el que discurre la misma de la zona de servicio del Puerto de Bilbao, en virtud de la Orden del Ministro de Fomento de 18 de diciembre de 1997, en el que se le planteaban una serie de cuestiones, formuló las siguientes conclusiones:

- “1ª. La desafectación de los terrenos ocupados por la carretera BI-711 de la zona de servicio del Puerto de Bilbao no supone conversión de los mismos en bienes patrimoniales, dado que las carreteras son, por ley, bienes de dominio público.
- 2ª. El titular de la carretera sigue siendo la Autoridad Portuaria de Bilbao.
- 3ª. La transferencia de la carretera al Ministerio de Fomento ha de realizarse a través del procedimiento de mutación demanial regulado en los artículos 71 y siguientes de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- 4ª. La competencia para acordar la mutación demanial corresponde al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, a propuesta conjunta del Presidente de la Autoridad Portuaria de Bilbao y del Ministro de Fomento.
- 5ª. Posteriormente podrá transferirse la carretera al Gobierno Vasco y, por éste, a la Diputación Foral de Bizkaia.”
- 6) Por último, recibido en Puertos del Estado escrito de la Autoridad Portuaria de Bilbao, junto con el expediente, solicitando que por parte del mismo se inicien concertadamente las actuaciones procedentes para solventar la controversia generada respecto a la situación jurídica actual de la carretera, dicho Ente Público no comparte plenamente las conclusiones contenidas en el informe indicado por una serie de consideraciones jurídicas que se exponen, solicitándose ya, a la vista de ello, dictamen de la Abogacía General del Estado en cuanto al procedimiento para transferir la mencionada carretera a la Diputación Foral de Bizkaia, de acuerdo con las cuestiones planteadas por la Autoridad Portuaria de Bilbao a la Abogacía del Estado en Bizkaia, según consta en el informe emitido por la misma, que se vuelven a plantear a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La primera de las cuestiones planteadas a la Abogacía del Estado en Bizkaia y por extensión a la Abogacía General del Estado se refiere a la naturaleza jurídica de los terrenos ocupados por la carretera tras la Orden de desafectación.

Para dar una respuesta fundada a esta cuestión hay que comenzar refiriéndose a la parte dispositiva de la Orden de desafectación, que textualmente dispone:

“Primero.- Se desafectan de la zona de servicio del Puerto de Bilbao los terrenos sobre los que discurre la carretera de Bilbao a Las Arenas, entre el tramo comprendido entre la curva de Elorrieta en Bilbao, y el inicio del término municipal de Getxo, con la extensión material que figura en el plano que obra en el expediente.

Segundo.- A los terrenos desafectados de la zona de servicio del Puerto de Bilbao a que se refiere el apartado anterior, se les dará el destino que proceda con arreglo al ordenamiento jurídico vigente teniendo en cuenta su uso actual como vía de comunicación, si bien los terrenos sobre los que discurran tramos de la carretera que sean limítrofes con el espacio de agua deberán quedar abiertos permanentemente al tránsito para paso, vigilancia portuaria y salvamento.”

En efecto, como se indica en el informe de la Abogacía del Estado en Bizkaia, ninguna duda suscita el apartado primero de la Orden de desafectación, surgiendo, por el contrario, las dudas interpretativas en relación con el apartado segundo, apartado que comienza diciendo que, a los terrenos desafectados “..se les dará el destino que proceda con arreglo al ordenamiento jurídico vigente...”, aunque, al mismo tiempo, añade, “...teniendo en cuenta su uso actual como vía de comunicación...”

La referencia que se hace en ese apartado segundo a que se dará a los terrenos el destino que proceda con arreglo al ordenamiento jurídico vigente debe reconducirse necesariamente al artículo 49.4 de la LPEMM, precepto que se tuvo presente, en todo momento, como fundamento de la Orden de desafectación.

El artículo 49.4 de la LPEMM, del que el actual artículo 44.1 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 (TRLPEMM), con ligeros matices, es fiel trasunto, disponía que:

“Los bienes de dominio público portuario que resulten innecesarios para el cumplimiento de fines de este carácter podrán ser desafectados por el Ministerio de Fomento, 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, quien podrá proceder a su enajenación o permuta. Si el valor fuere superior a quinientos millones de pesetas y no excediera de tres mil millones, su enajenación deberá, además, ser autorizada por Puertos del Estado y por el Gobierno cuando sobrepase esta última cantidad.

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”

Una primera aproximación a este precepto lleva a la conclusión de que el destino final de los bienes de dominio público portuario desafectados por resultar innecesarios para el cumplimiento de fines de este carácter es su incorporación con carácter imperativo (“..se incorporarán...”) al patrimonio de la Autoridad Portuaria, con la única excepción, que aquí no concurre tras el informe de la Dirección General de Costas, de aquellos bienes desafectados que conserven sus características naturales de bienes de dominio público marítimo-terrestre, conforme a lo previsto en la Ley 22/1988, de Costas, que se incorporarán automáticamente al uso propio del dominio público marítimo-terrestre.

La Abogacía del Estado en Bizkaia entiende, no obstante, que, el hecho de que el artículo 49.4 de la LPEMM, en su párrafo segundo, haya establecido esa sola excepción a la obligada incorporación del bien desafectado al patrimonio de la Autoridad Portuaria, no significa que no pueda entrar en juego otra exclusión en aplicación de cualquier otra disposición normativa que deba aplicarse al bien desafectado en cuestión.

Sobre esa base, considera que la desafectación de los terrenos sobre los que se asienta la carretera al uso portuario realizada de acuerdo con la normativa aplicable no convierte el bien desafectado en un bien patrimonial o, si se prefiere, no determina la incorporación del mismo como bien patrimonial al patrimonio de la Autoridad Portuaria, “..cuando las condiciones de hecho que concurren determinan la necesaria aplicación de normas que implican una calificación jurídica distinta, dado que las condiciones fácticas son determinantes de la citada calificación”. En apoyo de su tesis cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 16 de enero de 2012, reproducida en lo esencial, de la que se deduce, en un supuesto de determinación de si un lugar litigioso es vía pública o privada, que hay que estar a las circunstancias de hecho y derecho del caso concreto, teniendo en cuenta el carácter de bien de dominio público por naturaleza de los caminos al que alude el artículo 339.1º del Código Civil, para terminar reconociendo, en el caso suscitado, que, del examen de

esas circunstancias concretas, podía llegarse a la conclusión de que se trataba de un camino y por ende de un bien de dominio público por naturaleza.

Lo expuesto le sirve para entender que el terreno desafectado al uso portuario en el caso analizado, en cuanto constituye la base física de la carretera BI- 711, no puede ser considerado como bien patrimonial al reunir las características legalmente establecidas para ser incluido en el concepto de "carretera," regulado en la vigente Ley 25/1988, de Carreteras y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1812/1994, por lo que resulta evidente que, al menos desde 1939, tiene la consideración de bien de dominio público, siendo esa su naturaleza.

La naturaleza de bien de dominio público de la carretera en cuestión y el silencio de la Orden de desafectación sobre la modificación de la titularidad de la carretera cuestionada, aun recordando la condición de vial de la misma, - sigue diciendo - determina la necesidad de una resolución administrativa expresa que materialice el cambio de titularidad, siendo, - a su entender -, la figura aplicable para realizar ese cambio la mutación demanial del artículo 71 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Llegados a este punto, es necesario analizar si, la desafectación de la zona de servicio del puerto de los bienes de dominio público portuario, a la que se refiere el artículo 49.4 de la LPEMM, a salvo la excepción contenida en su segundo párrafo (bienes que conserven las características naturales de bienes de dominio público) que aquí no concurre, como se ha dicho, determina que, obligatoriamente, los mismos deban incorporarse, se entiende como bienes patrimoniales, al patrimonio de la Autoridad o, si, por el contrario, pueden existir determinados bienes, singularmente los bienes de dominio público por naturaleza, entre los que, según la Abogacía del Estado de Bizkaia, estarían las carreteras que, a pesar de la desafectación, mantendrían en todo caso su condición de bienes de dominio público sin convertirse en bienes patrimoniales ni incorporarse, por tanto, al patrimonio de la Autoridad Portuaria.

Para dar una respuesta en Derecho a esta primera y fundamental cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los terrenos ocupados por la carretera Bilbao- Las Arenas tras su desafectación, hay que tener presente, en primer lugar, la dicción literal del artículo 49.4 de la LPEMM que, cuando se refiere a los bienes que pueden ser desafectados habla de los "bienes de dominio público portuario..."

Por bienes de dominio público portuario hay que entender de acuerdo con el artículo 53 de la misma Ley (hoy artículo 67.1.a) del TRLPEMM), los bienes que enumera entre los que están, en primer lugar, sin mayor especificación, " a) Los terrenos, obras e instalaciones fijas portuarias de titularidad estatal afectados al servicio de los puertos "; categoría en la que tendrían acomodo los terrenos de la zona de servicio del puerto sobre los que discurre la carretera de Bilbao a Las Arenas, objeto de desafectación.

Siendo esto así, resulta indudable, a juicio del que suscribe, que cualquier terreno portuario de titularidad estatal afectado al servicio de los puertos, entre los que encontrarían los terrenos sobre los que discurre una carretera de la zona de servicio del puerto, puede ser objeto de desafectación cuando deje de ser necesario para el cumplimiento de los fines de interés general que motivaron su afectación. Esa desafectación, cualquiera que sea las condiciones de hecho que concurran en el bien desafectado, determina, en principio, su conversión en bien patrimonial, a salvo, claro está, el caso de mutación demanial, que implica la desafectación de un bien o derecho y la simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público.

Así se deduce claramente de los artículos 69 y 71 de la actual LPAP, aplicable supletoriamente a las Autoridades Portuarias (artículo 24.2, in fine del TRLPEMM) que, aunque no estaba en vigor cuando se aprobó la desafectación de los terrenos objeto de informe, sigue las pautas normativas implícitas en la anterior Ley de Patrimonio del Estado, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril.

El primero de ellos, que lleva por rúbrica, “Desafectación de los bienes y derechos de dominio público,” deja claro que los bienes y derechos demaniales perderán esta condición, adquiriendo la de patrimoniales, en los casos en que se produzca su desafectación, por dejar de destinarse al uso general o al servicio público. El artículo 71, por su parte, bajo la rúbrica “Mutaciones demaniales,” comienza diciendo que la mutación demanial es el acto en virtud del cual se efectúa la desafectación de un bien o derecho del Patrimonio del Estado, con simultánea afectación a otro uso general, fin o servicio público de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

Tal y como se indicó anteriormente, el propio artículo 49.4 de la LPEMM, cuando, de forma imperativa, tras referirse a la desafectación de los bienes de dominio público portuario, añade que se incorporarán al patrimonio de la Autoridad Portuaria, viene a ratificar, sin excepción alguna, este planteamiento, y así ha tenido oportunidad de ratificarlo la Audiencia Nacional, en sentencia de 20 de diciembre de 2011 (R.734/2010) y en la más reciente de 20 de enero de 2014 (R.990/2011), que cita la anterior, en un caso, precisamente, de desafectación del dominio público portuario de un tramo de vial.

En dichas sentencias se asume uno de los fundamentos de la decisión recurrida, donde se dispone:

“Procede significar que el acto de desafectación del dominio público portuario de un tramo del vial Lezo-Bide no está vinculado, en términos jurídicos, con su posterior destino. Esto es, la consecuencia inmediata de toda desafectación es que los bienes desafectados pasan a formar parte del patrimonio de la Autoridad Portuaria correspondiente, quien podrá proceder a su enajenación, permuta o cesión gratuita, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos.”

En definitiva, cualquiera que sean las características propias del bien de dominio público portuario de que se trate, en este caso de los terrenos situados en la zona del servicio del puerto sobre los que discurre la carretera de Bilbao a Las Arenas, la desafectación de los mismos por su innecesariedad para el cumplimiento de los fines propios de la Autoridad Portuaria de Bilbao o, si se prefiere, como se indica en la Orden de desafectación, por su innecesariedad como consecuencia de la pérdida de uso portuario, determina, a salvo de una posible mutación demanial, que dejen de tener la condición de bienes de dominio público y que adquieran, por ende, la condición de bienes patrimoniales, naturaleza de la que, en principio, debe partirse en todo caso.

- II -

La dos siguientes cuestiones planteadas se refieren al procedimiento a seguir para culminar el destino de los terrenos con arreglo al ordenamiento jurídico y a los órganos de la Administración que resulten competentes para la adopción del procedimiento, ejecución y formalización de las actuaciones pertinentes para culminar el destino del bien como viario de comunicación.

Una vez determinada la naturaleza de bien patrimonial de los terrenos objeto de la desafectación y para dar una respuesta en Derecho a las cuestiones suscitadas, es preciso dejar sentada, de nuevo, la clara voluntad de los diversos organismos intervinientes en el procedimiento de desafectación, en concreto de la Autoridad Portuaria, del Ente Público Puertos del Estado y del propio Ministro de Fomento, que firma la Orden de desafectación, explicitada en los informes emitidos (antecedentes 2) y 3), y en la propia Orden, de seguir destinando los terrenos en cuestión, sobre los que discurre la carretera de Bilbao a Las Arenas, a vía de comunicación, adscribiéndolos o entregándolos a tal fin a la Diputación Foral de Vizcaya.

Sobre esa base, lo lógico y procedente hubiera sido que, una vez acordada la desafectación de los terrenos, sin pérdida de su condición de bienes de dominio público, se hubiera

producido de forma inmediata y simultánea, a través de una mutación demanial, figura reconocida en la antigua Ley de Patrimonio del Estado (artículo 124), aunque sin una regulación tan detallada como la contenida en los actuales artículos 71 y 72 de la LPAP, a la afectación de los mismos a la Administración General del Estado, Ministerio de Fomento, como paso previo a una futura transferencia de la carretera a la Comunidad Autónoma del País Vasco y por esta a la Diputación Foral de Vizcaya. No se hizo así, por lo que, en puridad y formalmente, desde 1997 y hasta la fecha, los terrenos desafectados han tenido la consideración de bienes patrimoniales de la Autoridad Portuaria de Bilbao.

Pues bien, para regularizar, actualmente, la situación jurídica de esos terrenos desafectados del dominio público portuario que, como se ha dicho, formalmente tienen la consideración de bienes patrimoniales de la Autoridad Portuaria, habiendo sido incorporados a su patrimonio, aunque su destino final sea el de vía de comunicación, el que ha tenido, de facto, desde el año 1939, no es posible, en estos momentos, dieciséis años después de acordarse su desafectación, acudir a la figura de la mutación demanial, regulada en el artículo 71 de la LPAP.

Tan prolongado periodo de tiempo impide, a diferencia del caso que motivó el informe de la Abogacía General del Estado de 1 de febrero de 2010 (A.G. ENTES PÚBLICOS 1/10), que pueda acudirse a este instituto, no quedando ya otra salida que la afectación expresa de ese bien patrimonial a la Administración General del Estado – Ministerio de Fomento - (artículos 65 y 66 de la LPAP) para el uso general y su consiguiente integración en el dominio público.

Para justificar esta forma de proceder, no está de más recordar la relación entre la figura de la mutación demanial del artículo 71.1 de la LPAP y la regla de la incorporación al patrimonio de la Administración del Estado de bienes de organismos públicos prevista en el artículo 80.1 de la misma Ley, de contenido sustancialmente idéntico al artículo 49.4 de la LPEMM (hoy 44.1 del TRLPEMM), diferenciándose, no obstante, en que, en el caso del artículo 80.1, el bien desafectado pasa a integrarse en el patrimonio de la Administración General del Estado, mientras que en el caso del artículo 49.1 de la LPEMM, se integra en el patrimonio de la propia Autoridad Portuaria.

Pues bien, en el informe de la Abogacía General del Estado de (A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 14/13), en el fundamento jurídico II, sobre este particular se dice:

“Como se ha indicado anteriormente, el artículo 80.1 de la LPAP sanciona la regla de la incorporación al Patrimonio de la Administración del Estado de los bienes inmuebles (y derechos reales) de los organismos públicos dependientes de la Administración del Estado que no sean necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Pues bien, esta regla resulta, en principio, incompatible con la admisibilidad de la mutación demanial de bienes de los organismos dependientes de la Administración del Estado, y ello en razón de que el supuesto de hecho de la regla del artículo 80.1 de la LPAP y el supuesto de hecho del que parte la figura de la mutación demanial es el mismo: innecesariedad del bien inmueble para el cumplimiento de los fines del organismo público dependiente de la Administración del Estado.

En efecto, si, como dice el artículo 80.1 de la LPAP, se ha de incorporar al Patrimonio de la Administración del Estado el inmueble del organismo público (dependiente de la aludida Administración) que no resulta necesario para el cumplimiento de sus fines, este mismo supuesto de hecho es el que da lugar a la mutación demanial, por cuanto que la mutación demanial presupone que un bien o derecho no resulta ya necesario para el cumplimiento de los fines propios de la entidad pública que lo tiene: si, según el artículo 71.1 de la LPAP, la mutación demanial consiste en la desafectación de un bien de un uso o servicio público con simultánea afectación a otro uso o servicio público, ello se debe, obviamente, a que ese bien ya no es necesario para el cumplimiento del uso o servicio público al que se encontraba afectado, es decir, para el cumplimiento del uso o servicio público de la entidad (organismo público) en cuyo patrimonio se encontraba, de aquí que se desafecte de este uso o servicio público para

afectarse a otro uso o servicio público de competencia de otra entidad pública (Administración del Estado, organismo público dependiente de ella u otra Administración Pública territorial, como es el caso de una Corporación Local o de una Comunidad Autónoma).

En suma, ante el mismo supuesto –innecesariedad del inmueble para el cumplimiento de los fines de un organismo público de la Administración del Estado–, el artículo 80.1 de la LPAP impone su incorporación al Patrimonio de la aludida Administración, en tanto que el artículo 71 de dicho texto legal permite que, en virtud de mutación demanial, quede afectado a otro uso o servicio público de otra entidad pública o Administración Pública.

Así las cosas, y puesto que la incorporación al patrimonio del Estado (artículo 80.1 de la LPAP) y la figura de la mutación demanial (artículo 71 de la LPAP) tienen, como se acaba de indicar, el mismo presupuesto de hecho y conducen a resultados distintos, resulta necesario determinar cuál sea el criterio de prevalencia de una sobre otra, ya que, previstas y admitidas ambas por la LPAP, no tendría sentido alguno ni afirmar la primacía en todo caso de la regla del artículo 80.1 –lo que supondría rechazar la figura de la mutación demanial– ni afirmar la prevalencia en todo caso de la figura de la mutación demanial –lo que tendría por consecuencia negar la regla del artículo 80.1 de la LPAP–.

Pues bien, en la necesidad de deslindar la regla del artículo 80.1 de la LPAP y la figura de la mutación demanial, entiende este Centro Directivo que el criterio más lógico y coherente consiste en entender que procederá la aplicación de la regla del artículo 80.1 de la LPAP cuando, no siendo el inmueble (o derecho real) preciso para el cumplimiento de los fines del organismo público, no sea necesaria o no se considere necesaria su afectación inmediata (entendido este término en un sentido prudencial) a otro uso o servicio público, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por el contrario, procederá la mutación demanial –y no la aplicación de la regla del artículo 80.1 de la LPAP– cuando, no siendo preciso el inmueble (o derecho real) para el cumplimiento de los fines del organismo público, resulte necesaria o conveniente su afectación inmediata a otro uso o servicio público atendidas las circunstancias del caso.

El anterior criterio tiene por fundamento una consideración que apunta al principio de eficacia y celeridad de la actuación administrativa que sanciona el artículo 103.1 de la Constitución y el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC). En efecto, si se afirmase la prevalencia absoluta de la regla del artículo 80.1 de la LPAP, además de negarse entonces la figura de la mutación demanial, se llegaría a un resultado contrario a dicho principio. En efecto, siendo necesaria la afectación inmediata a otro uso o servicio público, sería preciso, de entenderse prevalente la regla del artículo 80.1 de la LPAP, que se desafectase el bien (siguiendo para ello el procedimiento de desafectación), que se incorporase luego al Patrimonio del Estado y, tras esta incorporación, que se volviese a afectar el bien a otro uso o servicio público (tramitando para ello el oportuno procedimiento de afectación). Como fácilmente se comprende, esta compleja tramitación resulta contraria al aludido principio de eficacia y celeridad de la actuación administrativa y, en modo alguno se justifica cuando la LPAP dispone un instrumento jurídico que satisface inmediata y específicamente esta exigencia de desafectación de un uso o servicio público y simultánea afectación (cfr. artículo 71.1 de la LPAP) a otro uso o servicio público, cual es la figura de la mutación demanial!

Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto al que se refiere la consulta, debe entenderse que, si bien el destino de los terrenos desafectados era que siguieran manteniendo su uso actual como vía de comunicación y, por tanto, su uso general, el prolongado espacio de tiempo transcurrido desde la desafectación hasta la actualidad y su no afectación inmediata a otro uso general dependiente de otra Administración Pública, determina que no sea posible ya, en estos momentos, acudir a la mutación demanial y que lo procedente, en consonancia con lo expuesto y entendiendo, por tanto, prevalente la regla del artículo 80.1 de la LPAP y, por extensión, dada su básica identidad, la del artículo 49.1 LPEMM, es que, tras la incorporación de los terrenos al patrimonio de la Autoridad Portuaria, se vuelvan a afectar

al uso general (artículos 65 y 66 de La LPAP, de aplicación supletoria ante el silencio de la normativa de puertos sobre el particular), tramitando el oportuno procedimiento de afectación, al que, acto seguido, se va a hacer referencia.

- III -

En artículo 66 de la LPAP señala que, salvo que la afectación derive de una norma con rango legal, ésta deberá hacerse en virtud de acto expreso por el órgano competente, en el que se indicará el bien o derecho a que se refiera, el fin al que se destina, la circunstancia de quedar aquél integrado en el dominio público y el órgano al que corresponda el ejercicio de las competencias demaniales, incluidas las relativas a su administración, defensa y conservación.

El artículo 69 del Reglamento General de la LPAP, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, desarrolla estas previsiones, y comienza diciendo que, en los procedimientos de afectación corresponderá al departamento u organismo interesado identificar el bien o derecho que solicita, así como motivar las causas de su petición. La Dirección General del Patrimonio del Estado podrá recabar al efecto cuanta información y documentación se estime necesaria. La resolución por la que se acuerde la afectación o adscripción recogerá las menciones señaladas en el artículo 66.1 de la Ley y la referencia catastral, cuando la naturaleza del bien o derecho lo permita, así como las condiciones o requisitos que se estime oportuno introducir sobre el uso o destino del bien o derecho. El departamento u organismo asumirá la situación física y jurídica en que se recibe el bien o derecho y la realización de las actuaciones necesarias para su regularización.

El precepto en cuestión termina refiriéndose al órgano competente para realizar la afectación, disponiendo en su apartado 4, que, “la afectación o adscripción de bienes de naturaleza patrimonial propios de los organismos públicos, a fines de un departamento ministerial o de otro organismo, se acordará por el Ministerio de Economía y Hacienda (actualmente, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) ”.

Ese departamento ministerial, a juicio del que suscribe, debe ser el Ministerio de Fomento, del que depende todas las Autoridades Portuarias (artículo 24.1 del TRLPEMM) para que, en principio, lo destine a fines propios del mismo relacionados con sus competencias en materia de carreteras en general.

En resumen, la regularización de los terrenos situados en la zona de servicio del puerto de Bilbao sobre los que discurre la carretera de Bilbao a Las Arenas, desafectados del dominio público portuario por Orden del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 1997, entre el tramo comprendido entre la curva de Elorrieta, en Bilbao, y el inicio del término municipal de Getxo, tras su incorporación al patrimonio de la Autoridad Portuaria de Bilbao, exige su acto expreso de afectación al uso general como vía de comunicación, uso que ha venido desarrollando desde hace años. La afectación será acordada por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas a favor del Ministerio de Fomento, para fines propios del mismo.

Una vez acordada la afectación podrá realizarse la transferencia de la carretera a la Comunidad Autónoma del País Vasco, competente en relación con la totalidad de las carreteras cuyo itinerario discorra íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma – ex artículo 10.34 del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre -, precepto que, como se termina diciendo en el informe de la Abogacía del Estado en Bizkaia, se tuvo presente en la transferencia al País Vasco de las autopistas de peaje (por ejemplo, en el Real Decreto 1837/1999, de 3 de diciembre, respecto a la Autopista A-8), sin perjuicio del ulterior y definitivo traspaso de la misma desde la Comunidad Autónoma a la Diputación Foral de Bizkaia, en aplicación de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, del Parlamento Vasco, de Relaciones entre la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus territorios históricos (se trae a colación, de nuevo, como ejemplo, el Decreto autonómico 263/2000, de 19 de diciembre, de traspaso de la A- 8 de la Comunidad Autónoma al Territorio Histórico de Bizkaia).

En virtud de lo expuesto, se formulan las siguientes.

CONCLUSIONES

Primera.- Los terrenos situados en la zona del servicio del puerto sobre los que discurre la carretera de Bilbao a Las Arenas, tras su desafectación del dominio público portuario por Orden del Ministerio de Fomento de 18 de diciembre de 1997, adquirieron la condición de bienes patrimoniales de la Autoridad Portuaria de Bilbao.

Segunda.- La regularización actual de los terrenos indicados exige, de acuerdo con la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas, un acto expreso de afectación al uso general como vía de comunicación de los mismos por parte del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas a favor del Ministerio de Fomento para fines propios de ese departamento.

Tercera.- Una vez acordada la afectación podrán iniciarse ya los trámites para la transferencia de la carretera, que discurre por los terrenos indicados, a la Comunidad Autónoma del País Vasco, competente en relación con la totalidad de las carreteras cuyo itinerario discorra íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma –ex artículo 10.34 del Estatuto de Autonomía del País Vasco aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre–, sin perjuicio del ulterior y definitivo traspaso de la misma desde la Comunidad Autónoma a la Diputación Foral de Bizkaia, en aplicación de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, del Parlamento Vasco, de Relaciones entre la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus territorios históricos.

72.- Informe sobre actuaciones a practicar tras una sentencia judicial en relación a determinados terrenos incluidos en un Convenio suscrito por la Autoridad Portuaria de Vigo, el Consorcio de la Zona Franca de Vigo y el Instituto Galego da Vivenda e Solo para el desarrollo de una Plataforma Logística.

Resumen

Consulta del Presidente de Puertos del Estado sobre la resolución del Convenio de 11 de diciembre de 2006 entre la Autoridad Portuaria de Vigo, el Consorcio de la Zona Franca de Vigo y el Instituto Galego da Vivenda e Solo para el desarrollo de la Plataforma Logística e Industrial Salvaterra-As Neves (PLISAN).

La resolución de la Xunta de Galicia de 13 de enero de 2011, que ejecutó la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010, modificó el Proyecto Sectorial y excluyó los terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección forestal, la mayoría de los cuales se habían adjudicado al Consorcio, alterando sustancialmente las bases de la distribución entre las partes de los terrenos de que eran copropietarios, pasando el porcentaje del Consorcio del 21 % al 1 %.

Queda acreditado el acuerdo de voluntades de las partes para la resolución y declaración de ineficacia del Convenio y la vuelta a la previa indivisión, adoptado el 15 de marzo de 2013 en el seno de la Comisión de Seguimiento del Convenio, lo que impone la necesidad de que negociar de buena fe el nuevo Convenio para regular sus relaciones futuras.

Si se entendiera que no ese acuerdo no vinculó a las partes, para fundar las acciones del Consorcio para la resolución del Convenio no es posible invocar la cláusula duodécima del mismo, ni la condición resolutoria tácita del art. 1.124 del CC, ni el derecho al saneamiento por evicción del art. 1.475 del CC, ni la doctrina “rebus sic stantibus”. Es dudosa la viabilidad de las acciones de rescisión por lesión de los arts. 406 y 1.074 del CC y de nulidad por error en el consentimiento de los arts. 1.261, 1.265 y 1.266 del CC, en cuanto al cumplimiento de todos sus requisitos materiales y a la subsistencia de sus plazos de interposición.

Ref: A.G. ENTES PÚBLICOS 51/14 (R-730/14)

Fecha: 2 de octubre de 2014

Ponentes: Luciano Mas Villarroel y Javier Lamana Palacios

Texto del Informe

Esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta remitida por el Presidente de la Puertos del Estado, con arreglo a lo previsto en el Convenio de Asistencia Jurídica suscrito entre la Administración General del Estado (Ministerio de Justicia) y la citada Entidad, acerca de la resolución del Convenio suscrito el 11 de diciembre de 2006 entre la Autoridad Portuaria de Vigo, el Consorcio de la Zona Franca de Vigo y el Instituto Galego da Vivenda e Solo para el desarrollo de la Plataforma Logística e Industrial Salvaterra-As Neves.

En relación con dicha consulta, esta Abogacía del Estado informa lo siguiente:

ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 29 de septiembre de 2000, la Autoridad Portuaria de Vigo (en adelante, APV), el Consorcio de la Zona Franca de Vigo (en adelante, CZFV), el Instituto Galego da Vivenda e Solo (en adelante, IGVS) y Xestión Urbanística de Pontevedra, S.A. (en adelante, Xestur, S.A.) formalizaron un Protocolo de colaboración para la creación de

una Plataforma Logística vinculada al Puerto de Vigo. De acuerdo con lo estipulado en su cláusula primera, el objeto del Protocolo era el de “sentar las bases... de las actuaciones futuras tendentes a la consecución de una plataforma logística de mercancías, situada entre los Municipios de Salvaterra y As Neves (Pontevedra), con una extensión aproximada de 3.500.000 m², que estará conectada y dará servicio al puerto de Vigo, según las pautas de actuación señaladas a lo largo del presente texto”

En ejecución del citado Protocolo de colaboración, la APV, el CZFV, el IGVS, Xestur, S.A. y otras partes suscribieron posteriormente varios Convenios de colaboración, por medio de los cuales desarrollaron las diversas actuaciones dirigidas a la promoción de la Plataforma Logística e Industrial Salvaterra-As Neves (en adelante, PLISAN). Concretamente, forman parte del expediente remitido a este Centro Directivo el Convenio de colaboración de 17 de enero de 2001 para el desarrollo del mencionado Protocolo, el Convenio de colaboración de 28 de abril de 2003 para la adquisición de suelo con destino a la PLISAN, el Convenio de colaboración de 13 de mayo de 2003 para la adquisición de suelo y la gestión de la PLISAN, el Acuerdo de 30 de diciembre de 2004 de prórroga y actualización del Convenio de 13 de mayo de 2003 y el Convenio de 11 de diciembre de 2006 para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN.

Segundo.- Con fecha 15 de mayo de 2002, el Consello de la Xunta de Galicia aprobó definitivamente el Proyecto Sectorial para la implantación de una Plataforma Logística Industrial en el suelo delimitado en los Municipios de Salvaterra do Miño y As Neves (publicado por resolución de la Dirección General de Urbanismo de la Junta de Galicia de 23 de mayo de 2002 en el D.O.G. de 6 de junio de 2002). El ámbito territorial de esta actuación comprendía un total de 4.196.194 m².

La “Asociación de Vecinos de Recta, en Oleiros, Salvaterra de Miño, y Linares, As Neves” interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición anteriormente planteado contra la citada resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 15 de mayo de 2002.

Tercero.- Con fecha 13 de mayo de 2003, la APV, el CZFV, el IGVS y los Ayuntamientos de Salvaterra do Miño y de As Neves suscribieron un Convenio de colaboración para la adquisición de suelo y gestión de la PLISAN, en el que se acordó la constitución de un pro indiviso entre la APV (con el 45 %), el CZFV (con el 45 %) y el IGVS (con el 10 %) sobre los terrenos adquiridos por expropiación forzosa para el establecimiento de la PLISAN, cuya superficie total era de 4.196.167 m². Este Convenio de colaboración fue prorrogado y actualizado por otro posterior formalizado entre las mismas partes con fecha 30 de diciembre de 2004.

Cuarto.- Con fecha 23 de marzo de 2006, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó Sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la “asociación de Vecinos de Recta, en Oleiros, Salvaterra do Miño, y Linares, As Neves” contra la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 15 de mayo de 2002 citada en el antecedente segundo. La Asociación recurrente interpuso recurso de casación contra esta sentencia.

Quinto.- Con fecha 11 de diciembre de 2006, la APV, el CZFV y el IGVS celebraron un Convenio de colaboración para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN.

En la cláusula primera de este Convenio se hace constar que previamente a su suscripción, como consecuencia de sendos acuerdos bilaterales celebrados entre la APV y el CZFV, de una parte, y entre el IGVS y el CZFV, de otra, los porcentajes de participación en el pro indiviso constituido sobre los terrenos adquiridos para el establecimiento de la PLISAN habían pasado a ser los siguientes: APV, 60,580 %, CZFV, 21,125 % e IGVS, 18,295 %.

En la cláusula segunda del Convenio de 11 de diciembre de 2006 se establece lo siguiente:

“Extinción del condominio según la división de las áreas de actividad definidas en el proyecto sectorial.

En el proyecto sectorial de PLISAN se definen las siguientes zonificaciones o áreas de actividad, perfectamente identificadas en los planes de ordenación del proyecto (Anexo I), y que constituyen por su propia configuración territorial y operativa un indicador óptimo para establecer los criterios de extinción del condominio existente sobre la totalidad de los terrenos expropiados dentro del ámbito.

Estas zonificaciones son las siguientes: I) Área de actividad CI: Centro intermodal (...) II) Área Logística Intermodal LI (...) III) Área Logística y de Transformación LT (...) IV) Área de Actividades MI (...) V) Área CS (...) VI) Área Logística Empresarial LE (...)

Partiendo de esta zonificación, después de realizar los trámites oportunos y obtener las correspondientes autorizaciones, las instituciones firmantes de este acuerdo resuelven el condominio existente, distribuyéndose el pleno dominio y disponibilidad de los terrenos emplazados en las respectivas áreas, según el siguiente criterio de reparto y en atención a los porcentajes fijados en la estipulación primera (Anexo II):

- I) A la Autoridad Portuaria de le asignarán los terrenos comprendidos dentro del Área de actividad CI (Centro intermodal), Área Logística Intermodal LI, Área Logística y de Transformación LT (LTA, LYB y LTC) y Área de Actividades MI (Multifuncional Industrial), correspondiente a los sectores MI-3, MI-4, MI-5, MI-6 y MI-12, que supone un porcentaje de 60,580% de la superficie neta.
- II) Al Consorcio de la Zona Franca los terrenos comprendidos dentro del Área de Actividades MI (Multifuncional Industrial), correspondiente a los sectores MI-1, MI-2, MI-7, MI-8, MI-9, MI-10, MI-11, MI-13 y MI-14, que supone un porcentaje de 20,350% de la superficie neta.
- III) Al Instituto Galego do Vivenda o Solo, los terrenos comprendidos dentro del Área Logística Empresarial LE, que supone un porcentaje de 17,520% de la superficie neta.
- IV) Al Consorcio de la Zona Franca y al Instituto Galego do Vivenda o Solo, en condominio al 50%, se les asignarán los terrenos comprendidos dentro del Área CS (Centro Integrado de Servicios), que suponen un porcentaje de 1,550% de la superficie neta.”

La misma cláusula segunda concluye incorporando un cuadro resumen de la distribución final de la superficie neta de 2.279.493 m², en la que constan las siguientes asignaciones:

- A la APV, una superficie neta de 1.380.916,86 m², que corresponde al 60,580 %.
- Al CZFV, una superficie neta de 463.876,83 m², que corresponde al 20,350 %, más la mitad indivisa de 35.332,14 m², correspondiente a un 0,775 % adicional.
- Al IGVS, una superficie neta de 399.367,17 m², que corresponde al 17,520 %, más la mitad indivisa de 35.332,14 m², correspondiente a un 0,775 % adicional.

Asimismo, en esta cláusula se prevé que “a los efectos indicados, en su momento se procederá a la constitución de cuatro fincas registrales independientes, que comprendan la totalidad de los terrenos incluidos en el ámbito de PLISAN”. En análogo sentido, la cláusula cuarta dispone que “para la correcta ejecución de este acuerdo de disolución del régimen de condominio existente, se procederá a la inscripción registral de los terrenos del ámbito, con objeto de proceder a la posterior segregación de las cuatro fincas descritas, perfectamente delimitadas. En este sentido, se faculta expresamente al IGVS para la realización de todos los trámites conducentes a la inscripción registral del condominio acordado. Las posteriores segregaciones de las parcelas resultantes de esta actuación, serán acometidas por cada Administración titular de cada área.”

Sexto.- Con fecha 28 de enero de 2009, la Registradora de la Propiedad de Ponteareas procedió a la inmatriculación como finca única y posterior división de parcela matriz, de los

terrenos de la PLISAN, plasmándose registralmente las correspondientes fincas resultantes a favor de cada una de las Administraciones Públicas intervinientes.

Séptimo.- Con fecha 7 de junio de 2010, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó sentencia, declarando haber lugar al recurso de casación interpuesto por la “Asociación de Vecinos de Recta, en Oleiros, Salvaterra do Miño, y Linares, As Neves” contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Galicia de 23 de marzo de 2006, anulándola, y dejándola sin efecto y estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha Asociación, anulando el Proyecto Sectorial para la implantación de la PLISAN aprobado definitivamente por la resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 15 de mayo de 2002, “por ser contraria a derecho la delimitación de su ámbito, en cuanto incluye terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección forestal, así como la previsión contenida en el apartado 1.2.3 de la Memoria respecto a una posible reducción de la cesión del 10% del aprovechamiento”.

Octavo.- En ejecución de la sentencia aludida en el antecedente anterior, el Consello de la Xunta de Galicia, mediante resolución de 13 de enero de 2011, modificó el Proyecto Sectorial para la implantación de la PLISAN que había sido aprobado definitivamente por su anterior resolución de 15 de mayo de 2002, excluyendo de la actuación los terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección forestal a los que alude aquella sentencia (que no pueden ser destinados a usos industriales, al menos en tanto no sea modificado el planeamiento municipal), reduciendo con ello el ámbito territorial de la PLISAN en 1.104.756 m², quedando en un total de 3.091.429 m².

Los terrenos excluidos del ámbito territorial de la PLISAN son, en su mayor parte, los que constituían el Área de Actividades MI (Multifuncional Industrial) y fueron atribuidos al CZFV en el Convenio de 11 de diciembre de 2006 al resolver el régimen de condominio anteriormente existente. En consecuencia, el porcentaje de terrenos de titularidad del CZFV en la actuación de la PLISAN se reduce del 21,125 % al 1,078 %, mientras que el de los terrenos de la APV aumenta del 60,580 % al 71,549 % y el de los del IGVS del 18,295 % al 27,373 %.

Noveno.- Con fecha 10 de abril de 2012, el Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el CZFV emitió informe acerca de los efectos de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010 y de su ejecución por la resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 13 de enero de 2011 sobre el régimen de división del condominio de los terrenos de la PLISAN acordado entre la APV, el CZFV y el IGVS en el Convenio de 11 de diciembre de 2006. En dicho informe se formularon las siguientes conclusiones:

Primera.- El Convenio de 11 de Diciembre de 2006 ha perdido su eficacia de forma sobrevenida como consecuencia de la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010.

Segunda.- La consecuencia que se deriva de la ineficacia o resolución del convenio es la vuelta al régimen de proindiviso existente antes de la celebración del citado Convenio.

Tercera.- Los porcentajes de participación en la comunidad de bienes, habrán de ser los que las partes estipulen en virtud de la autonomía de su voluntad.

Cuarta.- El proceso de declaración de ineficacia deberá realizarse mediante la resolución del convenio por mutuo acuerdo, lo cual podrá materializarse en un nuevo convenio en el que, además, si se estima oportuno, podría determinarse el régimen de funcionamiento de la comunidad de bienes o, en su caso, la aportación de los bienes a una entidad instrumental.

Quinta.- Los bienes mientras permanezcan en situación de indivisión tendrán el carácter de bienes patrimoniales de las Administraciones que participan en la PLISAN.”

Décimo.- Con fecha 15 de marzo de 2013, la Comisión de Seguimiento del Convenio para resolver el régimen de condominio de la PLISAN adoptó el siguiente acuerdo:

“1. Vuelta a un régimen de proindiviso.

En ejecución de la Sentencia de 7 de junio de 2010 por la que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anuló parcialmente el Proyecto Sectorial, el Consello de la Xunta de Galicia, en su sesión de 13 de enero de 2011, aprobó la Modificación Puntual del Proyecto Sectorial, por el que se excluye del ámbito de la PLISAN la zona MI y se suprime la previsión de la posible reducción de la cesión del 10 % del aprovechamiento a favor de los Municipios de Salvaterra y As Neves.

Habida cuenta de la nueva situación existente las promotoras solicitaron un informe a la Abogacía del Estado sobre los efectos que la Sentencia citada pudiera tener en el régimen de división del condominio suscrito en el ‘Convenio entre el IGVS, la APV y el CZFV para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN’ firmado el 11 de diciembre de 2006.

La Abogacía del Estado en informe de 10 de abril de 2012 expone, entre otras, las siguientes consideraciones: (...)

A la vista de dicho informe (del cual se adjunta copia completa a esta acta) y de los antecedentes expuestos, el Consorcio de la Zona Franca insta a la Comisión de Seguimiento de la PLISAN, la declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006, de disolución del pro indiviso, ya que el cumplimiento del mismo resulta imposible por las causas y circunstancias señaladas anteriormente.

Atendiendo a dicha solicitud, y vistas las circunstancias concurrentes, la Comisión de Seguimiento de la PLISAN ACUERDA, atender la pretensión del Consorcio, declarando la resolución e ineficacia del ‘Convenio entre el IGVS, la APV y el CZFV para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN’.

Asimismo, la Comisión de Seguimiento de la PLISAN ACUEDA instar la formalización de un nuevo Convenio entre las promotoras de la PLISAN en el que se recojan los términos del nuevo régimen jurídico a aplicar, el cual pasará forzosamente por la vuelta al régimen de pro indiviso existente con anterioridad a la formalización del Convenio de 11 de diciembre de 2006 (...).”

Undécimo.- Con fecha 20 de mayo de 2014, la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado ha emitido informe sobre la propuesta de Convenio a suscribir por la APV, el CZFV y el IGVS, por el que se acuerda la resolución e ineficacia del Convenio para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN firmado el 11 de diciembre de 2006, y la vuelta a un régimen de condominio para el desarrollo de la PLISAN. En este informe se formulan las siguientes conclusiones:

“**Primera.-** Considerando la naturaleza demanial de los bienes de titularidad de la APV en PLISAN (tanto antes como después de la extinción del condominio), no procedería la vuelta al condominio mediante un convenio, toda vez que ello implicaría que determinadas parcelas de titularidad de la APV, a la que han sido adjudicadas tras la extinción del condominio y que incluso están ya inscritas en el Registro de la Propiedad, quedarían desafectadas perdiendo su condición demanial; siendo así que un convenio no es instrumento jurídico apto para llevar a cabo la referida desafectación.

Segunda.- Aun en la hipótesis de considerar que tienen naturaleza patrimonial los bienes adjudicados tras la extinción del condominio operada por el convenio de 11 de diciembre de 2006, la posible rescisión de dicho convenio fundada en el Derecho Civil y debida a la lesión sufrida por uno de los partícipes del extinto condominio -el Consorcio de la Zona Franca- como consecuencia del fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010, no se estima procedente por diversas razones:

- a) Porque ha prescrito la acción rescisoria regulada en el artículo 1076 del Código Civil, dado que han transcurrido más de cuatro años desde la división de la cosa común;
- b) Porque en la estipulación Sexta del convenio se acuerda que, una vez liquidado el condominio, los titulares de los bienes adjudicados asumen las responsabilidades de todo orden relativas a dichos bienes;
- c) Porque no se estiman alteradas las bases del negocio por motivos radicalmente imprevisibles, según exige la jurisprudencia, toda vez que la posibilidad de que existiera un fallo judicial que alterara dichas bases era conocida por los firmantes del convenio, toda vez que tenían conocimiento de que el Proyecto Sectorial de la PLISAN había sido impugnado jurisdiccionalmente con anterioridad a la firma del convenio de 11 de diciembre de 2006.

Tercera.- La posibilidad de una vuelta la condominio mediante un nuevo convenio, previa rescisión del suscrito el 11 de diciembre de 2006, ya ejecutado, afectaría a otras relaciones ya consolidadas entre las partes, como acontecería respecto de la enajenación de una parcela patrimonial de la Autoridad Portuaria de Vigo en A Laxo, previamente desafectada del dominio público portuario, transmitida por el organismo portuario en favor del Consorcio de la Zona Franca.”

Duodécimo.- Con fecha 5 de septiembre de 2014, el Presidente de Puertos del Estado solicita de esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado la emisión de informe acerca de la resolución del Convenio suscrito el 11 de diciembre de 2006 entre la APV, el CZFV y el IGVS para resolver el régimen de condominio de los terrenos de la PLISAN, en los siguientes términos:

“A la vista de los antecedentes anteriormente expuestos y de la disparidad de criterios jurídicos existentes entre el Abogado del Estado que presta las funciones de asesoramiento jurídico en el ámbito de la PLISÁN y la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado sobre la validez y eficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006, las cuestiones que se someten a consulta de esa Abogacía General son las siguientes:

- A) A la vista de los antecedentes anteriormente expuestos, se somete a informe la validez y eficacia del Convenio de liquidación de la proindivisión de 11 de diciembre de 2006, con independencia a las razones expuestas en los distintos informes jurídicos.
- B) En caso de concluir afirmativamente sobre la ineficacia del convenio de 11 de diciembre de 2006, si es posible la vuelta a la situación de condominio como consecuencia de una posible ineficacia del Convenio de Colaboración de 11 de Diciembre de 2006, motivada por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 2010 y la ejecución de la misma que se llevó a cabo mediante la modificación puntual del Proyecto Sectorial de la PLISÁN de 13 de Enero de 2011”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La cláusula décima del Convenio suscrito el 11 de diciembre de 2006 por la APV, el CZFV y el IGVS para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN, bajo la rúbrica “Legislación aplicable e interpretación”, establece que “el presente convenio tiene naturaleza administrativa, y obliga al cumplimiento de lo expresamente pactado, no siéndole de aplicación la legislación sobre contratación de las Administraciones Públicas sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas de la citada Ley para resolver las dudas o lagunas que puedan presentarse.” Lo previsto en esta cláusula concuerda plenamente con lo establecido en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000,

de 16 de junio (en adelante, TRLCAP), vigente al tiempo de la suscripción del mencionado Convenio, con arreglo al cual: “1. Quedan fuera del ámbito de la presente Ley: (...) c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí (...) 2. Los supuestos contemplados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.”

La aplicación al presente caso de los principios de la TRLCAP implica que la eventual ineficacia, resolución o rescisión del Convenio de 11 de diciembre de 2006 derivada de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010 y de los demás hechos y circunstancias expuestas en los antecedentes del presente dictamen habrán de regirse, a falta de previsiones específicas establecidas al respecto en el propio Convenio o en las disposiciones del ordenamiento jurídico administrativo, por las normas del Derecho privado, que le resulta aplicable de forma supletoria conforme al principio que inspira la previsión del artículo 7.1 de la TRLCAP (“Los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado...”).

Es necesario formular la precisión de que, en criterio de esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, y contra la que se mantiene en el informe emitido por el Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el CZFV con fecha 10 de abril de 2012, no resultarán de aplicación al presente supuesto las disposiciones contenidas en los artículos 110 y 111 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAP), que se refieren a “los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales...” Y ello, considerando que los terrenos adquiridos por expropiación forzosa para el establecimiento de la PLISAN, sobre los que se constituyó por la APV, el CZFV y el IGVS el condominio al que se puso fin mediante el Convenio de 11 de diciembre de 2006, no eran patrimoniales, sino de dominio público, tal y como se expuso en el dictamen emitido por este Centro Directivo el 13 de julio de 2006 (Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 76/06), al que hace referencia el informe evacuado por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado el pasado 20 de mayo de 2014, cuya conclusión primera era del siguiente tenor:

“Los bienes adquiridos por expropiación por el Instituto Galego da Vivenda e Solo con destino a la plataforma logística industrial Salvaterra- As Neves, de los que son beneficiarios el propio Instituto, la Autoridad Portuaria de Vigo y el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, adquisición que tiene su origen en un Protocolo firmado por las citadas entidades el 29 de septiembre de 2000 y desarrollado, fundamentalmente, en dos Convenios de 28 de abril y 13 de mayo de 2003, tienen la naturaleza de bienes de dominio público, condición que, indefectiblemente, es predicable también de los bienes que idealmente, corresponden a la Autoridad Portuaria de Vigo, mientras se mantenga el pro indiviso existente y de acuerdo con su participación en el mismo”

- II -

Como ha quedado expuesto en los antecedentes del presente dictamen, la cuestión sobre la cual se solicita la emisión de informe a esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado se ha suscitado como consecuencia de la adopción por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de la sentencia de 7 de junio de 2010, que anuló el Proyecto Sectorial para la implantación de la PLISAN aprobado definitivamente por la resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 15 de mayo de 2002, en lo que aquí interesa, “por ser contraria a derecho la delimitación de su ámbito, en cuanto incluye terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección forestal”. Esta sentencia ha sido

ejecutada por medio de la resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 13 de enero de 2011, por la que se modificó el mencionado Proyecto Sectorial, excluyendo de la actuación los citados terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección forestal, lo que implica la reducción del ámbito territorial de la PLISAN en 1.104.756 m², la mayor parte de los cuales son los que habían sido atribuidos al CZFV por el repetidamente aludido Convenio de 11 de diciembre de 2006 al resolver el régimen de condominio anteriormente existente.

Resulta indiscutible que con todo ello se han modificado sustancialmente las bases jurídicas y económicas en las que se fundamentó la distribución entre la APV, el CZFV y e IGVS de los terrenos que hasta el Convenio de 11 de diciembre de 2006 habían sido objeto de copropiedad entre aquellas Administraciones Públicas, con un evidente y grave perjuicio para el CZFV, ya que, como se ha dicho, la mayor parte de los terrenos que quedaron excluidos del PLISAN eran los que le habían sido asignados al hacer la división, hasta el punto de que su porcentaje sobre el total de los terrenos de la actuación quedó reducido del 21,125 % al 1,078 %, mientras que los porcentajes de las otras dos Administraciones aumentaron sustancialmente (el de la APV del 60,580 % al 71,549 % y el del IGVS del 18,295 % al 27,373 %).

En relación con esta cuestión se han emitido sendos informes jurídicos, el primero con fecha 10 de abril de 2012 por el Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el CZFV y el segundo con fecha 20 de mayo de 2014 por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, en los que se analiza detenidamente la existencia o no de fundamento jurídico para proceder a la declaración de ineficacia, resolución o rescisión del Convenio de 11 de diciembre de 2006, así como las acciones que a tal fin habría de ejercitar eventualmente el CZFV. Una vez examinados dichos informes, así como el resto de la documentación obrante en el expediente remitido, a la que se ha hecho referencia en los antecedentes del presente dictamen, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende que es necesario distinguir entre dos supuestos alternativos:

- 1º) Que exista acuerdo de voluntades entre las partes que suscribieron el Convenio de 11 de diciembre de 2006, APV, CZFV e IGVS, para dejarlo sin efecto, regresando a la situación de propiedad indivisa de los terrenos incluidos en la actuación de la PLISAN que existía antes de la suscripción de ese Convenio, en los mismos porcentajes que ostentaban hasta entonces.
- 2º) Que no exista tal acuerdo de voluntades, en cuyo caso el CZFV debería instar judicialmente la declaración de ineficacia, resolución o rescisión del Convenio de continua referencia, ejerciendo las acciones procedentes contra la APV y el IGVS, lo que, como es obvio, no sería preciso en el caso de que existiera el acuerdo de voluntades entre las partes al que se aludió en el apartado anterior.

- III -

Como se expondrá a continuación, este Centro Directivo entiende que en el expediente remitido ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo de voluntades entre la APV, el CZFV y el IGVS para la declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y la vuelta a la previa situación de indivisión, acuerdo que se adoptó formalmente el 15 de marzo de 2013 por la Comisión de Seguimiento del Convenio, en los siguientes términos:

“1. Vuelta a un régimen de proindiviso.

En ejecución de la Sentencia de 7 de junio de 2010 por la que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo anuló parcialmente el Proyecto Sectorial, el Consello de la Xunta de Galicia, en su sesión de 13 de enero de 2011, aprobó la Modificación Puntual del Proyecto Sectorial, por el que se excluye del ámbito de la PLISAN la zona MI y se suprime la previsión de la posible reducción de la cesión del 10 % del aprovechamiento a favor de los Municipios de Salvaterra y As Neves.

Habida cuenta de la nueva situación existente las promotoras solicitaron un informe a la Abogacía del Estado sobre los efectos que la Sentencia citada pudiera tener en el régimen de división del condominio suscrito en el 'Convenio entre el IGVS, la APV y el CZFV para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN' firmado el 11 de diciembre de 2006.

La Abogacía del Estado en informe de 10 de abril de 2012 expone, entre otras, las siguientes consideraciones: (...)

A la vista de dicho informe (del cual se adjunta copia completa a esta acta) y de los antecedentes expuestos, el Consorcio de la Zona Franca insta a la Comisión de Seguimiento de la PLISAN, la declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006, de disolución del pro indiviso, ya que el cumplimiento del mismo resulta imposible por las causas y circunstancias señaladas anteriormente.

Atendiendo a dicha solicitud, y vistas las circunstancias concurrentes, la Comisión de Seguimiento de la PLISAN ACUERDA, atender la pretensión del Consorcio, declarando la resolución e ineficacia del 'Convenio entre el IGVS, la APV y el CZFV para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN'.

Asimismo, la Comisión de Seguimiento de la PLISAN ACUEDA instar la formalización de un nuevo Convenio entre las promotoras de la PLISAN en el que se recojan los términos del nuevo régimen jurídico a aplicar, el cual pasará forzosamente por la vuelta al régimen de pro indiviso existente con anterioridad a la formalización del Convenio de 11 de diciembre de 2006 (...):

Como puede comprobarse, con arreglo al texto del acta de la reunión celebrada el 15 de marzo de 2013 por la Comisión de Seguimiento del Convenio, las tres partes suscriptoras, considerando la situación derivada de la aprobación por el Consello de la Xunta de Galicia de la resolución de 13 de enero de 2011, que modificó el Proyecto Sectorial de la PLISAN excluyendo de ella la mayor parte de los terrenos que se habían adjudicado al CZFV al dividir el condominio preexistente, en ejecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010, y atendiendo la solicitud del CZFV a este respecto, adoptan los inequívocos acuerdos de declarar "la resolución e ineficacia del 'Convenio entre el IGVS, la APV y el CZFV para resolver el régimen de condominio de los terrenos expropiados en el marco de la actuación de la PLISAN' y de "instar la formalización de un nuevo Convenio entre las promotoras de la PLISAN en el que se recojan los términos del nuevo régimen jurídico a aplicar, el cual pasará forzosamente por la vuelta al régimen de pro indiviso existente con anterioridad a la formalización del Convenio de 11 de diciembre de 2006". Resulta, pues, patente que las partes manifiestan de esta forma su acuerdo de voluntades para declarar la ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y para retornar a la anterior situación de indivisión, si bien se remiten a la posterior formalización de un nuevo Convenio para la regulación detallada de la situación jurídica resultante.

Esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado considera necesario formular determinadas observaciones en relación con la adopción de estos acuerdos en la reunión celebrada el 15 de marzo de 2013 por la Comisión de Seguimiento del Convenio de 11 de diciembre de 2006.

La cláusula novena del Convenio de 11 de diciembre de 2006, bajo la rúbrica "Comisión de Seguimiento del Convenio", establece que "el seguimiento de la ejecución de este Convenio corresponderá a una Comisión Paritaria, con facultades informantes, integrada por tres representantes por cada una de las instituciones firmantes". Esta cláusula difiere en determinados aspectos de las estipulaciones por las que se regularon las Comisiones de Seguimiento de los restantes Convenios de colaboración suscritos entre las mismas partes para el desarrollo de las actuaciones de la PLISAN, en los que se prevé su integración por "representantes de cada una de las instituciones firmantes"; sin precisar su número (cláusula sexta del Convenio de 17 de enero de 2001) o por "un representante" de cada parte (cláusula duodécima del Convenio

de 13 de mayo de 2003 y del Acuerdo de 30 de diciembre de 2004), y se atribuye a estos órganos colegiados funciones genéricas de “interpretación ..., seguimiento y control” (cláusula sexta del Convenio de 17 de enero de 2001), de “seguimiento de la ejecución” (cláusula octava del Convenio de 28 de abril de 2003) o de “seguimiento del convenio” (cláusula duodécima del Convenio de 13 de mayo de 2003 y del Acuerdo de 30 de diciembre de 2004), sin especificar el carácter “informante” de sus facultades.

A la vista de ello, cabría plantearse si el acuerdo adoptado el 15 de marzo de 2013 por la Comisión de Seguimiento del Convenio de 11 de diciembre de 2013, por el cual declaró la resolución e ineficacia de éste y la vuelta al régimen de pro indiviso existente antes de su formalización, podría considerarse válido y eficaz, dado que, de una parte, tal y como consta en el acta de la reunión de ese órgano colegiado, en la misma solamente participaron un representante de la APV (su Presidente), otro del CZFV (el Delegado Especial del Estado en el Organismo) y otro del IGVS (su Director General), y no tres representantes de cada institución como exigía la cláusula novena del Convenio, además de comparecer el Presidente de Xestur, S.A., que no era parte en el Convenio de 11 de diciembre de 2006, y que, de otro lado, las facultades de ese órgano se definen en esa cláusula como meramente “informantes” y, por ende, no decisorias.

Esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado considera que, aun siendo ello así, el acuerdo de referencia ha de reputarse válido y eficaz y, por ello, plenamente vinculante para las Administraciones Públicas intervinientes, que han quedado obligadas por su contenido, del que ninguna de ellas puede apartarse sin vulnerar el principio jurídico de sujeción a los actos propios (“venire contra factum proprium non valet”), en detrimento de las exigencias de la buena fe y de la confianza legítima suscitada en las otras partes.

A este respecto, es de la máxima importancia tomar en consideración que quienes actuaron en representación de las Administraciones Públicas en la constitución de la Comisión de Seguimiento y en la adopción del acuerdo fueron los máximos órganos ejecutivos de aquéllas, plenamente facultados para actuar en su nombre y representación y para formular declaraciones de voluntad obligatorias para ellas, concretamente, en el caso de las Entidades vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, que son las que interesan a los efectos del presente dictamen, el Presidente de la APV (a quien, de acuerdo con el artículo 31.2.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, le corresponde “representar de modo permanente a la Autoridad Portuaria y a su Consejo de Administración en cualesquiera actos y contratos y frente a toda persona física o jurídica, ya sea pública o privada, en juicio y fuera de él, sin perjuicio de las facultades de apoderamiento propias del Consejo de Administración”) y el Delegado del Estado en el CZFV (competente para la ejecución de los acuerdos del Pleno y del Comité Ejecutivo del Organismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16 de su Estatuto Fundacional, aprobado por Orden Ministerial de 24 de julio de 1951 y 26.f) de su Reglamento Orgánico aprobado por Orden Ministerial de 24 de julio de 1951, ambos publicados en el B.O.E. nº 213, de 1 de agosto de 1951).

No debe olvidarse que los titulares de estos mismos órganos fueron quienes suscribieron, en nombre y representación de uno y otro Organismo público, todos los anteriores Convenios de colaboración formalizados para la promoción de la PLISAN aportados en el expediente remitido a este Centro Directivo, a saber, el Protocolo de 29 de septiembre de 2000 y los sucesivos Convenios de 17 de enero de 2001, 28 de abril de 2003, 13 de mayo de 2003, 30 de diciembre de 2004 y también el de 11 de diciembre de 2006 (dato éste último de la mayor relevancia, ya que es obvio que ha de reconocerse que ostentan facultades para la resolución y declaración de ineficacia de un Convenio los mismos órganos a los que en su momento les fueron reconocidas las competencias para su suscripción).

Así, aun en el caso hipotético de que pudiera entenderse que el acuerdo adoptado el 15 de marzo de 2013 podría adolecer de vicios de validez y eficacia, en cuanto acuerdo de

un órgano colegiado, la Comisión de Seguimiento del Convenio, que debía constituirse con tres representantes de cada Administración y que solamente ostentaba facultades consultivas (“informantes”) y no decisorias, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende que en todo caso, y en aplicación del criterio antiformalista que inspira la contratación en nuestro ordenamiento jurídico (“de cualquier forma que una persona quiera obligarse, queda obligada”), no puede negarse su plena validez y su obligatoriedad para las partes que lo suscribieron, al reflejar el inequívoco acuerdo de las voluntades de la APV, el CZFV y el IGVS, manifestado por sus máximos órganos de gobierno y representación, los mismos que habían celebrado en su momento el Convenio originario y el resto de los que configuraron las actuaciones relativas a la creación de la PLISAN en cuyo marco se suscribió aquél. En suma, y dicho de otro modo, aun en el caso de que el acuerdo alcanzado en relación con la resolución y declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006 no pudiera revestir la naturaleza jurídica de decisión de la Comisión de Seguimiento del Convenio, por los motivos expuestos, no puede negarse que constituye un pacto plenamente válido y eficaz adoptado entre las tres Administraciones Públicas actuantes y que, una vez suscrito por sus legítimos representantes, todas ellas quedaron obligadas a su observancia y ejecución.

Siendo todo 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 1.258 del Código Civil), y de modo más específico la actuación de las Administraciones Públicas y las relaciones de éstas entre sí (artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), imponen la necesidad de que los Organismos públicos intervinientes en la adopción del acuerdo de 13 de marzo de 2013 se atengan a su contenido y, teniendo por pactada la resolución y declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y la vuelta a la anterior situación de indivisión, negocien el nuevo Convenio por el que vayan a regularse sus relaciones futuras, partiendo de los acuerdos ya adoptados al respecto.

En el marco de esa negociación que habrán de desarrollar de buena fe las partes suscriptoras del Convenio de 11 de diciembre de 2006 para la formalización de un nuevo Convenio, y en su posterior desarrollo y ejecución, habrán de abordarse y resolverse en la forma que resulte adecuada para la satisfacción razonable de los intereses de todas ellas, determinadas cuestiones suscitadas en el informe de la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado, y que exceden del ámbito del presente dictamen, relativas, de una parte, a la determinación de los efectos del nuevo Convenio en relación con los acuerdos adoptados entre la APV y el CZFV en el Convenio bilateral que suscribieron con la misma fecha 11 de diciembre de 2006 (con base en el cual el CZFV cedió a la APV un porcentaje de su cuota en la copropiedad de los terrenos de la PLISAN a cambio de ciertas contraprestaciones), y de otra, al desarrollo de las actuaciones jurídicas y registrales que resulten necesarias para ejecutar los nuevos acuerdos alcanzados por las partes sobre los terrenos que constituyen su objeto, en función de la naturaleza demanial o patrimonial que en cada caso les correspondan (llevándose a cabo por los órganos competentes, cuando sea procedente, las operaciones de desafectación o de afectación al dominio público de los terrenos con cumplimiento de los trámites que en cada caso estén legalmente previstos).

- IV -

De acuerdo con lo expuesto en el fundamento jurídico anterior, al decantarse esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, de entre los dos supuestos a los que se hacía alusión en el fundamento jurídico II, “in fine”, por el consistente en la existencia de un acuerdo de voluntades entre las partes firmantes del Convenio de 11 de diciembre de 2006 para su resolución y declaración de ineficacia y el retorno a la anterior situación de propiedad indivisa de los terrenos de la PLISAN, en principio ya no resultaría

necesario pasar a analizar el segundo supuesto que se formulaba de modo alternativo a aquél, a saber, que por no existir tal acuerdo de voluntades, el CZFV hubiera de ejercer frente a la APV y al IGVS las acciones que eventualmente tuviera a su alcance para obtener en vía judicial la declaración de ineficacia, resolución o rescisión del mencionado Convenio.

No obstante, teniendo en cuenta que gran parte de los informes jurídicos emitidos el 10 de abril de 2012 por el Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el CZFV y el 20 de mayo de 2014 por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado hace referencia a la existencia o no de fundamento y a la viabilidad del eventual ejercicio de las citadas acciones, este Centro Directivo considera necesario formular ciertas consideraciones a este respecto, para el caso hipotético de que se entendiera, pese a cuanto quedó expuesto anteriormente, que la APV, el CZFV y el IGVS no quedaron vinculados por el acuerdo sobre resolución y declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y vuelta a la anterior situación de indivisión, adoptado el 15 de marzo de 2013, que ha sido analizado en profundidad en el Fundamento jurídico III de este dictamen.

En primer lugar, esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado entiende que algunas de las alternativas planteadas en el informe del Abogado del Estado-Coordinador de Convenio de Asistencia Jurídica con el CZFV, en cuanto a los posibles fundamentos jurídicos y a las subsiguientes acciones a ejercitar por el citado Consorcio para la declaración de ineficacia, resolución o rescisión del Convenio de 11 de diciembre de 2006 como consecuencia de la exclusión del ámbito de la PLISAN de la mayor parte de los terrenos que se habían adjudicado al CZFV (derivada de la resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 13 de enero de 2011, que modificó el Proyecto Sectorial de la PLISAN, ejecutando la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010), han de ser descartadas “a limine”, con base en los motivos que seguidamente se expondrán, algunos de los cuales son puestos de manifiesto por la Asesoría Jurídica de Puertos del Estado en su informe de 30 de mayo de 2014:

- 1º) En primer lugar, no parece que la genérica estipulación contenida en la cláusula duodécima del Convenio de 11 de diciembre de 2006, conforme a la cual “la validez y eficacia del presente Convenio quedan supeditadas al cumplimiento de todos los requisitos necesarios para la ejecución de las operaciones patrimoniales que contempla”, pudiera ser invocada con éxito para basar la pretensión del CFZV de que aquella validez y eficacia se habrían visto afectadas por la situación suscitada, dado que a ello cabría oponer fundadamente que ésta se planteó con posterioridad a la completa ejecución de las operaciones de división de los terrenos adquiridos en condominio, adjudicación de las partes asignadas a cada una de las Administraciones intervinientes y constancia registral de las transmisiones patrimoniales llevadas a cabo y de las fincas resultantes, que podría razonablemente entenderse que son las “operaciones patrimoniales” aludidas en esta cláusula duodécima.
- 2º) Por otro lado, no parece viable fundamentar las eventuales acciones que el CZFV pudiera emprender frente a las otras partes del Convenio de 11 de diciembre de 2006, ni en la condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas para los casos de incumplimiento por la parte contraria, prevista en el artículo 1.124 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 cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo...”), ni en el derecho del comprador a exigir del vendedor el saneamiento por evicción de la cosa vendida, regulado en el artículo 1.475 del mismo texto legal (“Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato...”). Y ello porque, como es obvio,

en el caso que aquí nos ocupa no concurren los requisitos legalmente exigidos respecto de una y otra figura, sin que tampoco exista ni una laguna legal ni una identidad de razón que justifique su aplicación analógica: ni se ha producido un incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por la APV y por el IGCV frente al CZFV, ni nos encontramos ante un contrato de compraventa ni ante una privación total o parcial de la cosa comprada derivada de un derecho sobre ésta existente con anterioridad al contrato.

- 3º) Finalmente, tampoco se estima posible aducir, en apoyo de la pretensión del CZFV, la doctrina de la alteración sobrevenida y extraordinaria de la base negocial (cláusula “*rebus sic stantibus*”), ya que no parece que concurra en el presente caso la circunstancia de que la alteración negocial invocada sobrevenga como consecuencia de acontecimientos radicalmente imprevisibles, que es uno de los requisitos que de forma reiterada viene exigiendo la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para considerar aplicable de aquella doctrina, siempre de forma excepcional y con gran cautela.

En efecto, en este caso la exclusión del ámbito territorial de la PLISAN de determinados terrenos, por hallarse clasificados como suelo no urbanizable de especial protección forestal, que se plasmó en la resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 13 de enero de 2011 por la que se modificó el Proyecto Sectorial de la PLISAN, no podía ser considerado en absoluto, al tiempo de la suscripción del Convenio de 11 de diciembre de 2006, como un acontecimiento radicalmente imprevisible, ya que las partes no podían ignorar en ese momento que una Asociación de Vecinos había interpuesto recurso de reposición y posterior contencioso-administrativo contra la resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 15 de mayo de 2002, por la que se aprobó el citado Proyecto Sectorial, con fundamento en ese motivo, entre otros, así como que la sentencia desestimatoria dictada en primera instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Galicia de 23 de marzo de 2006 había sido recurrida en casación por la Asociación de Vecinos el 23 de junio de 2006. Todo ello implica que la posterior adopción por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de la sentencia de 7 de junio de 2010, que estimó parcialmente el recurso y anuló el Proyecto Sectorial, con las consecuencias perjudiciales para el CZFV repetidamente aludidas, no puede ser calificada en absoluto como un acontecimiento radicalmente imprevisible para las partes al tiempo de suscribir el Convenio de 11 de diciembre de 2006, lo que impide la aplicación al caso de la doctrina de la “cláusula *rebus sic stantibus*”.

- V -

Descartadas las tres alternativas a las que se ha hecho referencia en el Fundamento jurídico anterior, de entre las analizadas en el informe emitido por el Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el CZFV, este Centro Directivo entiende que, en principio y con la salvedad que más adelante se expondrá, el CZFV podría haber ejercitado en este caso la acción de rescisión de la división de la cosa común por lesión en más de una cuarta parte de su valor que asimismo se propone en el mencionado informe, al amparo de lo previsto en los artículos 406 (“Serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia”) y 1.074 del Código Civil (“Podrán también ser rescindidas las particiones (de las herencias) por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas”).

En este caso no cabe lugar a dudas acerca de la existencia de una lesión causada al CZFV en más de una cuarta parte del valor de los terrenos que le fueron adjudicados al partir los que pertenecían en pro indiviso a las tres Administraciones públicas participantes en las actuaciones de la PLISAN, ya que con posterioridad a la formalización de la partición el 11 de diciembre de 2006, las circunstancias que concurrían en la mayor parte de los aquellos terrenos (concretamente, la de estar clasificados como suelo no urbanizable de especial protección forestal) determinaron que su valor económico resultara sustancialmente

mermado, al no poder ser considerados como urbanizables y susceptibles de formar parte de la PLISAN y quedar excluidos de ella.

Sin embargo, no es posible desconocer que el artículo 1.076 del Código Civil establece un plazo de caducidad de cuatro años, contados desde la fecha de la partición, para el ejercicio de la acción rescisoria prevista en el artículo 1.074 del mismo texto legal: “La acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición”. Considerando que en el caso que nos ocupa la partición se llevó a cabo por el Convenio de 11 de diciembre de 2006, es evidente que aquel plazo de caducidad ya habría expirado, salvo que se admitiera que las peculiaridades de este supuesto específico, en el que la lesión en más de una cuarta parte del valor de los bienes partidos no se puso de manifiesto ni fue conocida por la parte perjudicada hasta la aprobación por el Consello de la Xunta del Gobierno de 13 de enero de 2011, que modificó el Plan Sectorial de la PLISAN excluyendo de su ámbito territorial gran parte de los terrenos adjudicados al CZFV), en cuyo caso la acción todavía podría ser ejercitada. A este respecto, es preciso señalar que esta última forma de cómputo podría tener un razonable apoyo en el principio jurídico de cómputo de los plazos de ejercicio de las acciones a partir del momento en que ese ejercicio es posible y en ningún caso antes de ello (“actio nata”), pero que, por otro lado, pugnaría, como es obvio, con el inequívoco tenor literal del artículo 1.076 del Código Civil y con las siempre presentes exigencias de la seguridad jurídica.

- VI -

Por otro lado, aun cabría apuntar la posibilidad, no contemplada en el informe elaborado por el Abogado del Estado-Coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el CZFV, de que este Organismo ejerciera la acción de nulidad del Convenio de 11 de diciembre de 2006 con fundamento en haber sufrido un error invalidante al prestar de su consentimiento para obligarse, por aplicación de lo previsto en los artículos 1.261 (“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes...”), 1.265 (“Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”) y 1.266 (“Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo...”) del Código Civil.

En el caso que nos ocupa no parece discutible que el CZFV, al consentir en la celebración del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y aceptar que le fueran adjudicados determinados terrenos en pago de la cuota que le correspondía en el pro indiviso preexistente, sufrió un error en cuanto a las condiciones esenciales de esos terrenos, al entender que eran parte integrante del Proyecto Sectorial de la PLISAN aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia el 15 de mayo de 2002 y que llegado el momento de poner en funcionamiento la actuación, formarían parte de ella y serían susceptibles de la correspondiente explotación industrial o mercantil, todo lo cual no ocurrió, como es sabido, por quedar excluidos de la actuación por las causas a las que se ha hecho referencia reiteradamente a lo largo de este dictamen. Obviamente, de haber conocido que esos terrenos no podían formar parte de la PLISAN por los motivos legales puestos de manifiesto en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010, ejecutada por resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 13 de enero de 2011, el CZFV no hubiera prestado su consentimiento a una división de los terrenos de los que era copropietaria junto con la APV y el IGVS en los términos en los que lo hizo. En suma, parece indudable que la manifestación de voluntad del CFZV se hallaba viciada de un error sobre las condiciones esenciales de los terrenos que principalmente daban lugar a celebrar el Convenio (su integración y posibilidad de explotación en la PLISAN), lo que podría conllevar su nulidad al amparo de los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código Civil, si bien con las puntualizaciones y reservas que seguidamente se expondrán:

- 1º) En primer lugar, es criterio jurisprudencial reiteradísimo, al delimitar los requisitos que debe revestir el error para ser causa de nulidad del consentimiento y, por ende, del contrato, el de que dicho error ha de ser excusable, de modo que no opera ese efecto anulatorio cuando el contratante que lo sufrió debió haberlo superado, actuando con la normal diligencia que le era exigible de acuerdo con sus circunstancias (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1910, 14 de junio de 1943, 8 de mayo de 1963, 15 de febrero de 1977, 7 de julio de 1981, 4 de enero, 27 de mayo y 12 de junio de 1982, 25 de mayo y 15 de junio de 1983 y 17 de mayo de 1988). El resultado de la aplicación de esta doctrina al presente caso es sumamente incierto, ya que, de una parte, al ser el CZFV un Organismo público que contaba con medios personales y materiales suficientes para el detallado análisis de la operación que realizaba, tuvo que conocer y debió ponderar la circunstancia de que, al llevar a cabo la partición, existía un procedimiento contencioso-administrativo en el que se planteaba precisamente si una parte de los terrenos incluidos en la PLISAN (entre los cuales se hallaba la mayoría de los que le fueron adjudicados) podían incorporarse a la actuación o debían ser excluidos de ella. Por otro lado, tampoco puede desconocerse el hecho de que al suscribir el Convenio de 11 de diciembre de 2006 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ya había dictado sentencia en la primera instancia de ese procedimiento, el 23 de marzo de 2003, desestimando el recurso, factor que pudo fundar una razonable confianza del Organismo público en el ajuste a derecho del Proyecto Sectorial de la PLISAN, por más que estuviera pendiente del recurso de casación interpuesto por la Asociación de Vecinos impugnante.
- 2º) En segundo lugar, y para el caso de que se entendiera que el error experimentado por el CZFV fue esencial y excusable, también en este supuesto se suscita un problema derivado del posible vencimiento del plazo para el ejercicio de la acción de nulidad del contrato fundada en ese error al prestar el consentimiento. A este respecto, el artículo 1.301 del Código Civil establece que “La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: ... En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”. A la vista de ello, para conocer si en el momento presente todavía es posible la interposición de la acción de nulidad por parte del CZFV, habrá de determinarse si en el momento presente aún se encuentran en ejecución las estipulaciones contenidas en el Convenio de 11 de septiembre de 2006, en cuyo caso, al no haber quedado todavía consumados sus efectos, la acción podrá ser ejercitada, o si dichas estipulaciones ya han sido plenamente llevadas a cabo, en cuyo caso deberá precisarse la fecha en que se concluyó por las partes la última actuación derivada de la ejecución de ese Convenio y analizar si desde ese momento han transcurrido ya o no los cuatro años previstos en el artículo 1.301 del Código Civil, de lo que dependerá la viabilidad de la acción.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La resolución del Consello de la Xunta de Galicia de 13 de enero de 2011, que en ejecución de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2010 modificó el Proyecto Sectorial para la implantación de la PLISAN, excluyendo de la actuación determinados terrenos clasificados como suelo no urbanizable de especial protección forestal y reduciendo su ámbito territorial en 1.104.756 m², implica la alteración sustancial de las bases jurídicas y económicas que fundamentaron la distribución entre la APV, el CZFV y e IGSV, con arreglo al Convenio de 11 de diciembre de 2006, de los terrenos de que habían sido copropietarios hasta entonces, con grave perjuicio para el CZFV, ya que la mayor parte de los terrenos excluidos del PLISAN eran los que le habían

sido asignados al hacer la división, pasando su porcentaje sobre el total de los terrenos de la actuación del 21,125 % al 1,078 %.

Segunda.- Para resolver la cuestión relativa a la existencia o no de fundamento jurídico para proceder a la declaración de ineficacia, resolución o rescisión del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y a las acciones que en su caso habría de ejercitar para ello el CZFV, es preciso diferenciar dos supuestos: a) Que exista acuerdo de voluntades entre las partes que lo suscribieron para dejarlo sin efecto, regresando a la anterior situación de propiedad indivisa de los terrenos incluidos en la actuación de la PLISAN; y b) Que no exista tal acuerdo de voluntades, en cuyo caso el CZFV debería instar judicialmente la declaración de ineficacia, resolución o rescisión del Convenio, ejerciendo las acciones procedentes contra la APV y el IGVS.

Tercera.- En criterio de este Centro Directivo, ha quedado acreditada la existencia de un acuerdo de voluntades para la resolución y declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y la vuelta a la previa situación de indivisión, formalmente adoptado entre la APV, el CZFV y el IGVS el 15 de marzo de 2013 en el seno de la Comisión de Seguimiento del Convenio. En consecuencia, las exigencias de la buena fe y de la confianza legítima, que han de presidir el ejercicio de los derechos, la ejecución de los contratos y las relaciones de las Administraciones Públicas entre sí imponen la necesidad de que los Organismos públicos intervinientes en la adopción del acuerdo de 15 de marzo de 2013 se atengan a su contenido y, teniendo por pactada la resolución y declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y la vuelta a la anterior situación de indivisión, negocien el nuevo Convenio por el que vayan a regularse sus relaciones futuras, partiendo de los acuerdos ya adoptados al respecto.

Cuarta.- Para el caso hipotético de que se entendiera, pese a lo expuesto en la conclusión tercera, que la APV, el CZFV y el IGVS no quedaron vinculados por el acuerdo adoptado el 15 de marzo de 2013 sobre resolución y declaración de ineficacia del Convenio de 11 de diciembre de 2006 y vuelta a la anterior situación de indivisión, este Centro Directivo entiende, en cuanto al fundamento y a la viabilidad del eventual ejercicio de determinadas acciones por parte del CZFV para la declaración de ineficacia, resolución o rescisión de este Convenio, que no resulta posible invocar al respecto el tenor de la cláusula duodécima del mismo, ni la condición resolutoria tácita implícita en las obligaciones recíprocas prevista en el artículo 1.124 del Código Civil, ni el derecho al saneamiento por evicción regulado en el artículo 1.475 del mismo texto legal, ni la aplicación de la doctrina de la cláusula “rebus sic stantibus” por alteración sustancial de la base del negocio, por las razones que se exponen en el fundamento jurídico IV.

Quinta.- En cuanto a la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte del valor de los bienes prevista en los artículos 406 y 1.074 del Código Civil y a la acción de nulidad por error sustancial en el consentimiento derivada en los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del mismo texto legal, se considera que su viabilidad en el presente caso suscita importantes dudas, relativas tanto al efectivo cumplimiento de todos los requisitos materiales exigidos para su prosperabilidad como a la subsistencia actual de los plazos para su interposición, tal y como se expuso en los fundamentos jurídicos V y VI del presente dictamen.

73.- Informe sobre el régimen y situación jurídica del terreno y del edificio donde se ubica la Aduana así como sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha situación con el fin de determinar la instalación de un museo.

Ref.: A.G. HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 8/15 (R-275/2015)

Fecha: 7 DE MAYO DE 2015.

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 formulada por la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas acerca del régimen y situación jurídica del terreno y del edificio en el que se ubica la Aduana de Barcelona, así como sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha situación con el fin de determinar si es posible la instalación de un museo en aquel edificio y, en el caso de que ello fuera posible, sobre el procedimiento y los trámites que deban seguirse.

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 consulta formulada tiene su origen en una petición dirigida a la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas por la sociedad "X, S.L.", con el objeto de alcanzar un acuerdo que permita la instalación del Museo Y de Barcelona en el edificio de Aduanas del puerto de Barcelona, situado en el Paseo Josep Carner, nº 27 de esa ciudad.

A la petición se adjunta un borrador de acuerdo de intenciones (Anexo I) en el que se hace constar que dicha sociedad suscribió el 12 de abril de 2013 un Acuerdo Marco con la Entidad Z para "crear, promocionar, comercializar y gestionar un complejo cultural en la forma de museo en la ciudad de Barcelona bajo la denominación provisional Museo Y Barcelona. Este acuerdo incluye la cesión de derechos de uso y explotación de la marca Y" e "implicará la cesión de las obras artísticas del Museo A"

2) La Autoridad Portuaria de Barcelona, respondiendo a una petición que le formuló la Subdirección General del Patrimonio del Estado, emitió, el 4 de marzo de 2014, un informe (Anexo II) en el que se concluye lo siguiente:

"Por todo lo expuesto, entendemos que sobre el inmueble de la Aduana de Barcelona existe una doble afectación, al uso portuario y al servicio público (en tanto que acoge los servicios y dependencias de la Aduana) y que, por lo tanto, en virtud de la primera de las afectaciones citadas y al amparo del artículo 67.1.a) y c) del TRLPEMM, ha de entenderse que tiene la condición de dominio público portuario estatal"

Consta asimismo que, por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de febrero de 1992, se dispuso la adscripción a la Agencia Estatal de Administración Tributaria del referido inmueble (Anexo III).

3) Con fecha 17 de abril de 2015, fue remitida a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado por la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas la escritura pública de 17 de octubre de 1895, otorgada por el Notario de Barcelona D. Jaime..., en la que se protocoliza el acta de entrega e incautación por el Estado del terreno donde ha de construirse la nueva Aduana de Barcelona, que consta en el archivo histórico administrativo del Puerto de Barcelona. Días después se remitió la

transcripción del texto de la Real Orden Ministerial de 14 de agosto de 1895, mencionada en la escritura.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La calificación de la situación jurídica y, a su través, del régimen jurídico que corresponde al terreno y al edificio de la Aduana construido sobre él ha de partir de los datos contenidos en la escritura pública otorgada el 17 de octubre de 1895 para, seguidamente, ponerlos en relación con las previsiones de las distintas normas legales que en materia portuaria se han sucedido.

Dando cumplimiento a la Real Orden del Ministerio de Hacienda de 29 de julio 1895, por la que se dispuso la entrega, por parte de la Junta de Obras del Puerto de Barcelona, del solar en el que había que construirse la nueva Aduana de Barcelona al Ramo de Hacienda y a la Real Orden de 14 de agosto de dicho año, por la que se dispuso que el Delegado de Hacienda en Barcelona se incautase del terreno en el que había que construirse aquel edificio, en la mencionada escritura pública de 17 de octubre de 1895 el Ingeniero Jefe de Obras del Puerto de Barcelona hizo entrega del solar propuesto y destinado a Aduana al Delegado de Hacienda, quien “acepta la posesión del descrito solar propuesto (...) y ejerce en él actos exteriores de dominio en señal de la toma de posesión”.

Con base en estos datos, es indudable que el terreno entregado al Ramo de Hacienda pertenecía al dominio público portuario, dado que la entrega se hizo por el Ingeniero Jefe de las Obras del Puerto, que actuaba como representante del puerto de Barcelona, y este puerto tenía la condición de dominio público de titularidad estatal. Así, el artículo 15 de la Ley de Puertos de 7 de mayo 1880, vigente en la fecha en que se dictaron las citadas Reales Órdenes y se otorgó la aludida escritura pública, clasificaba los puertos en puertos de interés general de primero y segundo orden y puertos de interés local, es decir, provinciales o municipales, definiendo a continuación lo que se entendía por puertos de interés general. Pues bien, el artículo 16 de la aludida Ley de 7 de mayo de 1880 declaró puerto de interés general de primer orden, entre otros, el de Barcelona. Así las cosas, el artículo 4, inciso final, de la repetida Ley disponía que “son de dominio nacional y uso público los puertos de interés general de primero y segundo orden.” Resulta así que en la fecha en que se dictaron las repetidas Reales Órdenes el puerto de Barcelona era puerto de interés general de primer orden, siendo, por tanto (artículo 4 de la Ley de 7 de mayo de 1880), de “dominio nacional,” locución que en la terminología jurídica actual se corresponde absolutamente con el concepto de dominio público estatal.

La anterior calificación se mantuvo en la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, a la vista de su artículo 4 que reprodujo literalmente el artículo 4 de la Ley de 7 de mayo de 1880.

La conceptualización del puerto de Barcelona como puerto de interés general y, por tanto, de dominio público (portuario) de titularidad de la Administración del Estado se mantiene en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) y en 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).

Así, calificado el puerto de Barcelona como puerto de interés general (apartado 9 del anexo de la LPEMM), el artículo 14 de este texto legal disponía en su apartado 1 que “las aguas marítimas, terrenos, obras e instalaciones fijas de los puertos de competencia de la Administración del Estado, son bienes de dominio público portuario estatal”.

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”.

De los distintos textos legales que se han sucedido resulta claro que el puerto de Barcelona ha tenido siempre la condición de puerto de interés general, de competencia, por tanto, de la Administración del Estado y, lo que es más importante a los efectos que aquí interesan, la condición de bien de dominio público de titularidad estatal (“dominio nacional” en la terminología de las Leyes de 1880 y 1928). Es por ello por lo que el terreno (con destino a la construcción de la Aduana) cuya entrega se formalizó en la mencionada escritura pública de 17 de octubre de 1895 pertenecía y sigue perteneciendo al Estado, pues formaba parte (y continúa formando parte como luego se expondrá) del demanio portuario.

Llegados a este punto, debe indicarse que la entrega que, en cumplimiento de las Reales Órdenes de 29 de julio y 14 de agosto, se hizo del terreno al Ramo de Hacienda no supuso alteración de su titularidad dominical. En efecto, aunque el principio o regla de la personalidad jurídica única de la Administración del Estado no se sancionó positivamente hasta la derogada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (artículo 1), no tendría sentido alguno entender que la aludida entrega determinó un cambio de la titularidad dominical del terreno (y de la edificación que se construyó en él) como lo pone en manifiesto el resultado jurídico-material de la entrega: si el “transmitente” fue el Estado (el terreno era de “dominio nacional”, esto es, de dominio público del Estado), el “adquirente” fue el Estado (Ministerio de Hacienda), confundiéndose e identificándose así en el Estado las posiciones de “transmitente” y “adquirente”.

Por lo demás, la titularidad dominical del Estado no se alteró por la circunstancia de que la Orden del entonces Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de febrero de 1992 dispusiese la adscripción del inmueble (terreno y edificio en él construido) a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), consecuencia, sin duda alguna, de la creación de este Organismo público por el artículo 103 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1991.

En efecto, el apartado Once del artículo 103 de dicho texto legal dispuso en su número 1 la adscripción a la AEAT de los bienes de dominio públicos afectados a los servicios de la Secretaría General de Hacienda, de la Administración Territorial de la Hacienda Pública y de los Organismos autónomos de aquélla, conservando los bienes adscritos a la AEAT, como dice el citado precepto legal, su calificación jurídica originaria, esto es, su condición de bienes de propiedad de la Administración del Estado. Es por ello por lo que la adscripción efectuada por la citada Orden Ministerial de 28 de febrero de 1992 no supuso la transmisión de la propiedad del terreno y del edificio de la Aduana a la AEAT; así lo confirma, por lo demás, la circunstancia de que la propia Orden Ministerial dispuso la adscripción al amparo del artículo 80 de la entonces vigente Ley del Patrimonio del Estado y este precepto (en la redacción dada al mismo por la disposición adicional undécima de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987) establecía, a propósito de la adscripción de bienes inmuebles del Patrimonio del Estado a sus Organismos, que “los Organismos que reciban dichos bienes no adquirirán su propiedad...”.

Debe, pues, concluirse en que el terreno y el edificio de la Aduana construido sobre él pertenecen en propiedad a la Administración del Estado.

- II -

Una vez razonado que el terreno en el que se ubica el edificio de la Aduana y el propio edificio son propiedad de la Administración del Estado, sin que la citada Orden del entonces Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de febrero de 1992 supusiese la transmisión de la

propiedad a la AEAT, ha de examinarse si la denominada “incautación” en la Real Orden de 14 de agosto de 1895 y la subsiguiente entrega del terreno al Ministerio de Hacienda dieron lugar a que el terreno y la edificación quedasen excluidos del dominio público portuario.

Ante todo, debe indicarse que, como se ha dicho, la entrega del terreno se hizo por el Ingeniero Jefe del Puerto de Barcelona, en representación de la Junta de Obras del Puerto, porque, obviamente, el terreno se encontraba en el dominio público portuario, más concretamente, en su zona de servicio. En este sentido, el artículo 31 de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880 disponía que “habrá en los puertos una zona litoral de servicio, que se determinará por el Ministerio de Fomento en cada caso, para ejecutar las faenas de carga y descarga, depósito y transporte de las mercancías y circulación de las personas y vehículos...”. Esta zona litoral de servicio es la que se corresponde con la actual zona de servicio del puerto a que se refería el artículo 15 de la LPEMM y a que actualmente se refiere el artículo 69 del TRLPEMM.

Pues bien, el terreno (y la edificación en él construida) ha estado siempre incluido en la zona de servicio del puerto. Como indica la Autoridad Portuaria de Barcelona en un informe de 4 de marzo de 2014, “la circunstancia de estar incluidos esos terrenos en la zona de servicio del Puerto de Barcelona, tampoco cambió tras la construcción del edificio: a lo largo de los años, a través de las sucesivas modificaciones de las zonas de servicio, la situación se mantiene inalterable y así ha llegado a nuestros días”.

En este sentido, es importante reseñar, como hace dicho informe, que, de acuerdo con el artículo 53 del Real Decreto-Ley de 19 de enero de 1928, por el que se aprobó el Reglamento para la ejecución de la Ley de Puertos de la misma fecha, si al hacerse la distribución definitiva de la zona de servicio de un puerto resultaban terrenos sobrantes, se redactaba el correspondiente proyecto reformado pudiendo la Junta del Puerto vender, cambiar o arrendar con autorización del Ministerio de Fomento los terrenos sobrantes con obligación de entregar al Ministerio de Hacienda estos terrenos sobrantes de la zona de servicio de los puertos que administrase directamente el Estado si no se solicitase su concesión en la forma prevista en el artículo 111 de la Ley General de Obras Públicas. Por tanto, y con arreglo a esta previsión, podían haberse excluido de la zona de servicio el terreno sobre el que se construyó el edificio de la Aduana, lo que no se hizo.

El Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Barcelona, aprobado, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 15 de la LPEMM, por Orden del Ministerio de Fomento de 30 de diciembre de 1999, incluyó el terreno y la edificación en la zona de servicio del puerto de Barcelona y esta inclusión se mantuvo en las dos modificaciones de aquél efectuadas por Órdenes Ministeriales de 15 de marzo de 2001 y 19 de abril de 2005.

Si la inclusión del terreno y la edificación en la zona de servicio del puerto, esto es, en el dominio público portuario por las citadas Órdenes es ya de por sí un argumento de especial importancia para entender que aquéllos han de calificarse como partes integrantes del dominio público portuario, deben añadirse todavía otros argumentos que refuerzan esta conclusión y la dejan al margen de la duda.

1) En primer lugar, no puede desconocerse que, siguiendo lo que disponía el artículo 96.3, párrafo segundo, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general, el artículo 69.3, párrafo segundo, del TRLPEMM dispone lo siguiente:

“Asimismo se incluirán (el precepto se refiere a la inclusión en la delimitación de la zona de servicio) los espacios necesarios para que los órganos de las Administraciones Públicas puedan ejercer competencias de vigilancia, seguridad pública, inspección, control de entradas y salidas de personas y mercancías del territorio nacional, identificación y otras que, por su relación directa con la actividad portuaria, deban desarrollarse necesariamente en el puerto, conforme a lo dispuesto en el artículo 72.2 de esta ley”.

La anterior previsión legal ha de completarse con lo dispuesto en el apartado 4 del propio artículo 69 del TRLPEMM que, en el procedimiento de Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios, impone al organismo público Puertos del Estado la obligación de recabar informes de determinados Departamentos ministeriales, entre ellos, del “Ministerio de Economía y Hacienda en lo que se refiere a los aspectos de vigilancia y control aduanero previsto en la normativa comunitaria y nacional sobre la materia en la entrada y salida de mercancías y personas con destino y procedencia en territorio aduanero comunitario nacional!”

Es claro, a la vista de ambos preceptos, que se impone, como obligación legal, la de incluir en la zona de servicio del puerto y, por tanto, en el dominio público portuario los espacios necesarios para que las Administraciones Públicas ejerzan sus competencias, en este caso, para que la AEAT ejerza su competencia sobre vigilancia y control aduanero previsto en la normativa comunitaria y nacional.

2) En segundo lugar, y pasando de la normativa portuaria a la normativa aduanera, se confirma, como no podía ser de otra forma, el criterio que aquí se mantiene. Así, y tomando como referencia las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto de 17 de octubre de 1947, su artículo 2 clasifica las aduanas en marítimas o terrestres, según se encuentren situadas en las costas o en las fronteras; pues bien, la ubicación lógica y natural de las aduanas marítimas, las situadas en las costas, son los puertos, lugar de entrada y salida de las mercancías sujetas a vigilancia y control aduanero, como lo pone de manifiesto la pormenorizada regulación que de las operaciones aduaneras por razón de la importación por mar establece el Capítulo II del Título III de las referidas Ordenanzas Generales.

3) En tercer lugar, la existencia el servicio aduanero dentro de la zona de servicio del puerto, esto es, en el dominio público portuario se tiene en cuenta a la hora de autorizar el uso de los espacios portuarios por particulares. Así, el artículo 72, apartado 1, párrafo último, del TRLPEMM (añadido por el artículo 56 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia) dispone lo siguiente:

“También excepcionalmente, por razones de interés general debidamente acreditadas y con el fin de su preservación, en otras infraestructuras en desuso distintas de los faros, situadas dentro del dominio público portuario sujetas a protección siempre que formen parte del patrimonio histórico, se podrá levantar la prohibición de instalaciones hoteleras, así como albergues u hospedajes, siempre que no condicionen o limiten la prestación de los servicios portuarios o el control aduanero...”

Como fácilmente se deduce del precepto que acaba de transcribirse, es connatural al dominio público portuario la existencia o emplazamiento en el mismo de un espacio destinado al servicio aduanero, servicio que no puede verse condicionado o limitado por la instalación hotelera que pudiera autorizarse dentro del dominio público portuario en el supuesto, verdaderamente singular, que contempla la citada norma legal.

4) En cuarto lugar, la necesaria ocupación del dominio público portuario por los órganos de la Administración para el cumplimiento de los fines de su competencia es objeto de especial previsión en la legislación portuaria. Así, el artículo 73.3 del TRLPEMM dispone 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 autorización siempre que sea compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso...”

El precepto transcrito en lo pertinente confirma, por vía de reiteración, lo que se viene diciendo. Los espacios o superficies del dominio público portuario que sean necesarios para que los órganos de la Administración ejerzan otras competencias –bien que vinculadas por

razones funcionales o espaciales a la actividad portuaria– no dejan de pertenecer al dominio público portuario, sin que, por tanto, esos espacios o superficies se aislen o excluyan de éste. No otro sentido tiene que el precepto transcrito refiera esas ocupaciones al dominio público portuario y que la propia norma atribuya a la respectiva Autoridad Portuaria la competencia para autorizar la ocupación del demanio portuario.

5) En quinto y último lugar, debe indicarse que el mantenimiento de la calificación como dominio público portuario de la superficie del mismo ocupada por otro servicio administrativo (en el caso de que se examina, servicio aduanero) resulta del régimen tributario a que se somete el uso o aprovechamiento del demanio portuario.

El artículo 161 del TRLPEMM enumera las tasas portuarias que son exigibles por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público portuario, aludiendo, en primer término –apartado 2.a)–, a la tasa de ocupación, cuyo hecho imponible, según el artículo 173 del texto legal, consiste “en la ocupación del dominio público portuario, y del vuelo y subsuelo del mismo...”

Siendo el hecho imponible de esta tasa la ocupación del dominio público portuario, así como del vuelo y subsuelo del mismo, el artículo 169.a) del TRLPEMM declara 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...” Partiendo de la distinción entre el supuesto de no sujeción (no se realiza el hecho imponible) y el supuesto de exención (el hecho imponible del tributo se realiza, pero no surge la obligación de pago), es claro que la ocupación que realiza el servicio aduanero lo es del dominio público portuario, pues, en otro caso, es decir, si la ocupación realizada por dicho servicio tuviese por consecuencia la exclusión de la superficie del dominio público portuario, no tendría sentido alguno la exención del artículo 169 a) del repetido texto legal y que presupone, como se ha dicho, la realización del hecho imponible de la tasa, esto es, la ocupación del dominio público portuario.

Debe, pues, concluirse, por razón de las consideraciones expuestas, que el terreno ocupado por el edificio de la Aduana y el propio edificio están incluidos en el dominio público portuario, sin que hayan dejado de formar parte del mismo.

- III -

Alcanzada la conclusión de que el terreno y la edificación construida en él están incluidos en el dominio público portuario, (en la zona de servicio del puerto, según el informe de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 4 de marzo de 2011), debe determinarse cuál sea la incidencia que la pertenencia de aquéllos al dominio público portuario tenga sobre el régimen de uso o utilización de la edificación en que está ubicada la Aduana.

En el mencionado informe de la Autoridad Portuaria de Barcelona (página 4 in fine) se alude a una doble afectación (“...significa únicamente que sobre esos bienes pesa una doble afectación: la afectación al uso portuario por hallarse dentro de la zona de servicio del puerto y la de conocer las dependencias de la Aduana”), refiriéndose seguidamente a que la posibilidad de afectaciones concurrentes está expresamente prevista en el artículo 67 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

Compartiendo este Centro Directivo la anterior afirmación –duplicidad de afectaciones o afectaciones concurrentes–, debe entenderse que la afectación al servicio aduanero no elimina la aplicación (respecto del edificio afectado a este servicio) de las previsiones de la legislación portuaria, y ello en razón de lo que seguidamente se expone.

En términos generales, puede afirmarse que, en una perspectiva estrictamente jurídica, no existe, entre las distintas funciones públicas o servicios públicos, una ordenación jerárquica

de ellos, en términos tales que una determinada función o servicio público prevalezca sobre otro u otros, y ello en razón de que todos persiguen la satisfacción de un interés general o público. Ahora bien, la generalidad del anterior aserto tiene, lógicamente, la excepción constituida por lo que disponga una norma jurídica, y tal es lo que acontece en el ámbito del servicio portuario y del dominio público portuario.

Estando integrado el Patrimonio del Estado por los bienes y derechos de la Administración General del Estado (y de sus organismos públicos), ya se trate de bienes de dominio público, ya se trate de bienes patrimoniales (cfr. art. 9 de la LPAP en relación con los artículos 3.1, 5 y 7 de este texto legal), no puede desconocerse la regla establecida en el artículo 5.4 de la propia LPAP, según el cual “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 las desarrollen o complementen”.

La regla del artículo 5.4, inciso inicial, de la LPAP supone, en el caso del dominio público portuario, una entera remisión a la legislación portuaria, cuya norma básica está constituida por el TRLPEMM.

Partiendo de la anterior premisa, resulta obligada la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 69.1 y 72.1, párrafo primero, del TRLPEMM.

El artículo 69.1 del TRLPEMM dispone lo siguiente:

“El Ministerio de Fomento determinará en los puertos de titularidad estatal una zona de servicio que incluirá los espacios de tierra y de 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”.

Por su parte, el artículo 72.1, párrafo primero, de dicho texto legal dispone que “en el dominio público portuario sólo podrán llevarse a cabo actividades, instalaciones y construcciones acordes en los usos portuarios y de señalización marítima”; prescindiendo, por no ser del caso, de estos últimos, el propio precepto enumera a continuación los usos que tienen la consideración de portuarios: usos comerciales, usos pesqueros, usos náutico-deportivos y usos complementarios o auxiliares de los anteriores.

Los dos preceptos citados han de ser completados todavía con la previsión contenida en el artículo 72.1, párrafo tercero, del TRLPEMM y ello en razón de que el supuesto de que se trata consiste en la posibilidad instalar un museo –en un determinado espacio del dominio público portuario, por más que el museo se ubicase en el edificio destinado a la Aduana–, siendo así que un museo es un equipamiento cultural y precisamente el artículo 72.1, párrafo tercero, del repetido texto legal se refiere a la posibilidad de establecer un equipamiento cultural (junto con equipamientos de obras clases que la norma enumera e incluye en el concepto genérico de “interacción puerto-ciudad”), admitiendo esa posibilidad siempre que se cumplan dos requisitos: a) que el equipamiento cultural se emplace en 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 24 de julio, de Costas; y 2) que el equipamiento cultural se emplace en terrenos 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”.

Pues bien, de la interpretación concordada de los artículos 69.1, 71.1, párrafo primero, y 72.1, párrafo tercero, del TRLPEMM se deducen las siguientes conclusiones:

1) La zona de servicio del puerto –dominio público portuario– se subdivide en tres grupos de espacios o subzonas; a) espacios de tierra y agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios definidos en el artículo 72.1; b) los espacios de reserva y que garanticen la

posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria; y c) los espacios que pueden destinarse a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad

2) Los espacios destinados a los usos vinculados a la interacción puerto-ciudad son aquellos que cumplan los requisitos enumerados en el artículo 72.1, párrafo tercero, esto es, que se trate de terrenos que no tengan las características naturales de bienes de dominio público marítimo-terrestre y que por la evolución de los tráficos portuarios hayan quedado en desuso o hayan perdido su funcionalidad o idoneidad técnica para la actividad portuaria.

3) La posibilidad de establecer en el dominio público portuario equipamientos culturales –en el caso a que se refiere el presente informe, un museo– solamente es admisible en los espacios a que se refiere la anterior conclusión; no es admisible, pues, el establecimiento de equipamientos culturales, como es del caso, en la subzona a) indicada en la primera conclusión –espacios de tierra y agua destinados a los usos portuarios– ni en la subzona b) indicada en dicha primera conclusión –espacios de reserva–, ya que no existe habilitación legal para ello dados los claros términos del artículo 69.1 del TRLPEMM.

Sentadas las anteriores conclusiones, debe hacerse una precisión a modo de corolario de lo dicho hasta ahora. De los preceptos de que se ha hecho mención se desprende claramente que por la circunstancia de que una construcción o instalación emplazada en la zona de servicio del puerto (y, por tanto, en el dominio público portuario) esté ocupada por una Administración Pública (distinta de la respectiva Autoridad Portuaria) para el ejercicio de los servicios o funciones de su competencia, la afectación a estos servicios o funciones no supone una excepción o exoneración del régimen de uso o utilización del dominio público portuario en términos tales que el órgano de la Administración Pública (o entidad dependiente de ésta) que venga ocupando la construcción o instalación para el ejercicio de esas funciones o servicios de su competencia pueda, una vez que no precise ya de aquella construcción o instalación, disponer libremente de su uso, posibilitando así que la construcción o instalación se destine a cualesquiera actividades, utilizaciones o usos. Dicho en otros términos, la circunstancia de que un órgano de una Administración Pública (o una entidad pública dependiente de la misma) utilice un espacio del dominio público portuario para el cumplimiento de sus cometidos (supuesto de “doble afectación” al que alude el informe de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 4 de marzo de 2014) no le concede el poder o facultad de decidir el uso del espacio por él ocupado: el uso de ese espacio queda sometido a las previsiones de la legislación portuaria, más concretamente a las previsiones de la Orden Ministerial Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios (anterior Plan de Utilización de los Espacios Portuarios en la LPEMM) y a la autorización, con base en dicho instrumento, de la respectiva Autoridad Portuaria, que deviene así la Administración competente.

Hecha la anterior precisión, y volviendo a las conclusiones formuladas, la pretensión de instalación del museo, en cuanto equipamiento cultural que es, sólo puede tener lugar, a tenor de lo dicho, en los espacios (de dominio público portuario) a que se refiere el inciso final del artículo 69.1 del TRLPEMM –subzona c) de la conclusión primera anterior– que cumplan los requisitos indicados en el artículo 72.1, párrafo tercero, del propio texto legal–los señalados en la conclusión segunda anterior–.

Siendo ello así, debe indicarse que las reglas actualmente recogidas en los artículos 69.1 y 72.1, párrafo tercero, del TRLPEMM fueron establecidas por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general. Es por ello por lo que estas reglas, más particularmente, la consignada actualmente en el artículo 69.1 del TRLPEMM –inclusión en la zona de servicio del puerto (además de los espacios de tierra y agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios y de espacios de reserva) de aquellos otros espacios que puedan destinarse a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad (como son los equipamientos culturales)– no pudo tenerse en cuenta (ni, por tanto, incluirse esta zona) en el Plan de utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Barcelona aprobado por Orden del Ministro de Fomento de 30 de diciembre de 1999 ni

tampoco en la modificación que dicho Plan se efectuó por la posterior Orden de 15 de marzo de 2001.

En relación con la modificación del referido Plan aprobado por Orden FOM 1232/2005, de 9 de abril, posterior, por tanto, a la promulgación de la Ley 48/2003, nada se indica en el repetido informe de la Autoridad Portuaria de Barcelona de 14 de marzo de 2014 –único antecedente remitido a este Centro Directivo sobre el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del puerto de Barcelona– sobre si en dicha modificación se recoge, en cumplimiento del artículo 96.1 de la Ley 48/2003, los espacios que pueden destinarse a usos distintos de los portuarios, esto es, los espacios que, según el actual artículo 69.1, inciso final, del TRLPEMM, pueden destinarse a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, como son los equipamientos culturales, y si, caso de haberse incluido dicho espacio, en él se encuentra emplazado el edificio que ocupa la Aduana, si bien del indicado informe no parece desprenderse que ello sea así a la vista de lo que se dice en su página 4:

“En el caso del Puerto de Barcelona, el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Barcelona fue aprobado por Orden del Ministro de Fomento de 30 de diciembre de 1999. En la zona de servicio se incluían los terrenos en cuestión. Ninguna de sus modificaciones posteriores los ha excluido, lo que obedece sin duda a que dichos terrenos se han seguido considerando necesarios para el Puerto.

En ese sentido, la Orden de aprobación del PUEP del Puerto de Barcelona de 30 de diciembre de 1999, establece lo siguiente:

<Primero.- Se aprueba el <Plan de utilización de los espacios portuarios del puerto de Barcelona>, integrado por su memoria y por los correspondientes planos, que incluye los usos previstos para las diferentes zonas del puerto y la justificación de su necesidad o conveniencia, así como la delimitación de su zona de servicio, según consta en el citado Plan de utilización, en el que se incluyen las superficies de tierra y agua necesarias para la ejecución de sus actividades, las destinadas a tareas complementarias de aquéllas y los espacios destinados a equipamiento. *La zona de servicio del puerto queda reflejada en el plano 01.>* (la cursiva es nuestra)”

Por lo tanto, los terrenos sobre los que se ha construido el edificio de la Aduana son considerados necesarios para la ejecución de las actividades portuarias, son de interés para el Puerto de Barcelona, de donde cabe concluir que están afectados al uso portuario, lo que determina su condición de dominio público, más concretamente dominio público portuario (artículo 67.1.a. TRLPEMM, idéntico al original artículo 53.a de la antigua Ley 27/1992)”

No constando con la necesaria certeza a este Centro Directivo si en el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del referido puerto, más concretamente, en la modificación efectuada por Orden FOM/1232/2005, de 19 de abril, se recogen esos espacios y si en ellos se encuentra emplazado el edificio ocupado por la Aduana, deben hacerse las siguientes indicaciones:

- 1) En primer lugar, y poniendo en relación el artículo 69, inciso final, del TRLPEMM con el artículo 72.1 párrafo tercero, del propio texto legal, ha de entenderse que la determinación o delimitación de los espacios o terrenos a que se refiere el precepto primeramente citado, esto es, los que puedan destinarse a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, no es una determinación que quede sometida a una libertad de apreciación, sino que ha de respetar la situación material precisa que describe el artículo 72.1, párrafo tercero, del propio TRLPEMM; ha de tratarse, por tanto, de terrenos que por razón de la evolución de las necesidades de los tráficos portuarios hayan quedado en desuso o hayan perdido su funcionalidad o idoneidad para la actividad privada
- 2) En segundo lugar, no puede considerarse que por la circunstancia de que el edificio esté ocupado por la Aduana ello determine que el terreno sobre el que está la construcción y la propia construcción esté emplazada en un espacio de los descritos en el artículo 72.1,

párrafo tercero, del TRLPEMM. Basta indicar a estos efectos que el propio texto legal prevé la ocupación de espacios de dominio público portuario destinados a usos portuarios por órganos o entidades de una Administración Pública para el cumplimiento de fines de su competencia cuando éstos, por su relación directa con la actividad portuaria, deban desarrollarse en esos espacios destinados a los usos portuarios (artículo 72.2), como acontece característicamente con el servicio aduanero. Así las cosas, no puede invocarse como argumento para entender que se trata de un espacio o terreno que ha quedado en desuso o a perdido su funcionalidad o idoneidad técnica para la actividad portuaria la circunstancia de que se trate de un edificio ocupado por un órgano de una Administración Pública (o por una entidad dependiente de una Administración Pública) para el cumplimiento de las funciones de su competencia, máxime cuando estas funciones están directamente vinculadas a la actividad portuaria, como es el caso.

- 3) En tercer lugar, y aunque el TRLPEMM no sea en este extremo suficientemente preciso, cabe razonablemente entender que, aunque un Plan de Utilización de Espacios Portuarios, actual Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios, no recoja, como parte integrante de la zona de servicio del puerto los espacios que, con arreglo al artículo 69.1 de dicho texto legal, pueden destinarse a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, ello no impediría que puedan admitirse estos usos (equipamientos culturales, recreativos, certámenes, feriales, etc.) siempre que se trate real y efectivamente de terrenos que cumplan los requisitos del artículo 72.1, párrafo tercero, del TRLPEMM, pues en la relación entre el artículo 69.1 y el artículo 72.1, párrafo tercero, del TRLPEMM, lo que ha de primar, en su condición de norma material o sustantiva, es este último precepto, es decir, la exigencia de que se trate de terrenos que reúnan las repetidas condiciones, pues al cumplimiento de estas condiciones ha de supeditarse que el Plan de Utilización de Espacios Portuarios, actual Delimitación de Espacios y Usos Portuarios, los recoja —“eficacia normativa de lo fáctico”.
- 4) En cuarto lugar, y a tenor de lo indicado, sólo si el edificio que ocupa la Aduana está emplazado en los terrenos que cumplen los requisitos establecidos en el artículo 72.1, párrafo tercero, TRLPEMM sería legalmente admisible la instalación del museo.

- IV -

Como acaba de decirse, sólo si el edificio ocupado por la Aduana estuviese emplazado en los terrenos a que se refiere el artículo 72.1, párrafo tercero, del TRLPEMM, podría instalarse en él el museo.

En esta hipótesis, y dando por cierto este Centro Directivo que el establecimiento de dicho equipamiento cultural exigiría la desocupación del edificio por el servicio de aduanas, sería precisa la desafectación del edificio del servicio aduanero o, lo que es igual, la desadscripción del mismo de la AEAT, lo que debería efectuarse con arreglo a lo dispuesto por el artículo 78 de la LPAP y por el artículo 72 del Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, correspondiendo a la Dirección General del Patrimonio del Estado la tramitación del procedimiento y la elevación al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas de la oportuna propuesta.

Una vez efectuada la desadscripción, y puesto que el inmueble pertenece, como se ha expuesto en los fundamentos jurídicos II y III del presente informe, al dominio público portuario, la ocupación de aquél para la instalación del museo exigiría el otorgamiento del correspondiente título habilitante a favor de la entidad titular del mismo.

No precisa el TRLPEMM cuál sea el título que habilite los usos a que se refiere el artículo 72.1, párrafo tercero, de dicho texto legal (usos vinculados a la interacción puerto-ciudad y, entre ellos, equipamientos culturales). A falta de regla especial al respecto, cabe entender que el uso de ese espacio del dominio público portuario con la finalidad que se pretende no

se sustrae a la regla general que establece el artículo 73.2 del TRLPEMM (“los usos y actividades que presenten circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad o rentabilidad exigirán el otorgamiento de la correspondiente autorización o concesión...”). Partiendo de esta regla, y puesto que la instalación de un museo, por su nota de permanencia, no tiene encaje en los supuestos del artículo 74 de dicho texto legal, referidos a las autorizaciones, ha de concluirse que sería necesario el otorgamiento de la pertinente concesión demanial.

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 terreno y el edificio de la Aduana construido sobre él pertenecen en propiedad a la Administración del Estado, hallándose incluidos en el dominio público portuario, del que no han dejado de formar parte.

Segunda.- Únicamente sería admisible la instalación del museo en el edificio destinado a la Aduana si este inmueble estuviese emplazado en terrenos que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 72.1, párrafo tercero, 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, esto es, que se trate de terrenos que no reúnan las características naturales de bienes de dominio público marítimo-terrestre 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.

Tercera.- De cumplirse la condición establecida en la anterior conclusión, la instalación del equipamiento cultural de que se trata en el edificio ocupado por la Aduana exigiría que se procediese en la forma dispuesta en el fundamento jurídico IV del presente informe.

74.- Informe sobre imputación de los gastos por bienes, servicios y suministros de los espacios cedidos por las Autoridades Portuarias a la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) en los que la Guardia Civil realiza las funciones de Resguardo Fiscal.

Ref: A.G. AEAT 1/2015 (R-799/15)

Fecha: 23 de diciembre de 2015

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 26 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, ha examinado los informes emitidos por el Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por la Abogacía del Estado en el Ministerio del Interior sobre imputación de los gastos por bienes, servicios y suministros de los espacios cedidos por las Autoridades Portuarias a dicha entidad pública y en los que la Guardia Civil realiza las funciones del Resguardo Fiscal. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

La puesta a disposición de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) por parte de las Autoridades Portuarias de los espacios necesarios para el cumplimiento por dicha entidad de sus funciones aduaneras y fiscales en los recintos de los puertos se regula en el artículo 58 de la Ley 58/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada al mismo por el artículo segundo de la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, de represión del contrabando, que lleva por rúbrica "Recintos aduaneros, fiscales y de inspección y expedición de certificados de comercio exterior en los aeropuertos, puertos, zonas y depósitos francos" y que dispone lo siguiente:

"1. Los titulares o concesionarios de los aeropuertos, puertos, estaciones de transporte de mercancías por carretera que cuenten con instalaciones dotadas de medios para recibir, almacenar o expedir las mercancías, estaciones de transporte multimodal, puertos secos, estaciones ferroviarias, zonas francas, depósitos francos y depósitos aduaneros públicos facilitarán, a su cargo, locales apropiados y suficientes para prestar en los mismos, en su caso, los servicios aduaneros y fiscales que correspondan, así como los Servicios de Inspección SOIVRE de las Direcciones Territoriales y Provinciales de Comercio. Igualmente facilitarán a dichos servicios el acceso a los sistemas de vigilancia y control que tengan establecidos.

2. Cuando el recinto aduanero no esté situado dentro del espacio portuario o aeroportuario, los titulares o concesionarios deberán facilitar, además, las instalaciones necesarias para garantizar que el trabajo de control aduanero o fiscal se realiza de manera satisfactoria.

3. Los tributos y demás gastos inherentes a la propiedad de los inmuebles serán por cuenta de las personas y demás entes obligados a facilitar los locales. Los gastos en bienes, servicios y suministros necesarios para la prestación de los servicios habrán de ser atendidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

4. Las personas y entidades obligadas a facilitar los locales podrán reclamar el importe de los consumos realizados en los referidos recintos en aquellos casos en que no existan

equipos que permitan la medición separada de tales consumos, o cuando no permitan el pago directo por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o por los citados Servicios de Inspección SOIVRE a las compañías suministradoras”.

Del precepto transcrito, en particular de su apartado 3 en relación con el apartado 1, se deduce el principio del que ha de partirse para la resolución de la cuestión planteada y que no es otro que el de la imputación de los gastos por bienes, servicios y suministros al servicio; dicho en otros términos, no se tiene en cuenta para hacer esa imputación un criterio orgánico, sino un criterio funcional o de vinculación al servicio: los gastos se imputan al servicio como coste de la prestación del mismo. Es por ello por lo que los gastos en bienes, servicios y suministros necesarios para la prestación de los servicios aduaneros y fiscales se imputan, haciéndose cargo de ellos, a la AEAT, ya que, como seguidamente se indica, es a esta entidad pública a la que, como competencia propia, le corresponde la gestión o prestación de los servicios aduaneros y fiscales.

Así, el artículo 103. Uno de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, por el que se dispone la creación de la AEAT, establece en su apartado 3 que “corresponde a la Agencia Estatal de Administración Tributaria desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para que el sistema tributario estatal y el aduanero se apliquen con generalidad y eficacia a todos los obligados tributarios, mediante los procedimientos de gestión, inspección y recaudación tanto formal como material, que minimicen los costes indirectos derivados de las exigencias formales necesarias para el cumplimiento de las obligaciones tributarias”.

El precepto transcrito debe ser completado con la Orden PRE/3581/2007, de 10 de diciembre, por la que se establecen los Departamentos de la AEAT. El artículo 7 de dicha Orden encomienda de una forma más precisa al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, entre otras funciones y competencias, las siguientes:

- “a) La dirección, planificación y coordinación de la gestión de los tributos y gravámenes que recaigan sobre el tráfico exterior y de los recursos propios tradicionales del Presupuesto de la Unión Europea, de las restituciones a la exportación, así como de las demás medidas atribuidas a las autoridades aduaneras por la normativa comunitaria nacional que afecten al comercio exterior de mercancías para la autorización de su entrada y salida del territorio aduanero comunitario.
- b) La dirección, planificación y coordinación de la gestión relativa a los regímenes aduaneros y fiscales que sean de la competencia de la Agencia.
- c) La dirección, planificación y coordinación del control del tráfico de mercancías que se realiza entre los territorios nacionales sometidos a distintos regímenes aduaneros y fiscales.
- (...)
- f) La dirección, planificación y coordinación el ejercicio de las funciones que corresponden a la Agencia con relación al Resguardo Fiscal y Aduanero del Estado
- (...)
- y) En el ámbito de la Vigilancia Aduanera:
 - 1º La dirección de las tareas encaminadas al descubrimiento, persecución y represión en todo el territorio nacional, aguas jurisdiccionales y espacio aéreo español de los delitos e infracciones de contrabando
 - (...)”

Ahora bien, si de los preceptos adscritos resulta incontrovertible que a la AEAT le corresponde la gestión de los servicios aduaneros y fiscales, no puede desconocerse que el artículo 12.1. B) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece que es competencia de la Guardia Civil “el resguardo fiscal y las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando”.

- II -

Estando atribuidas, por un lado, a la AEAT competencias de gestión de los regímenes aduaneros y fiscales, así como competencias de dirección, planificación y coordinación del ejercicio de las funciones que le corresponden en relación con el Resguardo Fiscal y Aduanero del Estado y, por otro lado, a la Guardia Civil el Resguardo Fiscal y las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando (actuaciones que comparte con el Servicio de Vigilancia Aduanera de la propia AEAT), resulta necesario determinar, en primer término, en qué consisten exactamente las funciones de Resguardo Fiscal encomendadas al Instituto Armado, como paso necesario para dilucidar si el Resguardo Fiscal queda vinculado o no a los servicios aduaneros y fiscales y, en segundo lugar, el encuadramiento de las funciones de persecución del contrabando a la vista del concepto que de éste proporciona la legislación que lo regula.

1).- Resguardo Fiscal

El origen de las funciones de Resguardo Fiscal de la Guardia Civil se encuentra en las actuaciones de lucha contra el contrabando desempeñadas por el Real Cuerpo de Carabineros de Costas y Fronteras, creado en 1829 y denominado más tarde Carabineros de Hacienda hasta su integración en la Guardia Civil en 1940.

En efecto, mediante Ley de 15 de marzo de 1940 el Cuerpo de Carabineros se fusionó con el de la Guardia Civil. En este sentido, en el preámbulo de dicha Ley puede leerse que “por ello y en lo sucesivo, un Cuerpo único, el de la Guardia Civil, asumirá las funciones de vigilancia y represión del contrabando y el fraude que hasta ahora estaban atribuidas al Cuerpo de Carabineros, innovación sancionada por la experiencia, ya que en múltiples ocasiones, y dentro de sus propios Reglamentos, ha podido observarse cómo el Cuerpo de Carabineros se ha visto obligado a asegurar el mantenimiento del orden interviniendo en la persecución y captura de delincuentes ordinarios, mientras el de la Guardia Civil descubría y evitaba delitos de contrabando”.

El artículo 4º de la citada Ley suprime la Inspección General de Carabineros, cuyos cometidos y funciones se agruparon en una Sección (Sección de Especialistas) de la Guardia Civil, origen del Servicio Fiscal encargado de desempeñar dichas funciones, que han ido evolucionando en sus estructuras, dependencia y funcionamiento para adaptarse a la normativa vigente en cada momento. La incorporación de España a la Unión Europea y al Espacio Schengen supuso la supresión de las fronteras interiores y el reforzamiento de las exteriores, constituyendo un hito en la misión del Servicio de Costas y Fronteras de la Guardia Civil con la necesaria reorganización de la estructura del Servicio Fiscal de la Guardia Civil, que se llevó a cabo en 1994.

El Manual del Resguardo Fiscal aprobado por Circular nº 16/97, de 22 de agosto, de la Dirección General de la Guardia Civil establece “la doctrina de empleo de las Unidades y Procedimientos de ejecución de los Servicios.” El apartado 2 del mencionado Manual del Resguardo Fiscal enumera las funciones del Servicio Fiscal, siendo las siguientes:

- “1. Constituir el Órgano especializado del Resguardo Fiscal del Estado.
2. Prevenir, impedir y perseguir el contrabando y demás infracciones de carácter fiscal dentro del ámbito competencial en el espacio fiscal del Estado.
3. Colaborar en la detección y persecución de infracciones relativas a los Impuestos Especiales.
4. Perseguir el narcotráfico en el ámbito competencial de la Guardia Civil
5. Constituir las Unidades especializadas en los Recintos Aduaneros y colaborar en la custodia de costas, fronteras, puertos y aeropuertos.”

Precisadas las funciones del Resguardo Fiscal del Estado en los términos indicados, debe señalarse que estas funciones tienen lugar ordinariamente en los recintos aduaneros portuarios. En este sentido, el apartado 5 del Manual del Resguardo Fiscal, después de detallar la normativa aduanera, de contrabando y fiscal que ha de aplicar el Servicio Fiscal (entre la que se encuentra la dimanante del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT), establece en su epígrafe 5.2.1, que lleva por rúbrica “Recintos Aduaneros Portuarios;” que “las fracciones de Especialistas adscritas al recinto constituyen el Resguardo Aduanero dependientes funcionalmente del Administrador de Aduanas”

La Instrucción 22/99 – G.A., del Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la AEAT, de 22 de octubre, persigue, entre otros objetivos, “acomodar las funciones que lleva a cabo el Resguardo Fiscal en los recintos aduaneros a las nuevas técnicas de control e investigación del fraude en dichos recintos, de acuerdo con las competencias atribuidas al Resguardo en las Ordenanzas de la Renta de Aduanas”. Esta Instrucción, en concordancia con el Manual del Resguardo Fiscal, concreta las funciones de éste, ratificando al mismo tiempo su dependencia funcional del Administrador de Aduanas, extremo éste, de relevancia para resolver la cuestión suscitada en este informe. Dichas funciones son las siguientes:

“Bajo la dirección del Administrador de la Aduana, y sin perjuicio del Régimen competencial ahora existente son funciones de Resguardo:

- 1) Efectuar la visita de entrada de los buques y aeronaves que arriben a los puertos y aeropuertos nacionales y, en su caso, la de fondeo:
- 2) Evitar la descarga no autorizada de las mercancías y demás géneros, el alijo y transbordos no autorizados.
- 3) Controlar la entrada de mercancías en el recinto aduanero e introducir en el sistema informático correspondiente las discrepancias o anomalías observadas
- 4) Vigilar el recinto aduanero para evitar actuaciones fraudulentas con las mercancías o medios de transporte que se encuentren en el mismo, dando cumplimiento a lo dispuesto por el Administrador sobre las operaciones y lugares que reclamen una especial atención.
- 5) Impedir la salida del recinto de las mercancías no autorizada por los servicios aduaneros competentes.
- 6) Efectuar el control de los pasajeros, equipajes y demás mercancías que transporte; en las salas habilitadas al efecto.
- 7) Realizar el control y diligencia de la documentación prevista 9 reglamentariamente para la devolución del IVA correspondiente a los productos conducidos por los viajeros.
- 8) Acompañar las mercancías cuando así los determine la Autoridad Aduanera.
- 9) Transmitir al Administrador del recinto aduanero toda la información acerca de cualquier forma de fraude o manifestación de posibles delitos
- 10) Desarrollar las tareas de prevención del fraude en los recintos aduaneros -que les sean encomiendas en cuanto integrante de las Unidades de análisis de riesgo”

El Texto Refundido de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas, aprobado por Decreto de 17 de octubre de 1947 ya hacía referencia a las diversas competencias del Resguardo Fiscal en los recintos aduaneros bajo la dependencia funcional del Administrador Principal de Aduanas, siendo ejemplo de ello el artículo 18, apartado 13, que establece, entre las atribuciones de este último:

“Determinar las operaciones, sitios y casos en que debe establecerse vigilancia del Resguardo, correspondiendo al Jefe del puesto perteneciente a la Aduana la distribución de la fuerza y la exclusiva responsabilidad de la dirección y ejecución de la vigilancia, que podrán impulsar y fiscalizar sus superiores jerárquicos, sin que en ningún caso pueda variar los

objetivos señalados por la Administración. El Jefe del puesto deberá cubrir la vigilancia señalada por la Administración, sin perjuicio de establecer fuera de los sitios de reconocimiento y despacho la que tenga por conveniente”

Por su parte, el artículo 34, apartados 4 y 5, de las Ordenanzas dispone que el Servicio de Vigilancia se ejerce:

“4.º Siempre que el Resguardo de servicio en el recinto de las Aduanas tuviese fundada sospecha o confidencia de que cualquier bulto de los que se encuentran en el muelle o almacenes de la misma contiene géneros de contrabando, mercancías distintas de las despachadas, dobles fondos, o se halla preparado para realizar un cambio de bultos, podrá recabar del Administrador de la Aduana o del quien haga sus veces que se practique reconocimiento a su presencia para confrontar las mercancías con los documentos correspondientes, consignando el resultado en acta firmada por todos los asistentes, en la que harán constar cuantas observaciones y protestas formulen los interesados en el acto. De este documento se habilitará una copia que, autorizada, se entregará el Jefe más caracterizado del Resguardo, y el original se someterá al conocimiento de la Autoridad competente.

Los Jefes de Resguardo podrán presenciar en las Aduanas situadas en el distrito de su cargo los actos de reconocimiento de las mercancías y equipajes presentados al despacho, pudiendo tomar las notas que estimen convenientes, pero sin entorpecer para nada las operaciones de la Aduana. Esta facultad no concede a dichos Jefes el carácter de interventores de las operaciones aduaneras.

5º. Las fuerzas de la Guardia Civil adscritas a las distintas dependencias de Ministerio de Hacienda y a las operaciones aduaneras recibirán instrucciones para su peculiar servicio dentro del recinto de las mismas, de los Delegados o Jefes de las citadas dependencias y de los Administradores de Aduanas, respectivamente (Orden de 3 de mayo de 1943 (Boletín Oficial del Estado» del día 5)”

Por último, hay referencias a la fuerza de Resguardo Fiscal afecta a los servicios de la Aduana correspondiente en los artículos 55, 80, 81, 85, 86 y 102 de las Ordenanzas Generales de la Renta de Aduanas.

El contenido de las funciones del Resguardo Fiscal y su dependencia funcional de la Aduana respectiva permiten concluir, con la excepción a la que se hará referencia en el apartado III del presente informe, su vinculación a los servicios aduaneros y fiscales y, consiguientemente, su encuadramiento funcional en estos servicios.

2).- Persecución del contrabando

Examinadas las funciones que corresponde desempeñar al Resguardo Fiscal, procede determinar, en segundo lugar, la vinculación o encuadramiento funcional de la represión del contrabando, dado que, como se ha dicho, el artículo 12.1. B) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al Estado atribuye a la Guardia Civil la realización de “las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando”

Puesto que la función de prevenir, impedir y perseguir el contrabando constituye, según se ha dicho, una de las funciones del Resguardo Fiscal, no cabe duda, con la excepción apuntada y a que se aludirá más adelante, de la vinculación del contrabando a los servicios aduaneros y fiscales. A ello debe añadirse que esta vinculación o encuadramiento de la prevención y represión del contrabando a los servicios aduaneros y fiscales resulta de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.

Así, el artículo 2. apartado 1, de la citada Ley Orgánica 12/1995 dispone que cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros, los que realicen, entre otros, los siguientes hechos:

- a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.
- b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.

(...)"

Por su parte, el artículo 11 del citado texto legal tipifica como infracciones administrativas de contrabando las acciones u omisiones descritas en el apartado 1 del artículo 2 cuando el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 150.000 euros.

Pues bien, con la citada excepción, la tipificación de los delitos e infracciones de contrabando permite concluir que la función de evitarlo y perseguirlo se vincula a la materia aduanera, esto es, al servicio aduanero, pues precisamente el concepto de contrabando se conforma sobre la base de la conculcación o vulneración de la normativa aduanera (elusión de los impuestos integrantes de la renta de aduanas).

A lo dicho debe añadirse que en materia de persecución del contrabando se aprecia también dependencia funcional de la Guardia Civil respecto de la AEAT. Así, el artículo 22.3 del Real Decreto 1646/1998, de 24 de julio, de infracciones de contrabando dispone que:

“cuando en el ejercicio de las actuaciones señaladas en el apartado 1 (se está refiriendo a las actuaciones previas a la iniciación del procedimiento sancionador) concurren junto a los órganos de la administración aduanera otras autoridades o fuerzas competentes, corresponderá la dirección funcional de las actuaciones al órgano de la administración aduanera que, de acuerdo con el artículo 16 de este Real Decreto, resulte competente para la resolución del procedimiento sancionador por infracción administrativa de contrabando que pudiera incoarse como consecuencia de dichas actuaciones”

Entre las fuerzas competentes a que se refiere el precepto transcrito se encuentran, por supuesto, las fuerzas de la Guardia Civil “que cumplan funciones propias del resguardo fiscal del Estado y las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando” –artículo 20.2.b) del Real Decreto 1646/1998– y que, según el apartado 1 del artículo 22, pueden realizar las actuaciones previas a la iniciación del procedimiento sancionador.

De cuanto se lleva dicho a propósito del Resguardo Fiscal y de la represión del contrabando se deduce que una y otra función se vinculan a los servicios aduaneros y fiscales en los que tienen su natural y propio encaje, por lo que, de acuerdo con la regla de imputación de los gastos en bienes, servicios y suministros necesarios para la prestación de los servicios aduaneros y fiscales que establece el artículo 58 de la Ley 58/1999, los gastos por esos conceptos en los espacios y locales en los que la Guardia Civil realiza las funciones del Resguardo Fiscal han de ser atendidos, con la reserva o cautela que seguidamente se indica, por la AEAT.

- III -

La reserva o cautela a que se ha hecho referencia en el anterior apartado viene motivada por la circunstancia de que al Resguardo Fiscal le corresponde realizar también funciones que propiamente no guardan relación con los servicios aduaneros y fiscales.

En efecto, en el Manual del Resguardo Fiscal aprobado por la mencionada Circular 16/97 se establecen funciones del Resguardo Fiscal que no tienen relación con los servicios aduaneros y fiscales. Así, en el apartado 2.1 se alude a la persecución del narcotráfico y en los apartados 7.2.6, 7.2.7 y 7.2.8, se hace referencia, respectivamente, a funciones de control de “bienes culturales y otros integrantes del Patrimonio Histórico Español” y de “material de

juegos de suerte, envite o azar”, así como a delitos sobre “propiedad industrial, intelectual e informática”.

Por otra parte, encomendándose al Resguardo Fiscal la prevención y persecución del contrabando, no puede desconocerse que el artículo 2 de la citada Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando tipifica como delitos de contrabando conductas en las que los bienes jurídicos protegidos no son de naturaleza fiscal, sino los propios de normativas sectoriales distintas: exportación o importación de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español sin la autorización establecida en la Ley 16/1985, de 22 de junio, del Patrimonio Histórico Español; exportación e importación de especímenes de fauna y flora silvestres de especies recogidas en el Convenio de Washington de 3 de marzo de 1973 o en el Reglamento (CE) nº 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996; exportación e importación de material de defensa o de productos y tecnologías de doble uso sin la autorización prevista en la Ley 53/2007; etc.

Pues bien, teniendo en cuenta el principio sobre el que se asienta la regla de imputación de gastos que establece el artículo 58 de la Ley 58/1999 –imputación del gasto en bienes, servicios y suministros al servicio por el que se hacen–, es razonable pensar que, al no ser las funciones del Resguardo Fiscal y persecución del contrabando de que ahora se trata funciones fiscales (por proteger otros bienes o valores jurídicos), los gastos en bienes, servicios y suministros correspondientes a estas funciones no los ha de asumir la AEAT, sino que han de imputarse a la Guardia Civil (Ministerio del Interior).

Dicho lo anterior, y conjugando las consideraciones y conclusión expuestas en el anterior apartado con las consideraciones y conclusión a que acaba de hacerse referencia, lo coherente es concluir que, puesto que en el local, espacio o dependencia del recinto portuario en que se encuentra ubicado el Resguardo Fiscal se realizan, de una parte, funciones aduaneras y fiscales y, de otra parte, funciones que, como se ha expuesto, no guardan propiamente relación con las funciones aduaneras o fiscales, los gastos por razón de bienes, servicios y suministros habrán de imputarse a la AEAT y a la Guardia Civil (Ministerio del Interior) en la proporción que corresponda y, si ésta no pudiera fijarse con arreglo a criterios objetivos precisos, en la proporción que ambas partes convengan.

- IV -

Aunque no sea objeto de discrepancia entre el Servicio Jurídico de la AEAT y la Abogacía del Estado en el Ministerio del Interior, este Centro Directivo estima oportuno examinar la cuestión relativa a los gastos correspondientes a los locales o dependencias de los recintos portuarios ocupados por la Guardia Civil para el desempeño de funciones ajenas al Resguardo Fiscal y a la represión del contrabando.

En relación con estos gastos, la Abogacía del Estado en el Ministerio del Interior entiende que, dados los términos en los que se manifiesta tanto la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como la Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana, “...no parece posible que pueda repercutirse gasto alguno que se genere en el ejercicio de las funciones de seguridad que la Guardia Civil tiene encomendadas constitucional y legalmente pues en ellas subyacen intereses superiores (integridad, soberanía y seguridad públicas)”.

Este Centro Directivo no puede compartir este criterio. No existe fundamento legal alguno para sostener que el ejercicio por la Guardia Civil de las funciones de que ahora se trata le exima de hacer frente a los gastos en bienes, servicios y suministros en los que incurra por el desempeño de esas funciones, pues, de llevarse el anterior argumento a sus últimas consecuencias, habría que llegar a la conclusión de que la prestación de las demás funciones y servicios públicos exoneraría a los órganos de la Administración del abono de los gastos en que incurren por la prestación de aquéllos, lo que no resulta admisible, ya que, desde una

perspectiva estrictamente jurídica, los diversos servicios y funciones públicas merecen igual valoración o consideración.

La circunstancia de que el espacio o local ocupado sea del dominio público portuario y, por tanto, de titularidad estatal, no altera la anterior aseveración, sino que la confirma desde el momento en que para estas concretas situaciones existe en la normativa portuaria un precepto que resuelve la cuestión de que se trata.

En efecto, el artículo 73.2 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, dispone 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”.

A la vista del precepto transcrito, especialmente de su inciso final, parece claro que el órgano de la Administración del Estado (o la entidad u organismo dependiente o vinculada a ella) no queda exonerado de satisfacer los gastos o costes en que incurra por la prestación de los servicios de su incumbencia, pues en otro caso no tendría sentido la regla de su inciso final, debiendo determinarse esos costes o gastos en el correspondiente convenio concertado con la Autoridad Portuaria.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Los gastos en bienes, servicios y suministros correspondientes a los locales, espacios o dependencias de los recintos portuarios ocupados por el Resguardo Fiscal del Estado han de ser satisfechos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria y por la Guardia Civil en la proporción que corresponda y, si ésta no pudiera fijarse con arreglo a criterios objetivos precisos, en la proporción que ambas partes convengan.

Segunda.- Los gastos en bienes, servicios y suministros correspondientes a locales, espacios o dependencias de los recintos portuarios ocupados por la Guardia Civil para la realización de funciones distintas de las propias del Resguardo Fiscal del Estado y de la represión del contrabando han de ser abonados por el Instituto Armado en los términos que se disponga en el convenio a que se refiere el artículo 73.2 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.

75.- Informe sobre el procedimiento que ha de seguir una Autoridad Portuaria para adquirir unos terrenos para construir una estación ferroviaria intermodal.

Resumen

Consulta sobre el procedimiento que ha de seguir una Autoridad Portuaria para adquirir unos terrenos para construir una estación ferroviaria intermodal. Análisis del régimen jurídico aplicable a las adquisiciones patrimoniales previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas,

REF: A.G. - ENTES PÚBLICOS 44/16 (R-388/2016)

Fecha: 28 de mayo de 2016

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado el proyecto de informe del Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica concertado con la Autoridad Portuaria de Tarragona sobre adquisición, por parte de esta entidad pública, de determinados terrenos en los términos municipales de Guadalajara y Marchamalo (Guadalajara) para la construcción de una estación ferroviaria intermodal. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

I. Competencia de la Autoridad Portuaria de Tarragona.

La adquisición de los terrenos por la Autoridad Portuaria de Tarragona (en lo sucesivo, APT) tiene por finalidad, según se dice en la memoria justificativa que se acompaña al expediente remitido a este Centro Directivo, “la construcción de una estación ferroviaria intermodal, así como la ubicación de los servicios logísticos necesarios para llegar a ser una estructura estratégica que asegure la continuidad de la cadena de transporte de las mercancías marítimas;” añadiéndose que esa estación ferroviaria ha de posibilitar: la manipulación de cajas móviles sin limitación de espacio, menores límites de estancia y dificultades para la manipulación de mercancías peligrosas, la admisión de trenes de 750 metros sin rupturas de tren y el almacenamiento de contenedores refrigerados y de temperatura controlada.

Expuestos, en los términos indicados, la finalidad que se persigue con la adquisición de los terrenos, ha de entenderse que la APT puede, por estar incluida en su esfera de funciones y competencias, efectuar la construcción de la mencionada estación ferroviaria y, por tanto, la adquisición de los terrenos precisos para este fin, y ello en razón de lo que seguidamente se indica.

El artículo 18 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 (TRLEEMM) asigna al ente público Puertos del Estado, entre otras funciones, la de “coordinar y supervisar las actuaciones de los diferentes órganos de la Administración General del Estado con competencia en materia de intermodalidad, logística y transporte que se refieran a puertos de interés general. En particular –prosigue el precepto–, Puertos del Estado participará, establecerá y tramitará los convenios de conexión entre las Autoridades Portuarias y ADIF para su aprobación por el Ministerio de Fomento y coordinará su aplicación y seguimiento” –apartado 1.1)–. Por su parte, y ya con referencia a las competencias de las Autoridades Portuarias, la letra r) del artículo 26 de dicho texto legal señala como función de las Autoridades Portuarias la de “promover que las infraestructuras y servicios portuarios respondan a una adecuada intermodalidad marítimo-terrestre, por medio de una red viaria y ferroviaria eficiente y segura, conectada adecuadamente con el resto del sistema de transporte y con los nodos logísticos que puedan ser considerados de interés general” y la letra s) de dicho precepto legal asigna a dichas

entidades públicas la función de “administrar las infraestructuras ferroviarias, favoreciendo una adecuada intermodalidad marítimo-ferroviaria”.

Las anteriores funciones que, por sí mismas, no serían suficientes para dar cobertura legal a la operación que se pretende efectuar, máxime cuando, con arreglo al artículo 28 del propio TRLPEMM, el ámbito territorial de competencia de las Autoridades Portuarias queda circunscrito a la zona de servicio del puerto y a los espacios afectados al servicio de señalización marítima, quedan completadas con la que establece el artículo 2 del Real Decreto 707/2015, de 24 de julio por el que se regula el Fondo Financiero de Accesibilidad Terrestre y Portuaria.

Con fundamento legal en lo dispuesto en el artículo 159 bis del TRLPEMM (precepto introducido por el artículo 56.4 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia), que crea el referido Fondo y al que le asigna, en lo que aquí interesa, la función de financiación de la “mejora de las redes generales de transporte de uso común a los efectos de potenciar la competitividad del transporte intermodal de mercancías viario y ferroviario”; el artículo 2.3 del citado Real Decreto 707/2015 dispone que “en el concepto de mejora de las redes generales de transporte de uso común se consideran incluidas las conexiones y actuaciones vinculadas con los puertos secos y otras plataformas logísticas intermodales, en cuya titularidad participe un organismo público portuario”.

En definitiva, el artículo 159 bis del TRLPEMM y el artículo 2 del Real Decreto 707/2015 reconocen, más allá de las funciones que se establecen en el artículo 26, apartados r) y s), del citado texto legal, la intervención de las Autoridades Portuarias en materia de mejora de redes generales de transporte y, más precisamente, la realización, como cometidos propios de ellas, de conexiones y actuaciones vinculadas a los denominados puertos secos y otras plataformas logísticas intermodales, excepcionando la regla de competencia territorial que establece el artículo 28 de dicho texto legal, conforme se desprende, en cuanto a esto último, de la comparación entre los apartados 2 (definición del límite vigente de la zona de servicio: el de la zona de servicio existente en el momento anterior a las afectaciones de terrenos realizadas para llevar a término las infraestructuras de conexión) y 3 (definición de lo que se entiende por mejora de las redes generales de transporte) del artículo 2 de la mencionada disposición reglamentaria.

Así pues, y con fundamento en el artículo 159 bis del TRLPEMM y en el artículo 2 del Real Decreto 707/2015, cabe admitir la operación para la que se pretende la adquisición de los inmuebles y, por tanto, la propia adquisición de éstos.

II Procedimiento que debe seguirse para la adquisición. Competencia.

El artículo 110.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), relativo al “régimen jurídico de los negocios patrimoniales”, dispone que “en las entidades públicas empresariales y en los organismos públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, la preparación y adjudicación de estos negocios, así como la competencia para adoptar los correspondientes actos se regirán, en primer término, por lo establecido en sus normas de creación o en sus estatutos, con aplicación, en todo caso, de las previsiones recogidas en el artículo 147 de esta ley”.

El precepto transcrito establece, pues, un orden de prelación respecto de las normas que han de observarse por las Autoridades Portuarias sobre el régimen jurídico de negocios patrimoniales en punto a los actos de preparación y adjudicación de estos negocios y en punto a la competencia para celebrarlos. Así, se aplican, en primer término, las normas por las que se rigen las Autoridades Portuarias y, en segundo término y en defecto de los anteriores, las previsiones de la propia LPAP. Procede, pues, examinar, lo relativo a la preparación y adjudicación y lo relativo a la competencia.

II.a) Preparación y adjudicación de la adquisición.

No se contiene en los artículos 42 a 46 del TRLPEMM, dedicados a regular el régimen patrimonial de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, ninguna previsión sobre las normas que deban observarse para las adquisiciones de inmuebles que efectúen esas entidades públicas, por lo que, en consonancia con lo dicho, la APT ha de ajustarse a las reglas que para la adquisición de inmuebles establece el artículo 116 de la LPAP, lo que viene a quedar confirmado por la disposición adicional quinta.1 de este texto legal, según la cual “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...”

II.b) Competencia para la adquisición.

La aplicación preferente o prioritaria de las “normas de creación o estatutos” a que se refiere el artículo 110.2 de la LPAP, esto es, y en el caso a que se refiere el presente informe, de las normas por que se rigen las Autoridades Portuarias determina que la competencia para acordar la adquisición corresponda al Consejo de Administración de la APT, dado que el artículo 30.5.q) del TRLPEMM atribuye a dicho órgano la competencia para “realizar cuantos actos de gestión, disposición y administración de su patrimonio propio se reputen precisos”, función en la que sin duda alguna queda comprendida la adquisición de bienes inmuebles. Siendo competencia del Consejo de Administración de la APT la adopción del acuerdo de adquisición del inmueble, corresponde al Presidente de la APT, actuando en nombre y representación de dicho organismo público, suscribir el oportuno contrato de compraventa, y ello en razón de la función que aquél asigna el artículo 31.2.a) del TRLPEMM: “representar de modo permanente a la Autoridad Portuaria y a su Consejo de Administración en cualesquiera actos y contratos...”

III. Requisitos que debe ajustarse el procedimiento de adquisición.

III.a) Forma de adquisición.

Según el artículo 116.4 de la LPAP y prescindiendo, por no ser del caso, de los supuestos de adquisición directa que establecen las letras a), b), c) y d) de dicho precepto legal, la adquisición ha de tener lugar mediante concurso “salvo que se acuerde la adquisición directa por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la adquisición resultante de acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien”

En la memoria justificativa que se acompaña al expediente se fundamenta la utilización del procedimiento de adquisición directa en la especial idoneidad del bien, entendiendo este Centro Directivo que cabe apreciar la concurrencia de esta razón justificativa de la aplicación del procedimiento de adquisición directa por las consideraciones que se recogen en el apartado 2.1 de la referida memoria.

III.b) Documentación y trámites del procedimiento de adquisición.

Obra en el expediente remitido, además del informe de la Abogacía del Estado en Tarragona a la que corresponde la coordinación del convenio de asistencia jurídica con la APT, la memoria a que se refiere el artículo 116.3.a) de la LPAP con el contenido que este precepto exige y respecto de la cual se dan por reproducidas aquí las consideraciones hechas en los apartados I y II del presente informe sobre la competencia de la APT para la construcción de la estación ferroviaria intermodal y la adquisición de los inmuebles y sobre la utilización del procedimiento de aplicación directa. Obra también en el expediente remitido a este Centro Directivo tasación de los inmuebles que se pretenden adquirir efectuada por la sociedad X, S.A., fechada el 8 de septiembre de 2015 (habiendo sido aprobada esta tasación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 114.3 de la LPAP por el Presidente de la APT mediante resolución de 10 de septiembre de 2015), entidad que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114.1, está legalmente facultada para realizar tasaciones.

A los anteriores documentos se unen: 1) certificación expedida el 27 de abril de 2016 por el Director de Planificación Portuaria de la APT en la que hace constar que de toda la documentación de la oferta formulada por la sociedad vendedora se desprende que “los terrenos ofertados son aptos y reúnen las condiciones necesarias para los requerimientos exigidos por una terminal ferroviaria intermodal de las características que precisa la entidad portuaria de Tarragona”; 2) certificado de existencia de crédito expedido el 26 de abril de 2016 por el Jefe de Administración y Finanzas de la APT en el que se hace constar que en la fecha de expedición del certificado existe crédito por los importes y anualidades siguientes: ejercicio 2016, crédito 5.900.000 euros; ejercicio 2017, crédito 5.900.000, arrojando el total de 11.800.000 euros; 3) oferta de venta con expresión del precio (11.500.000 euros), plazo de duración de la oferta (30 de junio de 2016) y condiciones del contrato; 4) documentación relativa a la personalidad de quien formula la oferta y de sus representantes; 5) certificaciones catastrales y registrales; y 6) copia del acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Guadalajara, fechado el 12 de febrero de 2015, por el que se aprueba definitivamente el Proyecto de Reparcelación de la UA-1 del Sector SP100 Ciudad del Transporte.

Debe, por tanto, entenderse cumplidos las exigencias del artículo 116.3 de la LPAP. Sentada esta conclusión, ha de indicarse que, en aplicación del apartado 2 de dicho precepto y del artículo 25 del Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 29 de agosto, la adquisición que se pretende deberá contar con el informe favorable del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, a cuyos efectos debe procederse en la forma indicado por el inciso segundo de dicho precepto reglamentario.

No obstante lo dicho, debería incorporarse al expediente certificación del Ayuntamiento de Guadalajara a fin de que quede suficientemente acreditado que los terrenos de cuya adquisición se trata pueden destinarse, de conformidad con el planeamiento urbanístico, al uso que se pretende realizar.

III.c) Titularidad de las fincas. Poderes de los representantes. Condiciones del contrato.

III.c).1 Titularidad de las fincas

A la vista de las fotocopias de las certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad de Guadalajara nº 3 el 4 de abril de 2016, queda suficientemente acreditada la propiedad de la sociedad Y, SA sobre las fincas M-TI-1.2, G-TI-1.2, que constituyen las fincas registrales nº 11.626 de Marchamalo y 14.272 de Guadalajara, respectivamente, y que se corresponden con las parcelas reseñadas en la oferta de venta como fincas A (parcela M-TI-1.2) y B (parcela G-TI-1.2). Igualmente, queda acreditada la propiedad de la sociedad Y, S.A. sobre las fincas registrales nos 10.957 de Guadalajara, 14.176 de Guadalajara, 14.177 de Guadalajara y 14.178 de Guadalajara que se corresponden con las parcelas reseñadas en la oferta de venta como fincas F, E, D y C, respectivamente.

III.c).2 Poderes de los representantes de la sociedad vendedora.

Interviniendo, según se indica en la oferta de venta, Don F y Don M, como representantes de la sociedad vendedora, sus facultades de representación a los efectos de la enajenación de las fincas resultan suficientes a la vista de la certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración de la sociedad X, S.A. el 21 de septiembre de 2015 e incorporada a la escritura pública, otorgada ante la Notario de Guadalajara el 13 de octubre de 2015 al nº 2100 de su protocolo, comprensiva de los acuerdos adoptados en el Consejo de Administración de dicha sociedad celebrado el 13 de mayo de 2015 entre el que consta el relativo a la designación de un Comité Ejecutivo y a la delegación en él de todas las facultades del Consejo de Administración, exigiéndose para el ejercicio de las facultades delegadas la firma mancomunada de uno de los miembros del grupo a) –caso del Sr. F– junto con uno de los miembros del grupo b) –caso del Sr. M–.

Independientemente de lo anterior, debe indicarse que, según el artículo 160 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, es necesaria la autorización de la Junta General para la adquisición, enajenación o aportación a otra sociedad de activos esenciales. Así las cosas, y desconociendo este Centro Directivo si los inmuebles que se pretenden adquirir tienen esta condición, debería precisarse este extremo, de manera que de tener aquéllos la indicada calificación habría de obtenerse la oportuna autorización de la Junta General.

III.c).3 Condiciones del contrato

Examinadas las condiciones de la oferta, este Centro Directivo entiende que no se aprecia ninguna estipulación contraria a Derecho, confirmando así las consideraciones que se recogen en el proyecto de informe del Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica con la APT.

Más particularmente, y en relación con las indicaciones que se hacen en el correo electrónico por el que se eleva consulta a este Centro Directivo, han de hacerse las siguientes consideraciones:

- a) En el proyecto de informe se indica que los gastos de otorgamiento de la escritura deberían ser asumidos por la sociedad vendedora

El artículo 1455 del Código Civil dispone que “los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor y los de primera copia y los demás posteriores a la venta serán del comprador, salvo pacto en contrario”

Aunque el precepto transcrito declara de cuenta y cargo del vendedor los gastos de otorgamiento de escritura, esta regla no es una regla de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum* desde el momento en que admite pacto en contrario. Por tanto, y sin perjuicio de que pudiera negociarse este extremo con la sociedad vendedora, no puede apreciarse que la imposición de los gastos de otorgamiento de escritura al comprador sea ilegal.

- b) Retención por la sociedad vendedora de las cantidades abonadas por la compradora hasta el momento del incumplimiento de ésta.

En realidad, esta estipulación entraña, y así ha de calificarse, una cláusula penal a que se refieren los artículos 1152 a 1155 del Código Civil. Pues bien, en su condición de cláusula penal, no existe ningún impedimento para su admisión (una vez expresamente establecida), sea en su función estrictamente liquidatoria (sustitución de la indemnización de daños y perjuicios sin necesidad de probarlos), sea en su función acumulativa (cuando se parta expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y, además, la pena pactada como estricta cláusula penal), tal y como resulta de los citados preceptos del Código Civil y de la reiterada imprudencia que los aplica (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio, 28 de septiembre y 20 de diciembre de 2006 y 14 de septiembre de 2007 y las que en ellas se citan).

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

CONCLUSIÓN

Confirmando el proyecto de informe del Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica concertado con la Autoridad Portuaria de Tarragona, procede informar favorablemente el expediente de adquisición de las fincas reseñadas en el encabezamiento del presente informe, si bien, y en consonancia con lo indicado en los apartados III.b) y III.c).2, debería obtenerse certificación del Ayuntamiento de Guadalajara a fin de que quede suficientemente acreditado que los terrenos de cuya adquisición se trata pueden destinarse, de conformidad con el planeamiento urbanístico, al uso que se pretende realizar, así como, de tener aquéllos la condición de activos esenciales de la sociedad vendedora, autorización de la Junta General.

76.- Informe favorable sobre la enajenación directa de un inmueble a un Ayuntamiento por parte de una Autoridad Portuaria.

Resumen

Consulta sobre la enajenación directa de un inmueble a un Ayuntamiento por parte de una Autoridad Portuaria. Tramitación de expediente administrativo para la transmisión patrimonial.

REF: A.G. ENTES PÚBLICOS 104/16 (R – 990/2016)

Fecha: 27 de diciembre 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, el expediente tramitado por la Autoridad Portuaria de Gijón para la enajenación directa del inmueble de su propiedad denominado “Quinta La Vega” a favor del Ayuntamiento de Gijón, este Centro Directivo no formula observaciones al mismo, toda vez que resulta acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 131 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), y en los artículos 117 y siguientes del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la citada Ley (RGLPAP), todo ello a reserva de la emisión por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE) del informe previsto en el artículo 112.3 de la LPAP.

Efectivamente, la enajenación directa del inmueble tendría por destinataria otra Administración Pública (artículo 137.4.a) de la LPAP), concretamente el Ayuntamiento de Gijón; se considera suficientemente depurada la situación física y jurídica del inmueble (artículo 136.1 de la LPAP), que figura inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de la Autoridad Portuaria en pleno dominio por título de reparcelación; el expediente de enajenación directa, incoado por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Gijón (artículos 110.2 y 135.2 de la LPAP y 30.5.q) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante (TRLPMM) aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre), incorpora la tasación previa del inmueble (artículo 114 de la PLAP y 102 del RGLPAP), así como la comunicación previa a la Dirección General del Patrimonio del Estado (artículos 100 RGLPAP y 44.1 del TRLPMM), que ha informado que el inmueble no resulta de interés para otros servicios de la Administración General del Estado; consta en dicho expediente la aceptación del precio y condiciones de la enajenación por el adquirente (artículo 117 del RGLPAP), la constitución por éste del depósito exigido en el artículo 137.6 de la LPAP, y el informe de la Abogacía del Estado u órgano de asesoramiento jurídico de la entidad (artículo 118 del RGLPAP), quedando únicamente pendiente de evacuación el informe de la IGAE, exigible por superar el valor de tasación del inmueble el importe de 1.000.000 de euros (artículo 112.3 de la LPAP).

Por todo lo expuesto, y una vez se haya evacuado el mencionado informe por la IGAE, este Centro Directivo no formula observaciones al expediente de enajenación directa del inmueble denominado Quinta La Vega, de la Autoridad portuaria de Gijón, a favor del Ayuntamiento de Gijón.

VI. RÉGIMEN PATRIMONIAL

VII. RÉGIMEN DE RECURSOS HUMANOS

VII. RÉGIMEN DE RECURSOS HUMANOS

77.- Sujeción de las Autoridades Portuarias al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 49/1998, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 para la contratación de personal laboral así como para el incremento de las retribuciones del mismo.

Resumen

Sujeción de las Autoridades Portuarias (AAPP) al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 49/98, de PGE para 1999, para la contratación de personal laboral, así como para el incremento de las retribuciones de dicho personal (arg. art. 28.4.d) "in fine" Ley de Puertos). Nulidad de pleno derecho de las contrataciones de personal laboral efectuadas por las AAPP sin cumplir el requisito exigido por art. 21.2, párr. 2 Ley 49/98 (autorización de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas) y de los acuerdos sobre aumentos de retribuciones del referido personal sin cumplir el requisito del 35.1 de la misma Ley (informe conjunto de los dos Ministerios citados). Procedimiento para el ejercicio de acciones de nulidad en el caso: vía jurisdiccional social y vía contencioso-administrativa (cfr. jurisprudencia del T.S.). Posible legitimación de la Administración General del Estado en los respectivos procesos.

Ref: A.G.: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS 1/99

Fecha: 21 de enero de 1999

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del Informe

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.E. sobre la validez de ciertas contrataciones de personal y aumentos retributivos acordados por determinadas Autoridades Portuarias sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, así como sobre el procedimiento que deba seguirse para el ejercicio de las acciones de nulidad que, en su caso, procedan y la posible legitimación de la Administración General del Estado para ello. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, esta Dirección tiene el honor de informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

- 1) La Abogacía del Estado de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos emitió, el 14 de enero de 1999, un informe en el que, en relación con el régimen jurídico aplicable a la oferta de empleo y al establecimiento y modificación de las condiciones retributivas del personal de los Entes públicos Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, se formulan las siguientes conclusiones:
 1. La legislación específica de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias prevé expresamente la aplicación a estos Entes, en lo relativo a la oferta de empleo y al establecimiento y modificación de las condiciones retributivas de su personal, de las normas contenidas en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado.
 2. De acuerdo con lo establecido en la vigente Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, durante este ejercicio las convocatorias de plazas vacantes de estos Entes habrán de ser autorizadas por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, y deberán sujetarse a las limitaciones generales establecidas en dicha Ley y a las condiciones singulares que en su momento establezca el Real Decreto de Oferta de Empleo Público.

3. Asimismo, de conformidad con lo previsto en la citada Ley, durante el mismo ejercicio, la determinación o modificación de las condiciones retributivas del personal de los mencionados Entes requerirá informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, en las condiciones y por el procedimiento establecido por la Comisión Interministerial de Retribuciones.
4. La Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998 estableció, para ese ejercicio, previsiones semejantes a las de la Ley 49/1998, a las que se ha hecho referencia en los dos apartados anteriores.
- 2) La Abogacía del Estado del Ministerio de Administraciones Públicas emitió, el 14 de enero de 1999, un informe en el que, en relación con ciertas contrataciones de personal y aumentos retributivos acordados por determinadas Autoridades Portuarias sin cumplir los requisitos establecidos al respecto por las leyes de Presupuestos Generales del Estado, se establecen las siguientes conclusiones:

Primera.- A juicio de esta Abogacía del Estado, tanto los actos de contratación nuevos como los aumentos retributivos, producidos sin haberse dado cumplimiento a los requisitos establecidos anualmente en las Leyes de Presupuestos, son nulos de pleno derecho.

Segunda.- La eventual declaración de nulidad de aquellos actos corresponde al orden social de la Jurisdicción, correspondiendo el ejercicio de la acción correspondiente a la Administración General del Estado, como titular de unas competencias en esta materia que han sido desconocidas por una entidad del sector público estatal dotada de un particular régimen de autonomía.

- 3) El Secretario de Estado para la Administración Pública recaba, respecto de los mismos supuestos de hecho examinados en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Administraciones Públicas, el parecer de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado sobre los siguientes extremos:

1. Validez o no de las contrataciones y de los aumentos retributivos pactados.
2. Cauce procedimental y procesal en relación con un eventual ejercicio de acciones de nulidad.
3. Sobre la legitimación de la Administración General del Estado en esos procesos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

Como quiera que la cuestión de la validez de las contrataciones de personal efectuadas por las Autoridades Portuarias y de los aumentos retributivos del personal a su servicio acordados por dichas entidades se suscita por razón del incumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, la adecuada resolución de las cuestiones planteadas por el Secretario de Estado para la Administración Pública exige, ante todo, determinar la sujeción de las Autoridades Portuarias al cumplimiento de los aludidos requisitos.

Configuradas las Autoridades Portuarias, según el artículo 35.1, párrafo primero, de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) como 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 sujeción de dichas entidades al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, en materia de oferta de empleo público y de

determinación y modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario se afirma tanto desde la perspectiva de este texto legal como desde la perspectiva de la LPMM.

El artículo 20 de la citada Ley 49/1998 dispone, bajo la rúbrica de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público, que a efectos de lo establecido en el presente artículo, constituyen el sector público:

(...)

- k) Las entidades públicas empresariales a las que se refiere el artículo 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, las entidades de derecho público previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria y el resto de los entes del sector público estatal, autonómico y local.

A la vista de la amplitud del ámbito del precepto que acaba de transcribirse en lo pertinente, no cabe duda de que las Autoridades Portuarias quedan comprendidas en el sector público (estatal). Así las cosas, y debiendo interpretarse el artículo 21 de la Ley 49/1998 en relación con el artículo 20 de la propia Ley, ha de entenderse que las entidades de continua referencia quedan sujetas, en lo que concierne a la contratación de personal a su servicio, al cumplimiento del requisito (autorización conjunta del Ministerio de Administraciones Públicas y del Ministerio de Economía y Hacienda) que establece el artículo 21.Dos, párrafo segundo, de la citada Ley 49/1998, ya que este precepto refiere la exigencia de autorización conjunta de ambos Departamentos ministeriales a las correspondientes convocatorias de plazas vacantes de las entidades públicas empresariales y entes públicos no mencionados anteriormente, estén o no pendientes de adaptación

Igualmente, y por lo que se refiere a la modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario, las Autoridades Portuarias quedan sujetas al requisito que para ello establece el artículo 35.Uno de la Ley 49/1998 (informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas). En efecto, el citado precepto establece que durante el año 1999 será preciso informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario al servicio de:

(...)

- f) Las entidades públicas empresariales, las entidades de derecho público previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria y el resto de los entes públicos, en las condiciones y por los procedimientos que al respecto se establezcan por la Comisión Interministerial de Retribuciones, atendiendo a las características específicas de aquéllas.

Si, en virtud de las consideraciones que anteceden, las Autoridades Portuarias quedan sujetas al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 49/1998 para la contratación por dichas entidades de personal laboral (artículo 21.Dos, párrafo segundo) y para el incremento de las retribuciones de dicho personal (artículo 35), la sujeción al cumplimiento de dichos requisitos resulta también de lo dispuesto en la LPMM.

Así, por lo que se refiere, en primer lugar, a la determinación o modificación de las retribuciones del personal laboral, el artículo 40.5.e) de la LPMM, según redacción dada por el artículo único.14 de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de modificación de aquélla (Ley 27/1992, de 24 de noviembre) establece como función de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias, la de nombrar y separar al personal directivo de la Autoridad Portuaria y aprobar su régimen retributivo, a propuesta del Presidente, definir la política general de recursos humanos de la entidad y establecer los criterios para la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal, sin perjuicio de lo establecido en la normativa laboral o presupuestaria. Del precepto que acaba de transcribirse se deduce que la LPMM salva la aplicación de lo establecido en las leyes de Presupuestos Generales del

Estado en las materias mencionadas en el artículo 40.5.e) de la propia LPMM, como es el caso, entre otras, de la fijación de los criterios para la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal al servicio de las Autoridades Portuarias, en los que se incluyen, sin duda, las retributivas.

Lo propio acontece respecto de la contratación de personal. En efecto, aunque el artículo 37.o) de la LPMM, según la redacción dada por el artículo único.13 de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, no contenga una previsión análoga a la del artículo 40.5.e), in fine, de la propia LPMM, al señalar como función, entre otras, de las Autoridades Portuarias la de definir las necesidades de personal de la entidad, contratar al mismo, formular sus presupuestos y cuantos otros sean necesarios para el cumplimiento de sus fines, sin hacer referencia a lo establecido en las normas presupuestarias, ha de entenderse que también ha de quedar a salvo la aplicación de dichas normas, pues no tendría sentido que éstas se apliquen para la determinación o modificación de las retribuciones y no para la contratación de personal. Por otra parte, no puede olvidarse que, en relación con la entidad pública Puertos del Estado, el artículo 28.4.d) de la LPMM atribuye al Consejo Rector de esta entidad la competencia para nombrar y separar al personal directivo del Ente público y aprobar su régimen, a propuesta del Presidente, aprobar las necesidades de personal del ente público, así como sus modificaciones y los criterios generales para la selección, admisión y retribución del mismo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa laboral o presupuestaria. Pues bien, carecería de justificación que las previsiones contenidas en las normas presupuestarias sean de aplicación a la aprobación por Puertos del Estado de las necesidades de personal del Ente público, en lo que, sin duda, queda comprendida la contratación de personal y que, en cambio, esas previsiones presupuestarias no se apliquen a la contratación por las Autoridades Portuarias del personal a su servicio, siendo así que estas últimas entidades tienen igual naturaleza y configuración jurídicas que Puertos del Estado (entidades de Derecho público de las previstas en el artículo 6.5 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria).

- II -

Una vez razonada la sujeción de las Autoridades Portuarias al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, para la contratación por las referidas entidades de personal y para la modificación (incremento) de las retribuciones del mismo, procede examinar cuáles sean las consecuencias de la inobservancia de tales requisitos.

Invirtiendo, por razones sistemáticas, el orden del escrito de consulta y comenzando por los acuerdos de aumentos retributivos, debe precisarse, ante todo, como acertadamente se dice en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Administraciones Públicas que, enmarcándose los acuerdos de aumentos retributivos en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales que vinculan a las Autoridades Portuarias con el personal a su servicio (cfr. artículo 52.1 de la LPMM), la sanción por incumplimiento o inobservancia del requisito establecido por el artículo 35 de la Ley 49/1998 no puede determinarse con arreglo a las prescripciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sobre invalidez de los actos administrativos. Hecha esta precisión, debe entenderse que, dado el carácter imperativo con que aparece formulado en el artículo 35 de la Ley 49/1998 el requisito del informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, los acuerdos de aumentos retributivos que hubiesen sido adoptados sin el cumplimiento del aludido requisito serían nulos de pleno derecho en aplicación del artículo 6.3 del Código Civil (Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efectos distinto para el caso de contravención), dado que se trataría de actos o acuerdos contrarios a una norma imperativa que, además, prevé expresamente, como sanción de su incumplimiento, la de nulidad absoluta o radical; así, el propio artículo 35 de la Ley 49/1998 dispone en su apartado seis que serán nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en

esta materia con omisión del trámite de informe o en contra de un informe desfavorable, así como los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a los que determinen las futuras Leyes de Presupuestos.

Mayores dificultades suscita la consideración como nulas de pleno derecho de las contrataciones de personal que se hubiesen efectuado sin el cumplimiento del requisito establecido por el artículo 21.Dos, párrafo segundo, de la Ley 49/1998, ya que, por una parte, el tenor literal de dicho precepto (los Ministerios de Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda podrán autorizar conjuntamente ..) no es el propio de las normas imperativas y, por otra parte, no contiene, a diferencia del artículo 35 de la propia Ley, una declaración expresa sobre sanción de nulidad de pleno derecho de los actos realizados en su contravención. No obstante, debe entenderse, por las consideraciones que siguen, que las contrataciones de personal efectuadas sin el cumplimiento del requisito establecido por el precepto citado adolecen también de nulidad de pleno derecho.

En primer lugar, la locución podrán autorizar que emplea el artículo 21.Dos, párrafo segundo, de la Ley 49/1998 no puede interpretarse, desde el punto de vista del procedimiento que debe seguirse para la contratación de personal, como un requisito cuyo cumplimiento quede al arbitrio de la entidad pública empresarial o ente público de que se trate, sino como un requisito (autorización) cuya obtención por una u otro es obligada. Los órganos competentes para otorgar la autorización podrán, en cuanto facultad suya, otorgar o denegar la autorización, pero ello no dispensa, como fácilmente se comprende, a las entidades públicas a que se refiere el precepto de constante cita del cumplimiento de la obligación de solicitar y obtener la oportuna autorización como conditio iuris de la validez de la contratación de personal que pretenden efectuar; debe, pues, entenderse que la norma del artículo 20.Dos, párrafo segundo, de la Ley 49/1998 tiene, al establecer el requisito de la autorización conjunta de los referidos Departamentos ministeriales, carácter imperativo.

En segundo lugar, y partiendo del carácter imperativo del citado precepto, no cabe entender que el incumplimiento de la repetida norma no lleve anudada, como consecuencia, la sanción de nulidad, por la circunstancia de que no lo disponga expresamente. Afirmado el carácter imperativo del artículo 21.Dos, párrafo segundo, de la Ley 49/1998, en cuanto a la exigencia que establece, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 6.3 del C.C., sería necesario para que no se produjese la sanción de nulidad que el precepto primeramente citado previese, para el caso de incumplimiento del mismo, una consecuencia jurídica distinta. Por otra parte, carecería de sentido que en el caso de determinación o modificación de retribuciones del personal laboral el incumplimiento del requisito exigido por el artículo 35 de la Ley 49/1998 determine la nulidad de los acuerdos adoptados y que, en cambio, en el caso de contratación de personal el incumplimiento del requisito exigido por el artículo 21.Dos, párrafo segundo, de la propia Ley 49/1998 no determine la referida sanción, siendo así que la exigencia de los requisitos establecidos por uno y otro precepto en materia de determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y de contratación de personal, respectivamente, responden a una misma ratio iuris, cual es la relativa al control de los gastos de personal en el marco de la política de rigor en la reducción del déficit público y disciplina en el gasto, política de la que son continuadores los Presupuestos Generales del Estado para 1999, según se dice en la exposición de motivos de la Ley 49/1998.

- III -

La segunda cuestión planteada en el escrito de consulta es la referente a cuál sea el cauce procedimental y procesal en relación con un eventual ejercicio de acciones de nulidad.

Aunque las Autoridades Portuarias tienen la consideración de Administraciones Públicas, según el artículo 2.2 de la LRJ-PAC, las contrataciones de personal para su

servicio y los acuerdos de aumentos retributivos de sus empleados se sitúan al margen del ejercicio de las potestades administrativas que a dichas entidades públicas les atribuye la LPMM, dado que, según el artículo 52.1 de la propia LPMM, el personal de las Autoridades Portuarias queda vinculado a éstas por una relación sujeta a las normas del Derecho laboral o privado que le sean de aplicación.

Al estar sometidas las contrataciones de personal por las Autoridades Portuarias al Derecho laboral y puesto que los acuerdos de aumentos retributivos adoptados por dichas entidades se enmarcan en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales, cabe entender que el eventual ejercicio de acciones de nulidad en relación con los contratos y con los acuerdos de aumentos retributivos a que se refiere el presente informe ha de efectuarse ante los órganos competentes del orden jurisdiccional social, al corresponder a los mismos, según dispone el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (TRLPL) el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho en conflictos tanto individuales como colectivos y, más concretamente, el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo (artículo 2.a) del TRLPL).

El anterior criterio ha quedado confirmado por diversas sentencias del Tribunal Supremo. Así, las sentencias de la Sala de lo Social del Alto Tribunal de 8 de marzo de 1996 (Ar. 3188) y 17 de julio del mismo año (Ar. 611) afirman la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de cuestiones relativas a la nulidad de los contratos laborales celebrados por entidades públicas por vicios existentes en el proceso de selección del personal contratado. Por su parte, las sentencias del Alto Tribunal de 31 de marzo y 8 de junio de 1995, ambas también de la Sala de lo Social, han mantenido la competencia del orden jurisdiccional social para el conocimiento de las demandas de conflictos colectivos por razón de incrementos salariales estipulados en convenios colectivos en cuantía superior a las previstas en las correspondientes leyes de presupuestos.

Ahora bien, no desconoce este Centro Directivo la existencia de un segundo criterio jurisprudencial, recogido en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1996, 16 de mayo y 9 de diciembre de 1997 -dictadas en relación con los incrementos retributivos estipulados en convenios colectivos concernientes al personal laboral de Corporaciones Locales en cuantías superiores a las establecidas en las leyes de Presupuestos Generales del Estado-, según el cual es competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las impugnaciones de los referidos convenios y ello con fundamento en la consideración de que, correspondiendo del orden jurisdiccional social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho (artículo 1 del TRLPL), no puede apreciarse que la pretensión de impugnación lo sea por vulneración de la rama social del Derecho cuando el motivo de tal impugnación consista en la infracción de normas de Derecho público. Este segundo criterio jurisprudencial sería igualmente aplicable a los supuestos a que se refiere el presente informe, por cuanto que la pretensión de anulación de las contrataciones de personal efectuadas por las Autoridades Portuarias y de los acuerdos de aumentos de retribuciones adoptados por ellas se basan en el incumplimiento de lo dispuesto en normas de Derecho público, como son los artículos 21.Dos, párrafo segundo, y 35.Uno de la Ley de Presupuestos General del Estado para 1999.

No existiendo, pues, un criterio jurisprudencial uniforme, puede concluirse, por lo que a este extremo de la consulta se refiere, que cabría ejercitar las acciones de nulidad de los contratos y acuerdos de aumentos retributivos de continua referencia tanto ante los órganos competentes del orden jurisdiccional social como ante los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

- IV -

Por último, se recaba el parecer de este Centro Directivo sobre la legitimación de la Administración General del Estado en esos procesos.

En el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Administraciones Públicas se dice que la existencia del régimen de autonomía de las Autoridades Portuarias impide que dicha fiscalización (se refiere a la fiscalización del cumplimiento de la normativa estatal por las Autoridades Portuarias) ... pueda verificarse en el ámbito interno de la propia Administración, pues la Ley de Puertos no dota a la Administración General del Estado ni a la entidad Puertos del Estado de los mecanismos clásicos a través de los cuales puede identificarse la relación de instrumentalidad de un ente institucional respecto de la Administración matriz territorial. Sin embargo de lo anterior –prosigue el referido informe–, y como no puede ser de otra forma, las Autoridades Portuarias están sujetas al ordenamiento jurídico y en la medida que es el legislador estatal ... el que impone unos requisitos y límites a la contratación y al régimen retributivo del personal al servicio de las Autoridades Portuarias, traducidos en una intervención previa de órganos de la Administración General del Estado, la omisión de ésta supone una vulneración directa de las competencias administrativas por un ente dotado de autonomía, las cuales pueden ser objeto de tutela jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción correspondiente. Sobre la base de esta argumentación la mencionada Abogacía del Estado concluye que corresponde a la Administración del Estado el ejercicio de la oportuna acción como titular de unas competencias en esta materia que han sido desconocidas por una entidad del sector público dotada de un particular régimen de autonomía.

A juicio de este Centro, la adecuada resolución de la cuestión de que ahora se trata ha de partir del examen de las reglas que sobre legitimación rigen en el orden jurisdiccional social y contencioso-administrativo, toda vez que, según lo razonado en el fundamento jurídico anterior, las acciones de nulidad de los contratos y acuerdos de incrementos salariales de continua referencia pueden plantearse ante uno u otro orden jurisdiccional.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la legitimación en el orden jurisdiccional social, el artículo 17 del TRLPL establece que los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes.

No pudiendo reconocerse, en los casos a que se refiere el presente informe, a la Administración General del Estado la titularidad de un derecho subjetivo, ha de examinarse si ostenta algún interés legítimo.

A este respecto puede traerse a colación, aunque se trate de doctrina referida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo sobre el concepto de interés legítimo, dado que en ambos ámbitos jurisdiccionales rige como condición de legitimación la titularidad de un interés legítimo. A la vista de la sentencia de la Sala 3ª del Alto Tribunal de 8 de abril de 1994, en la que se ofrece una completa exposición de la doctrina establecida en las sentencias del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 1981, 3 de marzo, 28 de mayo y 28 de noviembre de 1982, 18 de diciembre de 1984 y 24 de mayo de 1985, puede afirmarse que el concepto de interés legítimo se delimita positiva y negativamente. Positivamente, el interés legítimo entraña una situación jurídica específica del sujeto que le coloca en condiciones legales y naturales de conseguir, directa o indirectamente, un beneficio o ventaja, sea de índole material o económica, jurídica o moral. Negativamente, no puede apreciarse interés en la mera defensa de la legalidad, salvo en los supuestos, realmente excepcionales, en que el ordenamiento jurídico admite de modo expreso la defensa de la legalidad como condición suficiente de legitimación.

Pues bien, aplicando la anterior doctrina a los casos a que se refiere el presente informe, y salvo en la hipótesis, ciertamente improbable, de que fuese la Administración General del Estado la que tuviera que satisfacer, con cargo a su propio presupuesto, las retribuciones del

personal contratado por las Autoridades Portuarias, así como los aumentos retributivos acordados por éstas, esta Dirección entiende que no cabría apreciar interés legítimo de la referida Administración para impugnar los reiterados contratos y acuerdos de aumentos salariales si para ello se invocase solamente una vulneración de la competencia de aquélla por las Autoridades Portuarias, al no haber solicitado éstas, ni por tanto, obtenido la autorización o el informe favorable de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, puesto que tal invocación por la Administración General del Estado de la vulneración de sus competencias por las Autoridades Portuarias podría considerarse, en realidad, como pura defensa de la legalidad, lo que, partiendo de la doctrina jurisprudencial expuesta más arriba a propósito del concepto de interés legítimo, no permitiría apreciar que la Administración General del Estado sea titular de tal interés a los efectos de que se trata, al no preverse en el TRLPL la defensa de la legalidad como causa o condición de legitimación.

En opinión de este Centro, y aunque no se trate de un criterio completamente seguro, únicamente sería posible admitir la legitimación de la Administración General del Estado por razón de la titularidad de un interés legítimo sobre la base de que, teniendo por finalidad los requisitos establecidos en los artículos 21.Dos, párrafo segundo, y 35.Uno de la Ley 49/1998 el control de los gastos de personal en el marco de la política de contención del déficit público y de disciplina en el gasto de dicho sector, la contratación de personal y los acuerdos de aumentos salariales efectuados incumpliendo los requisitos de dichos preceptos producen efectos contrarios a esos objetivos de política económica respecto de cuyo cumplimiento tiene indudable interés la Administración del Estado, en cuanto responsable de la dirección y, en gran medida, de la ejecución de la política económica general, como lo evidencia, por una parte, la circunstancia de que el artículo 20 del citado texto legal y con el que se inicia su Título III (De los gastos de personal) lleva por rúbrica la de Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público (rúbrica coincidente en parte con la competencia exclusiva atribuida al Estado por el artículo 149.1.13 de la Constitución) y, por otra parte, el hecho de que aquel precepto legal defina el sector público con la mayor amplitud, incluyendo en él a las Administraciones Públicas territoriales, a la totalidad de las entidades públicas de la esfera estatal, autonómica y local y a las sociedades mercantiles públicas.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la legitimación de la Administración General del Estado en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sería discutible, a juicio de este Centro Directivo, tal legitimación para impugnar las contrataciones de personal y acuerdos de incrementos salariales a que se refiere el presente informe por razones de simple defensa de la legalidad, ya que en el ámbito del proceso contencioso-administrativo sólo se contempla la legitimación de la citada Administración por razón de defensa estricta de la legalidad para la impugnación de los actos y acuerdos de las Entidades Locales, cuando considere que un acto de alguna de éstas infringe el ordenamiento jurídico (cfr. artículo 65.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, al que se remite el artículo 19.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -LJCA- que reconoce la legitimación de la Administración del Estado para impugnar los actos y disposiciones de las Entidades locales de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local).

Mayor fundamento tendría, en el caso de que se trata, la legitimación de la Administración General del Estado por razón del interés que ostenta en la consecución de los objetivos de política económica a que se ordenan los artículos 21 y 35 de la Ley 49/1998. En efecto, teniendo la reiterada Administración, como se ha dicho, evidente interés en el cumplimiento de los objetivos de política económica general a que responden los citados preceptos de la Ley 49/1998, cuya infracción entorpecería la consecución de los propios objetivos, debe señalarse que el artículo 19.1.c), inciso final, de la LJCA legitima a la Administración del Estado para impugnar los actos de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización, previsión en la que cabe entender comprendidas a las Autoridades Portuarias, dada, por una parte, la especial autonomía funcional y de gestión de que están dotadas estas entidades -intensificada

por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, según se dice en su Exposición de Motivos- y, por otra parte, la composición de los máximos órganos rectores de las mismas entidades (Consejos de Administración), en los que concurren la representación de la Administración del Estado, de los municipios en cuyo término estén localizadas la zona de servicio del respectivo puerto, de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, de las organizaciones empresariales y sindicales, de los sectores económicos relevantes en el ámbito portuario, y de las Comunidades Autónomas (cfr. artículo 40 de la LPMM, en la redacción dada por la Ley 62/1997).

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

CONCLUSIONES

Primera.- Las Autoridades Portuarias están sometidas al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999, para la contratación de personal laboral, así como para el incremento de las retribuciones del personal laboral a su servicio.

Segunda.- Las contrataciones de personal efectuadas por las Autoridades Portuarias sin el cumplimiento del requisito establecido por el artículo 21.dos, párrafo segundo, de la Ley 49/1998 son nulas de pleno derecho; igualmente, son nulos de pleno derecho los acuerdos sobre aumentos de retribuciones adoptados por las Autoridades Portuarias en relación con el personal laboral a su servicio sin el cumplimiento del requisito establecido por el artículo 35.uno de la mencionada Ley.

Tercera.- A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en el fundamento jurídico III del presente informe, las pretensiones de anulación de las contrataciones de personal y de los acuerdos de aumentos salariales reseñadas en la anterior conclusión pueden hacerse valer tanto ante los órganos competentes del orden jurisdiccional social como ante los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Cuarta.- De plantearse el ejercicio de las acciones de nulidad de los reiterados contratos y acuerdos de incrementos retributivos ante el orden jurisdiccional social no cabría apreciar la legitimación de la Administración General del Estado con fundamento en la simple defensa de la legalidad, pero sí cabría apreciar, aunque no se trate de un criterio completamente seguro, la legitimación de la mencionada Administración en su condición de responsable de la dirección y, en gran parte, ejecución de la política económica general, por las razones indicadas en el fundamento jurídico IV del presente informe.

De plantearse el ejercicio de las referidas acciones ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sería discutible la legitimación de la Administración General del Estado por razones de estricta defensa de la legalidad estando, en cambio, fundamentada la legitimación de la referida Administración por razón del interés que ostenta en la consecución de los objetivos de política económica a que obedecen los artículos 21 y 35 de la Ley 49/1998, de 30 de diciembre.

78.- Informe sobre la procedencia de la jubilación forzosa a los 65 años de un empleado de una Autoridad Portuaria por aplicación de lo establecido en el I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y determinadas Autoridades Portuarias.

Resumen

Consulta sobre la procedencia de la jubilación forzosa, a la edad de 65 años, de un empleado de la Autoridad Portuaria de Huelva por aplicación de lo establecido en el I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y determinadas Autoridades Portuarias. Derogación de la disposición adicional décima del ET por el Real Decreto-Ley 5/2001: consecuencias de ella; doctrina del Tribunal Supremo al respecto establecida en diversos recursos de casación para unificación de doctrina; imposibilidad de que en los convenios Colectivos se establezcan previsiones sobre jubilación forzosa a determinada edad; posibilidad de mantener la vigencia de cláusulas de fijación de edad de jubilación forzosa incorporadas a Convenios Colectivos vigentes en el momento de aquella derogación. Situación de ultraactividad del I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado al haberse denunciado antes del día 31 de diciembre de 2003 (fecha anterior a aquélla en que el interesado tenía que jubilarse en aplicación del Convenio); improcedencia de que el trabajador se jubile forzosamente a la edad fijada en el Convenio, dada la situación de ultraactividad del mismo: argumentos para ello.

Ref.: A.G. SERVICIOS JURIDÍCOS PERIFÉRICOS 3/2004

Fecha: 22 de julio de 2004

Ponente: Javier Lamana Palacios

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por esa Abogacía del Estado en Huelva, al amparo de lo establecido 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, referente a la procedencia o no de la jubilación forzosa de Don José Luis Reyes Fernández, trabajador de la Autoridad Portuaria de Huelva, al cumplir los sesenta y cinco años de edad, por aplicación de lo establecido en el I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y determinadas Autoridades Portuarias, entre las que se halla la de Huelva.

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) Don X, nacido el 22 de febrero de 1939, comenzó a prestar sus servicios al Puerto Autónomo de Huelva, con la categoría de Jefe de Sección, en virtud del contrato de trabajo suscrito con fecha 31 de julio de 1980.
- 2º) El 15 de septiembre de 1999, Don X suscribió nuevo contrato de trabajo con la Autoridad Portuaria de Huelva, a fin de adaptar sus condiciones laborales a las derivadas de la nueva estructura orgánica de esa Entidad, que había sido aprobada por el Consejo de Administración de la misma con fecha 12 de febrero de 1999 y en la que dicho trabajador había quedado adscrito al Departamento de Planificación y Explotación, con la categoría profesional de Jefe de Departamento.

En la estipulación octava de este contrato, que no contiene previsión alguna referente a la jubilación del trabajador, se establece que “en lo no pactado expresamente en el presente

contrato se estará a lo dispuesto en el Convenio Colectivo vigente en cada momento para el personal de la Autoridad Portuaria de Huelva:"

3º) La remisión contenida en la estipulación octava del contrato de trabajo suscrito el 15 de septiembre de 1999 entre la Autoridad Portuaria de Huelva y Don X debe entenderse hecha al I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y determinadas Autoridades Portuarias, entre las que se halla la de Huelva (en adelante, el Convenio Marco), publicado por resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999 (B.O.E. nº 15, de 18 de enero de 2000), y ello teniendo en cuenta que el I Convenio Colectivo de la Autoridad Portuaria de Huelva, aun habiendo sido acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores, no ha obtenido todavía la previa autorización de la Comisión Interministerial de Retribuciones que es imprescindible para su validez, de acuerdo con lo establecido en su propia disposición adicional primera (por aplicación de lo previsto en el artículo 35 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000).

Con arreglo al artículo 15 del Convenio Marco, "la jubilación se producirá obligatoriamente y con carácter general al cumplirse los sesenta y cinco años de edad, por razones de política de empleo, tanto para acomodarse a sus necesidades reales como para permitir el acceso al empleo de aquellos colectivos que carecen de él. Todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a cubrir el período de carencia para causar derecho a la prestación de jubilación:"

4º) La vigencia del Convenio Marco aludido en el apartado anterior concluyó el 31 de diciembre de 2003, al haber sido denunciado en la forma prevista en su artículo 2, con arreglo al cual "el Convenio Marco será de aplicación desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2003, excepto en aquellos conceptos para los que se establecen fechas de vigencia diferentes. La denuncia del Convenio Marco se efectuará por cualquiera de las partes firmantes... de forma expresa con un plazo de preaviso superior a un mes respecto de su fecha de finalización..."

No obstante, tras esa fecha, el Convenio Marco ha quedado en situación de ultraactividad o prórroga provisional, en tanto no se alcance un nuevo acuerdo entre las partes del mismo, por aplicación de lo establecido en su artículo 2, conforme al cual, "... hasta tanto no se logre acuerdo expreso, se mantendrá en vigor todo el articulado del mismo con la excepción del artículo 6 ("Comisión Paritaria"), que se prorrogará doce meses a partir de la fecha de la constitución de la Mesa Negociadora del nuevo Convenio Marco, quedando expresamente sin efecto a partir de dicha fecha:"

5º) El día 22 de febrero de 2004, Don X cumplió sesenta y cinco años, planteándose la cuestión de si procede o no su jubilación forzosa, en aplicación del artículo 15 del Convenio Marco que, como se ha señalado en el apartado anterior, se hallaba en ese momento temporal en situación de ultraactividad, y ello en consideración a la circunstancia de que la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante, ET), que era la norma legal habilitante de la incorporación a los Convenios Colectivos de cláusulas relativas a la jubilación forzosa de los trabajadores, ha sido derogada por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

Es ésta la cuestión planteada a este Centro Directivo en la consulta formulada por la Abogacía del Estado en Huelva, al amparo de lo previsto en el artículo 27 del Real Decreto 997/2003, junto con la cual se remite proyecto de informe elaborado al respecto por esa Abogacía del Estado, fechado el 15 de junio de 2004, en el que se formulan, entre otras, las siguientes conclusiones:

"...**Segunda.**- Aunque la norma convencional a que se remite el contrato de trabajo analizado es de fecha anterior a la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores y contiene una cláusula de jubilación obligatoria a los sesenta y cinco años, al

encontrarse el Convenio en situación de ‘ultraactividad’ ésta no resulta aplicable, pues no opera, por las razones aducidas en nuestro fundamento jurídico III, la excepción establecida por el Tribunal Supremo a que nos hemos referido en la conclusión precedente.

Tercera.- Siendo ello así, la jubilación de Don José Luis Reyes queda sujeta al régimen normativo general actual, que configura la misma como un derecho necesario indisponible y sólo dependiente de la voluntad del trabajador, por lo que no tiene la obligación de jubilarse una vez cumplidos los sesenta y cinco años.”

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La disyuntiva acerca de si procede o no la jubilación forzosa del trabajador de la Autoridad Portuaria de Huelva Don X, al cumplir la edad de sesenta y cinco años, deriva de la situación planteada como consecuencia de la derogación, por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, de la disposición adicional décima del ET, que constituía la habilitación legal para la incorporación a los Convenios Colectivos de cláusulas relativas a la jubilación forzosa de los trabajadores.

En efecto, la disposición derogatoria única del Real Decreto-Ley 5/2001 abrogó la disposición adicional décima del ET, en el que se establecía lo siguiente:

“Límite máximo de edad para trabajar.

Dentro de los límites y condiciones fijadas en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo.

La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”

En el párrafo octavo de la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 5/2001 se alude a las razones de la derogación de esta norma, señalando que “merece destacarse la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, que estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento en el marco de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas”

Tanto la derogación de la disposición adicional décima del ET como la justificación expuesta se recogieron en la disposición derogatoria única y en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (que asimismo derogó el Real Decreto-Ley 5/2001).

- II -

Tal y como expone la Abogacía del Estado en Huelva en las Consideraciones Jurídicas I y II de su proyecto de informe, tanto la jurisprudencia menor como la doctrina científica

discreparon al interpretar el alcance de la derogación de la disposición adicional décima del ET por el Real Decreto-Ley 5/2001, dividiéndose entre dos posturas divergentes:

- 1º) De un lado, la de entender que tras esa derogación seguía siendo posible la incorporación a los Convenios Colectivos de cláusulas de fijación de la edad de jubilación forzosa de los trabajadores.
- 2º) De otra parte, la de considerar que tras la derogación de la repetida disposición adicional décima del ET ya no era admisible la incorporación de dichas cláusulas a los Convenios Colectivos.

Una y otra postura se fundamentaban en diversos argumentos que se detallan en la Consideración Jurídica I del aludido proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Huelva, así como en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 (Ar. 841/2004), reproducido más adelante en el presente dictamen, a las que procede remitirse en este aspecto, a fin de evitar innecesarias repeticiones.

- III -

La polémica suscitada entre ambas posturas, mantenidas por distintos sectores de la jurisprudencia menor y de la doctrina científica, ha quedado resuelta por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha fijado su criterio en varias sentencias dictadas como consecuencia de la interposición de diversos recursos de casación para la unificación de doctrina (además de las dos de fecha 9 de marzo de 2004, Ar. 841 y 873, dictadas en los recursos nº 2319/2003 y 765/2003, respectivamente, citadas en la Consideración Jurídica II del proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en Huelva, puede mencionarse la de fecha 6 de abril de 2004, dictada en el recurso nº 3427/2003).

En estas sentencias, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo adopta el criterio de entender que, tras la derogación de la disposición adicional décima del ET por el Real Decreto-Ley 5/2001 (cuyo contenido normativo fue recogido posteriormente por la Ley 12/2001, como ya se expuso), no será admisible la inclusión de cláusulas de fijación de la edad de jubilación forzosa de los trabajadores en los Convenios Colectivos que entren en vigor con posterioridad a dicha derogación.

Las razones en que se fundamenta la adopción de ese criterio se recogen en estos términos en los Fundamentos de Derecho Cuarto, Quinto y Sexto de la Sentencia de 9 de marzo de 2004 (Ar. 841):

“Cuarto.- Pasando al examen de la legalidad actual, es de significar que esta Sala no se ha pronunciado hasta ahora sobre el alcance de la derogación producida por la Ley 12/2001, cuestión que sí ha sido abordada repetidamente en suplicación y ha dado lugar a sentencias muy dispares que han acogido los diversos criterios de la doctrina científica, que tampoco es pacífica en la materia.

Así, los argumentos que exponen dichas sentencias a favor de que en los Convenios Colectivos se pueda seguir pactando cláusulas de jubilación forzosa, pueden resumirse como sigue: 1) el establecimiento por Convenio Colectivo no supone vulneración de una materia reservada por Ley (STSJ Madrid 11 de enero de 2002); 2) la jubilación forzosa es materia propia del contenido de los Convenios Colectivos, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores (SSTSJ Aragón de 23 de enero de 2002 y Cataluña de 6 de febrero de 2002) y, además el ordenamiento jurídico no contiene ninguna norma prohibitiva expresa, ni existe disposición que impida que la voluntad del trabajador a la hora de decidir el momento de su jubilación sea sustituida por una decisión surgida en el seno de la negociación colectiva; 3) los Convenios Colectivos pueden regular una materia deslegalizada, ya que para ello no necesitan la autorización expresa de la Ley, puesto que su

eficacia viene directamente de la norma suprema (STSJ Cataluña de 29 de octubre de 2002); 4) la originaria prohibición legal de negociar colectivamente edades de jubilación forzosa del trabajador, fue derogada por la disposición adicional 5ª del Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980 y por ello resulta clara la imposibilidad jurídica de resucitar la difunta prohibición legal originaria; 5) la derogación no supone una prohibición (STSJ Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2002); y 6) la finalidad del cambio normativo sólo es desincentivar la opción de la jubilación forzosa (SSTSJ País Vasco de 19 de febrero de 2002 y Cataluña de 29 de octubre de 2002).

Las razones en contra de esa posibilidad, se pueden agrupar en los siguientes términos: 1) después de la derogación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores, al no haber habilitación legal ha desaparecido la potestad de los interlocutores sociales de pactar este tipo de cláusulas, pues derogada la autorización deviene con ello el mantenimiento de la prohibición (STSJ Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002); 2) la jubilación forzosa sin habilitación legal implica una vulneración del derecho al trabajo desde sus dos puntos de vista individual y colectivo (STSJ Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002); 3) supone actualmente discriminación (STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2002); 4) La razón justificativa de la medida mantenida por la jurisprudencia ha desaparecido a partir del Pacto de Toledo (STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2002); y, 5) las cláusulas vigentes en los Convenios Colectivos devienen nulas, al aplicar la misma teoría que la considerada por la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990, de 20 de diciembre, respecto a la limitación legal de la jornada máxima de trabajo (SSTSJ Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002 y Madrid de 17 de diciembre de 2002).

Quinto.- En relación con la primera cuestión planteada, la posibilidad de pactar cláusulas en los Convenios Colectivos suscritos tras la derogación de la adicional 10ª, entiende esta Sala de un lado, que ya no es de aplicación la doctrina de la sentencia de 14 de julio de 2000 antes citada, al haber sido dictada con anterioridad a la derogación de la mencionada disposición adicional por el Real Decreto-ley 16/2001. Y de otro que después de dicha derogación, no es factible ya que mediante la negociación colectiva se puedan establecer determinadas edades de jubilación forzosa. Tal conclusión se fundamenta en las siguientes razones:

1.- La disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores de 1995, impedía que, durante su vigencia, pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas de los Convenios Colectivos referidas a jubilación forzosa, porque contaban con esa previa habilitación legal asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable. La sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, señaló en su fundamento jurídico octavo, que «El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente (...). La política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho». Y en el noveno añadió que «esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el art. 35; pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 29.2 -el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás- y se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la Constitución). Por otra parte, dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general -otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales-, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil».

2.- La limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de reserva de Ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución. Dispone ésta en su art. 35.1 que «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo»; y en el artículo 37.1, que «La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral». En la conjugación de ambos derechos, que aparecen recogidos en la misma Sección segunda, Capítulo II, del Título I, («De los Derechos y Deberes de los ciudadanos») del Texto Fundamental, debe prevalecer el primero sobre el segundo, puesto que el artículo 14 del mismo texto legal (Sección Primera del mismo Capítulo «de los derechos fundamentales») declara que «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Y en la actualidad no existe norma con rango legal que autorice, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad. En definitiva, desaparecida la norma legal autorizante -la Adicional 10ª- queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a aquellos derechos al que aludió el Tribunal Constitucional en las sentencias 22/1981 y 58/1985 de los que en el fundamento tercero se han transcrito los párrafos pertinentes. Porque los Convenios Colectivos están obligados a respetar no solo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de Ley que impone la Constitución, en la que tiene su fundamento la propia negociación colectiva.

3.- De otro lado ocurre que además de haber sido derogada la norma autorizante, han desaparecido también las razones que justificaron tanto la norma, como las consideraciones de política de empleo implícitas en los Convenios, a las que alude nuestra sentencia de 14 de julio de 2000. La situación social y laboral actual (canon de interpretación de las normas ex. art. 3.1 CC) es muy diferente a la de los años 80. Y ello ha provocado que, sobre todo a partir del Pacto de Toledo, se vaya plasmando un rotundo cambio de orientación en la política social y económica tendente a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva, e incluso a la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el mantenimiento de la vida laboral. Prueba de ello es que el Pacto señala que «resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen».

Una clara manifestación legal de esa nueva orientación fue ya la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, que estableció en su artículo 12 una nueva disposición adicional vigésimo-sexta a la Ley General de la Seguridad Social, conforme a la cual «El Gobierno podrá otorgar desgravaciones, o deducciones de cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de 65 años, con suspensión proporcional al percibo de la pensión. La regularización de los mismos se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas».

4.- Dicha tendencia es igualmente manifiesta en todo el ámbito europeo. Así, viene marcada por las Directrices para el empleo del año 2000 aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, que subrayan la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa. Y es seguida igualmente por la Directiva 78/2000 del Consejo, de 27 de noviembre (publicada en el DOCE 2 de diciembre de 2000) recientemente transpuesta a nuestro Derecho por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que procedió a modificar entre otros los artículos 17.1 y 4.2.c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral.

5.- Dicha Directiva después de aludir a las citadas Directrices, señala en el número 25 del «considerando» que «La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circuns-

tancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta, pues, esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente, por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación». Y su articulado responde a ese objetivo. Así:

En su artículo 1 proclama que «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato». Concepto de discriminación, que da el artículo 2.2.b), al decir que: «Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) de una edad.

En el artículo 6 contempla, como supuestos que autorizan diferencias de trato por motivo de la edad, que: «No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios».

En el 13, apartado 2, dispone que los Convenios Colectivos «respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación».

En el 16, sobre el cumplimiento de la Directiva, prevé que: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que: a) se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; b) se declaren o puedan declararse nulas e inválidas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales».

Finalmente, el artículo 18 establece que «Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 2 de diciembre de 2003 o bien podrán confiar su aplicación, por lo que se refiere a las disposiciones que dependen de los convenios colectivos, a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos. En tal caso, los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 2 de diciembre de 2003, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias; los Estados miembros interesados deberán tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión».

6.- En esa misma línea, la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, que convalidó el Real Decreto-ley 5/2001 que derogó la disposición adicional 10^a, dice expresamente «... merece destacarse, finalmente, la derogación de la disp. adic. 10^a ET, que estimulaba la adopción de medidas para lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distinta de las actuales». Reconoce así que han desaparecido las razones de política de empleo, objetivas y razonables que justificaron el nacimiento y la vigencia de dicha Adicional.

Sexto.- De todo lo hasta ahora expuesto cabe alcanzar dos conclusiones. La primera es que, derogada la disposición adicional 10^a, derogación que por supuesto no resucita la vigencia de la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, y en ausencia de norma legal habilitante

de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en el artículo 4.2) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, de inequívoca inspiración constitucional, en cuanto que el primero establece el derecho de los trabajadores «A no ser discriminados [hoy “directa o indirectamente”] para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley...» y el segundo prevé que «Se entenderán nulos y sin efecto... las cláusulas de los convenios colectivos... que contengan discriminaciones [hoy “directas o indirectas”] desfavorables por razón de edad».

Esos dos preceptos estatutarios, cuyo espíritu es el mismo -aunque ahora con rango de Ley- que el de la citada Orden Ministerial, implican que recobre actualidad la jurisprudencia establecida bajo la vigencia de la referida Orden, que atribuía al derecho subjetivo al trabajo, la naturaleza de «mínimo de derecho necesario absoluto». Por lo que no es actualmente posible establecer en los Convenios Colectivos cláusulas de jubilación forzosa.”

Sin embargo, una vez establecido este criterio general, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo introduce en el mismo una modulación, con arreglo a la cual, a pesar de la derogación de la disposición adicional décima del ET, procede mantener la vigencia de las cláusulas de fijación de la edad de jubilación forzosa que se hallen incorporadas a los Convenios Colectivos vigentes en el momento de esa derogación (es decir, el de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2001, producida el día siguiente al de su publicación en el B.O.E., lo que tuvo lugar el 3 de marzo de 2001); y ello, en base a las razones que se exponen en los siguientes términos en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Sentencia de 9 de marzo de 2004 (Ar. 841):

“Séptimo.- La segunda es que la solución debe ser otra para las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la Disposición Adicional 10^a. Estas tenían amparo legal en dicha norma. Y su derogación no supone la pérdida de su vigencia, dado que fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los Convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre los recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse. Ello es conforme, además, con la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil cuando establece que «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». Conclusión que no es contraria a lo establecido por la sentencia del Tribunal Constitucional 210/1990, de 20 de diciembre, cuyo objeto fue la Disposición transitoria de la Ley 4/1983, de 29 de junio, que modificó determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores, en concreto su artículo 34.2, y redujo la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo a cuarenta horas semanales de trabajo efectivo.

La razón es que dicha transitoria encerraba en su párrafo segundo: «La puesta en práctica de la jornada que se establece en la presente Ley, no afectará a la ordenación global de la jornada de trabajo existente en las empresas a la entrada en vigor de esta Ley, sino exclusivamente a su duración, salvo pacto en contrario», un mandato como norma mínima y de derecho necesario con eficacia imperativa a partir de su entrada en vigor.

Mientras que la Adicional que examinamos no alcanza otra consecuencia jurídica que la derogación de una norma habilitante; derogación que, con lógica proyección de futuro, impide que las partes negociadoras de los Convenios puedan estipular en adelante cláusulas de jubilación forzosa, pero no alcanza a los pactos contenidos en los Convenios que estaban vigentes en la fecha en que se derogó dicha Adicional.”

- IV -

Una vez expuesto lo anterior, cabe señalar que la resolución que haya de darse a la cuestión objeto del presente dictamen (la procedencia o no de la jubilación forzosa del trabajador

de la Autoridad Portuaria de Huelva Don X al cumplir los sesenta y cinco años) dependerá de la forma en que se considere procedente aplicar al caso la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 9 de marzo (dos) y 6 de abril de 2004.

En este sentido, tal y como señala la Abogacía del Estado en Huelva, es necesario tener en cuenta muy especialmente las siguientes circunstancias concurrentes en el presente caso:

1º) Que el I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y determinadas Autoridades Portuarias, entre las que se halla la de Huelva, publicado por resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de diciembre de 1999 (B.O.E. nº 15, de 18 de enero de 2000), aplicable al caso por remisión de la estipulación octava del contrato de trabajo suscrito con fecha 15 de septiembre de 1999 entre la Autoridad Portuaria de Huelva y Don X, contiene en su artículo 15 una cláusula que impone la jubilación forzosa del personal comprendido en su ámbito de aplicación, al cumplir los sesenta y cinco años.

Conforme a dicho artículo 15, “la jubilación se producirá obligatoriamente y con carácter general al cumplirse los sesenta y cinco años de edad, por razones de política de empleo, tanto para acomodarse a sus necesidades reales como para permitir el acceso al empleo de aquellos colectivos que carecen de él. Todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a cubrir el período de carencia para causar derecho a la prestación de jubilación.”

2º) Que ese Convenio Marco se hallaba vigente el 4 de marzo de 2001, en el momento de producirse la derogación de la disposición adicional décima del ET, con la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2001.

Por consiguiente, y de acuerdo con la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la cláusula del Convenio Marco referente a la jubilación forzosa mantuvo su vigencia después de la derogación de la disposición adicional décima del ET, al estar incluida en un Convenio Colectivo pactado con anterioridad a esa derogación.

3º) Que a partir del 1 de enero de 2004 (y por tanto el día 22 de febrero de 2004, fecha en que Don X cumplió los sesenta y cinco años), el Convenio Marco quedó en situación de ultraactividad o prórroga provisional, dado que fue denunciado, en la forma prevista en su artículo 2, antes del día 31 de diciembre de 2003.

El citado artículo 2 establecía que “el Convenio Marco será de aplicación desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2003, excepto en aquellos conceptos para los que se establecen fechas de vigencia diferentes. La denuncia del Convenio Marco se efectuará por cualquiera de las partes firmantes... de forma expresa con un plazo de preaviso superior a un mes respecto de su fecha de finalización, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, se mantendrá en vigor todo el articulado del mismo con la excepción del artículo 6 (“Comisión Paritaria”), que se prorrogará doce meses a partir de la fecha de la constitución de la Mesa Negociadora del nuevo Convenio Marco, quedando expresamente sin efecto a partir de dicha fecha.”

- V -

A la vista de lo anterior, es posible adoptar dos criterios en relación con la cuestión planteada a este Centro directivo. Dichos criterios son los siguientes:

1º) Considerar que el hecho de que el Convenio Marco se halle a partir del 1 de enero de 2004 en la situación de ultraactividad no tiene relevancia alguna a los efectos del mantenimiento de la plena validez y eficacia de la cláusula de jubilación forzosa a los sesenta y cinco años incorporada en su artículo 15, que, de acuerdo con la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha de entenderse que subsistió después de la derogación de la disposición adicional décima del ET (al hallarse recogida en un Convenio Colectivo pactado con anterioridad a ese momento).

De acuerdo con este criterio, esa cláusula seguiría estando en vigor con posterioridad a la expiración del plazo de vigencia pactado por las partes para el mencionado Convenio Marco (producida el 31 de diciembre de 2003), e indefinidamente durante todo el tiempo que se prolongue su ultraactividad, en tanto las partes no lleguen a un nuevo acuerdo a través de la negociación colectiva.

En tal caso, obviamente, procedería acordar la jubilación forzosa de Don X, desde la fecha en que cumplió los sesenta y cinco años (el 22 de febrero de 2004).

2º) Por el contrario, entender que la circunstancia de que desde el 1 de enero de 2004 la vigencia del Convenio Marco no deriva propiamente de hallarse en vigor el plazo de aplicación temporal pactado por las partes, sino de haber pasado a una situación diferente y peculiar, como es la de ultraactividad, ha de conducir a la conclusión de que a partir de ese momento habría devenido ineficaz la repetida cláusula de jubilación forzosa contenida en su artículo 15, que habría mantenido su virtualidad solamente hasta el 31 de diciembre de 2003, pero que ya no estaría en vigor durante el periodo al que se extendiera la ultraactividad del Convenio Marco.

En tal supuesto, como es lógico, no sería procedente acordar la jubilación forzosa del trabajador de la Autoridad Portuaria de Huelva Don X, al alcanzar éste la edad de sesenta y cinco años.

Este Centro Directivo entiende, al igual que la Abogacía del Estado consultante, que procede la adopción del segundo de los criterios expuestos, en base a las razones que se recogen a continuación.

- VI -

Como es sabido, se entiende por ultraactividad, prórroga provisional o eficacia prorrogada de un Convenio Colectivo la situación de mantenimiento transitorio de la vigencia de aquél que se produce cuando, una vez vencido el plazo de duración temporal pactado expresamente en el mismo, ha sido denunciado en tiempo y forma por alguna de las partes que lo suscribieron, ya sea de forma indefinida, en tanto no se llegue a un nuevo acuerdo entre las partes negociadoras del Convenio, o bien durante un determinado período de tiempo expresamente establecido por acuerdo de dichas partes.

La situación de ultraactividad de los Convenios Colectivos se regula en el artículo 86.3 del ET, conforme al cual “denunciado un Convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales. La vigencia del contenido normativo del Convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio Convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del Convenio”.

La razón por la que la Ley y los Convenios Colectivos establecen esta prórroga provisional de la vigencia de los mismos es, obviamente, la evitación de que, tras ese vencimiento (que implica por sí mismo el cese de su vigencia, en el sentido estricto de este término, tal y como expone claramente la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992 -Ar. 1059- al aludir a la ultraactividad del mandato “más allá de la terminación de vigencia del Convenio Colectivo del que forma parte”), se produzca una situación de vacío normativo, en la que queden carentes de regulación las materias objeto del Convenio Colectivo durante todo el tiempo que las partes del mismo tarden en alcanzar un nuevo acuerdo acerca de las mencionadas materias.

En este sentido, se han pronunciado diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como la de 1 de junio de 1990 (Ar. 5001), que se refiere a “la regulación del art. 86.3 del Estatuto de los Trabajadores sobre eficacia prorrogada o ultraactividad de las cláusulas normativas del convenio denunciado, prevista para los casos en que haya una solución de

continuidad entre el convenio anterior y el sucesivo tanto por dificultades de negociación de este último como por tardanza en la iniciativa de su ‘tramitación...’; la de 17 de octubre de 1994 (Ar. 8052), que señala que “este precepto (el artículo 86.3 del ET) determina la llamada ultraactividad del contenido normativo –afectante a las condiciones de trabajo- de los Convenios Colectivos denunciados y vencidos en tanto no exista un nuevo Convenio Colectivo. Esta prórroga provisional –al igual que la automática prevista para otro supuesto en el número 2 de dicho precepto- tiene por objeto evitar vacíos de regulación...”; o la de 29 de abril de 2003 (Ar. 4073), que afirma que “lo que se tiene por vigencia prorrogada de las cláusulas normativas, es un mecanismo que tiende a evitar el vacío en los períodos que median entre la denuncia y la firma de un nuevo convenio”.

En el caso objeto del presente dictamen, el artículo 2 del Convenio Marco estableció una regulación específica en relación con su propia ultraactividad, con arreglo al cual, tras su denuncia por alguna de las partes suscriptoras con el preaviso establecido en ese precepto, y la consiguiente expiración de su vigencia el día 31 de diciembre de 2003, “hasta tanto no se logre acuerdo expreso, se mantendrá en vigor todo el articulado del mismo con la excepción del artículo 6 (“Comisión Paritaria”), que se prorrogará doce meses a partir de la fecha de la constitución de la Mesa Negociadora del nuevo Convenio Marco, quedando expresamente sin efecto a partir de dicha fecha.” De ello se deduce que la ultraactividad del resto de las disposiciones normativas del Convenio Marco (entre ellas, la contenida en su artículo 15 referente a la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años), tendrá una vigencia temporal indeterminada, que se prolongará indefinidamente, tanto tiempo como tarden en iniciarse y, en su caso, se prolonguen las negociaciones entre las partes para alcanzar un nuevo acuerdo colectivo, y hasta que ese acuerdo sea adoptado.

Es preciso llamar la atención acerca de este factor de la indeterminación de la duración temporal de la ultraactividad del Convenio Marco (y por tanto, de su cláusula acerca de la jubilación forzosa), que se considera de gran relevancia a los efectos del presente dictamen, tal y como más adelante se dirá.

- VII -

Expuesto lo anterior, es preciso poner de manifiesto a continuación las razones por las que este Centro directivo entiende que la cláusula de fijación de la edad de jubilación forzosa de los trabajadores establecida en el artículo 15 del Convenio Marco no debe considerarse vigente una vez que dicho Convenio Marco pasó a la situación de ultraactividad, a partir del 1 de enero de 2004.

Dichas razones son las siguientes:

- 1^º) Como se señaló en el fundamento jurídico III del presente dictamen, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 9 de marzo (dos) y 6 de abril de 2004, ha considerado aplicable al caso que nos ocupa una norma de derecho transitorio o intertemporal (que no venía recogida expresamente en la norma legal a la que se refiere), con arreglo a la cual la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2001, con la subsiguiente derogación de la disposición adicional décima del ET, el día 4 de marzo de 2001, debe entenderse sin perjuicio del mantenimiento de la validez y eficacia de las cláusulas de fijación de la edad de jubilación forzosa de los trabajadores contenidas en los Convenios Colectivos vigentes en ese momento.
- 2^º) Como también se expuso en el citado Fundamento Jurídico III, el mencionado órgano jurisdiccional declara en esas sentencias que las limitaciones del derecho al trabajo (como es la que se deriva de las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa) se hallan sometidas al ámbito de reserva de Ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución Española (en adelante, CE); que el derecho al trabajo (artículo 35.1 de la CE) ha de prevalecer ante el derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 de la CE), por aplicación de

los principios de igualdad y no discriminación consagrados en el artículo 14 de la CE; y que tras la derogación de la disposición adicional décima del ET ya no existe norma legal que autorice, por razones justificadas y razonables, la limitación del derecho al trabajo y el desconocimiento del principio de igualdad, habiendo quedado desprovista la negociación colectiva del marco habilitante de que disponía para limitar aquel derecho, que se basaba en unas consideraciones de política de empleo desaparecidas en la situación económica, social y laboral actual.

Por todo ello, el Alto Tribunal concluye que, al desaparecer la norma legal habilitante de la limitación del derecho al trabajo implícita en las cláusulas controvertidas, éstas ya no podrán incorporarse a los Convenios Colectivos que entren en vigor tras la derogación de la disposición adicional décima del ET, que deberán respetar el derecho al trabajo (configurado como “mínimo de derecho necesario absoluto”) y el principio de no discriminación por razón de edad para el acceso al empleo y el mantenimiento del mismo.

3º) Teniendo en cuenta que la aplicación al caso de la norma de derecho transitorio anteriormente expuesta supone, en definitiva, a la vista de esos argumentos plasmados en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal, la prolongación temporal de una limitación a los derechos constitucionales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo (éste, “mínimo de derecho necesario absoluto”), después de la desaparición de las razones de política de empleo que la justificaban y de la derogación de la norma legal que la habilitaba, parece obvio que tal limitación deberá ser aplicada en forma restrictiva, y nunca extensiva, tanto en lo que se refiere a su ámbito material como en lo relativo a su duración temporal (que es la que aquí interesa), de tal modo que esa limitación desaparezca lo antes posible, a fin de conseguir cuanto antes el pleno ejercicio de esos derechos por parte de sus legítimos titulares.

4º) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el Gobierno, al aprobar el Real Decreto-Ley 5/2001, trató de llevar a la práctica ciertas medidas de política económica y social cuya ejecución respondía a la satisfacción de determinadas demandas y finalidades que revestían las características de ser de “extraordinaria y urgente necesidad” (ya que, como es obvio, en otro caso no hubiera sido constitucionalmente procedente el recurso a ese instrumento legislativo, ex artículo 86.1 de la CE).

Ello constituye un segundo argumento a favor del criterio de la aplicación restrictiva de la mencionada norma de Derecho transitorio, en lo referido a su duración temporal, a fin de garantizar la plena (y lo más inmediata posible) efectividad de las aludidas medidas económicas y sociales de extraordinaria y urgente necesidad, que podría quedar frustrada, en todo o en parte, si se produjera una demora excesiva en su ejecución.

5º) Las anteriores consideraciones sobre la necesidad de aplicar restrictivamente, desde el punto de vista temporal, la norma de derecho transitorio enunciada por la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (a fin de lograr lo antes posible, de una parte, el pleno ejercicio de los derechos constitucionales al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación, y de otra, la total efectividad de las medidas económicas y sociales perseguidas por el Real Decreto-Ley 5/2001), cobran mayor trascendencia si se tiene en cuenta la circunstancia, aludida en el Fundamento Jurídico anterior, de que con arreglo al artículo 2 del Convenio Marco, la ultraactividad de la cláusula de jubilación forzosa contenida en su artículo 15 no tiene fijada una duración temporal máxima (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de la regulación del artículo 6 del mismo Convenio Marco, cuya ultraactividad se limita a un máximo de doce meses tras la constitución de la nueva Mesa Negociadora), sino que puede prolongarse de forma indefinida, tanto tiempo como sea preciso, en tanto no se llegue a un nuevo acuerdo entre las partes negociadoras del Convenio Marco.

6º) Lo anterior introduce una sustancial diferencia entre el mantenimiento de la validez y eficacia de la cláusula convencional de jubilación forzosa, mientras subsistía la vigencia

pactada por las partes para el Convenio Marco, con respecto al mantenimiento de esa validez y eficacia después de que se haya denunciado dicho Convenio Marco y su vigencia pactada haya expirado, quedando en la situación de ultraactividad o prórroga provisional.

Y ello, porque mientras en el primer caso existe un plazo concreto y determinado, que finaliza en un dies ad quem conocido a priori (el 31 de diciembre de 2003), derivado de un acuerdo adoptado por las partes negociadoras en el año 1999, antes de la aprobación del Real Decreto-Ley (y sin consideración ninguna, por tanto, del contenido normativo que, eventualmente, tendría en su momento esa norma legal), en cambio, en el segundo se ignora cuándo concluirá el período de ultraactividad, que en principio es indefinido y carece de un dies ad quem predeterminado, y que además puede prolongarse más o menos en función de decisiones que pueden adoptar las partes negociadoras (que pueden tener mayor o menor flexibilidad en sus posturas, o incluso asumir actitudes de obstrucción o retardo de la negociación).

Así, mientras cabe admitir que, en aplicación de la tan repetida norma de derecho transitorio, las cláusulas convencionales de jubilación forzosa subsistan de forma interina durante la vigencia temporal fijada de modo concreto y apriorístico por las partes del Convenio Colectivo, aun cuando ello suponga el mantenimiento provisional de la limitación a los derechos al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación derivada de esas cláusulas, así como el retraso en la efectividad de las medidas de política económica y social perseguidas por el legislador (por respeto al acuerdo que las partes adoptaron cuando la derogación de la disposición adicional décima del ET aun no se había producido), lo que no resulta posible es admitir que esa limitación y ese retraso se prolonguen más allá de la mencionada vigencia temporal, durante la situación de ultraactividad, que, de un lado, puede extenderse sine die, de forma indefinida en el tiempo, y de otro, viene influida sustancialmente por decisiones (o, en su caso, omisiones) conscientemente tomadas por las partes negociadoras, conocedoras ya de la modificación normativa introducida por el legislador.

Como es obvio, esa indefinición temporal en cuanto al momento del comienzo de la vigencia de la norma legal (Real Decreto-ley 5/2001), y esa influencia en la determinación de ese momento de decisiones libremente adoptadas por quienes son destinatarios de la misma, se consideran incompatibles con la plena efectividad de los derechos constitucionales anteriormente aludidos y con la total obtención de los resultados de política económica y social pretendidos por el Real Decreto-Ley.

7^º) A todo lo anterior es preciso añadir una última reflexión. Como quedó expuesto más arriba, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo fundamenta el mantenimiento de la validez y eficacia de las cláusulas de jubilación forzosa contenidas en los Convenios Colectivos vigentes en el momento de la derogación de la disposición adicional décima del ET, en la consideración de que, de un lado, esas cláusulas tenían amparo legal en la mencionada norma en el momento en que se acordaron y en que comenzó su eficacia, y de otra, fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente con la duración de esos Convenios (o al menos, con cierta parte de esa duración; obviamente, la comprendida entre el inicio de su eficacia y la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2001).

Pues bien, estas dos circunstancias ya no pueden considerarse concurrentes ni en el momento de comenzar la situación de ultraactividad del Convenio Marco, ni mucho menos a lo largo del tiempo que se prolongue esa situación. Efectivamente, el día 1 de enero de 2004, cuando el Convenio Marco denunciado pasó a la situación de ultraactividad, ya no se hallaba en vigor la disposición adicional décima del ET, que había sido derogada dos años y casi diez meses antes (a diferencia de lo que ocurría al acordarse el Convenio Marco y comenzar su periodo de vigencia, en el año 1999); y a partir de esa fecha, en ningún momento del periodo de ultraactividad se han encontrado en vigor las orientaciones de política económica y social en los que se amparaba esa disposición adicional décima (a diferencia de lo que ocurría

durante el período de eficacia del Convenio Marco, coincidente, al menos en parte, con la etapa de vigencia de las mencionadas orientaciones).

En criterio de esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, todo lo expuesto abona la postura adoptada por la Abogacía del Estado en Huelva en su proyecto de informe de 15 de junio de 2004, que este Centro directivo comparte, en cuanto a la improcedencia de aplicar la cláusula de fijación de la edad de jubilación forzosa contenida en el artículo 15 del Convenio Marco, con posterioridad al 31 de diciembre de 2003, fecha en que expiró su vigencia pactada y quedó en la situación de ultraactividad. Ello conduce, lógicamente, a la consecuencia de que no será procedente la jubilación forzosa del trabajador de la Autoridad Portuaria de Huelva Don José Luis Reyes Fernández, al cumplir los sesenta y cinco años el día 22 de febrero de 2004.

CONCLUSIONES

Primera.- No es procedente la aplicación de la cláusula de jubilación forzosa a los sesenta y cinco años, contenida en el artículo 15 del I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y determinadas Autoridades Portuarias (entre ellas, la de Huelva), con posterioridad al 31 de diciembre de 2003, fecha en que expiró la vigencia pactada para el citado Convenio Marco, quedando éste en la situación de ultraactividad; y ello atendiendo a las razones que se exponen detalladamente en el Fundamento Jurídico VII del presente dictamen.

Segunda.- Por tanto, no será procedente acordar la jubilación forzosa del trabajador de la Autoridad Portuaria de Huelva Don X, que cumplió los sesenta y cinco años el día 22 de febrero de 2004, encontrándose ya el mencionado Convenio Marco en la situación de ultraactividad

79.- Informe sobre la posible atipicidad de los hechos denunciados en una causa tramitada contra el Presidente de una Autoridad Portuaria por un delito de obstrucción a la justicia por haber quedado conculcada la integridad moral de los denunciantes, trabajadores de la Autoridad Portuaria.

Resumen

Consulta sobre la posible atipicidad de los hechos denunciados en una causa tramitada contra el Presidente de la Autoridad Portuaria por el delito previsto y penado en el art. 464.2 del Código Penal (obstrucción a la justicia) y con fundamento en haber quedado conculcada la integridad moral de los denunciantes (trabajadores de la Autoridad Portuaria uno de los cuales fue despedido y al otro se le modificaron las condiciones de su contrato de trabajo, por presunta represalia de que uno actuara como testigo y el otro como demandante en un proceso laboral contra la Autoridad Portuaria en reconocimiento de determinada categoría laboral). Análisis de los elementos del delito del art. 464.2 del Código Penal. Improcedencia de apreciar la comisión de este delito con fundamento en la lesión de la integridad moral; argumentos para ello, jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales.

Ref.: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 15/07

Fecha: 30 de julio de 2007

Ponente: Raquel Ramos Vallés

Texto del Informe

Examinada, al amparo de la Instrucción 2/2003, de 11 de diciembre, sobre determinados aspectos de las actuaciones consultivas y contenciosas de las Abogacías del Estado, su consulta sobre la posible atipicidad de los hechos denunciados en la causa por obstrucción a la justicia tramitada contra el Presidente de la Autoridad Portuaria de Santander, la Subdirección General de los Servicios Consultivos emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1º) En el escrito de consulta se hacen constar los siguientes hechos:

“Se denuncian por dos trabajadores de la Autoridad Portuaria de Santander dos delitos de obstrucción a la justicia del artículo 464.2 del CP porque, según los denunciantes, se le despidió en un caso y se alteraron sus condiciones de trabajo en el otro, en represalia a que uno actuara como testigo y otro como demandante frente al Puerto en un proceso social de reconocimiento de determinada categoría profesional.

El caso es que el testigo vino a reconocer que había empleado al actor en su departamento –lo que suponía infracción de las normas e instrucciones de la Dirección sobre cambios de puestos de trabajo– y dio como resultado el reconocimiento por sentencia de la homologación solicitada según las funciones desempeñadas en el departamento de adscripción irregular. En otras palabras, se le despidió por las irregularidades en la adscripción y no por declarar como testigo, si bien el Juzgado de lo Social dictó sentencia de despido nulo (estando pendiente de suplicación) por entender que la infracción fundada en los hechos origen del despido estaría prescrita y que el único motivo de despido debió ser la represalia por la declaración testifical.

En el caso de actor, reconocida su homologación debió volver al puesto de su categoría inicial- Jefe de la Policía Portuaria- asignándosele un vehículo, un uniforme, un turno y una oficina comunitaria fuera de las dependencias que ocupaba en el anterior departamento.

Los denunciantes entienden que el despido y las condiciones impuestas al reingreso como policía son represalias a su actuación procesal y, en tanto atenta contra su integridad moral, se califican como delito de obstrucción a la Justicia del artículo 464.2 del Código Penal.”

2º) A la vista de los anteriores hechos, la Abogacía del Estado en Santander plantea la posible atipicidad de los hechos denunciados, elevando consulta a este Centro Directivo sobre “la opinión jurídica que merece la duda jurídica planteada, las posibles mejoras a la tesis de la atipicidad propuesta y, en su caso, la existencia de doctrina o jurisprudencia de mayor entidad” a la citada en el escrito de consulta.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La Abogacía del Estado en Santander indica, en su escrito de consulta, que, “al margen de la defensa puramente procesal vía prueba de los hechos, el carácter no vejatorio ni atentatorio contra la integridad moral de las condiciones impuestas y de la ausencia de ánimo vindicativo, está planteándose esta Abogacía del Estado la cuestión meramente jurídica de la posible atipicidad de los hechos denunciados;” y ello con base en una serie de argumentos que pueden sistematizarse del siguiente modo:

- 1.- Principio de mínima intervención penal, que impone que, si el ordenamiento ya tiene establecida una consecuencia jurídica en los supuestos de despido nulo y de modificación de las condiciones de trabajo (las previstas en el Estatuto de los Trabajadores), no procedería la punición penal de los hechos denunciados.

El mencionado principio de intervención mínima se concreta –continúa el escrito de consulta–, en otros dos principios: el derecho penal como última ratio y el carácter fragmentario del mismo, principios que, a su vez, se traducen en la necesidad y la utilidad de la intervención penal, de tal forma que intervención penal no sea procedente cuando la cuestión objeto de debate se pueda residenciar en otra rama del Derecho, como, en este caso, sería el Derecho laboral. Se invoca en el escrito de consulta una jurisprudencia cuya línea argumental “no es tanto la afirmación de la plena licitud de tales conductas, sino su desaprobación jurídica por razones distintas de las que conducen a afirmar el carácter delictivo de los verdaderos actos con relevancia jurídico-penal”; de forma que “..en la medida en que no se lleve a cabo una modificación legal desincriminadora de tales conductas, el juzgador puede seguir anclando sus decisiones en los criterios y principios que rigen el razonamiento jurídico y llegar a considerarlas (por lo menos algunas de ellas) atípicas”

- 2.- Interpretación literal del artículo 464.2 del Código Penal (CP), que no castiga los actos que lesionen la integridad moral, sino tan sólo los “actos atentatorios contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes.” Se invoca a este respecto en el escrito de consulta el carácter no extensivo del derecho penal (artículo 4.1 del CP), y se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 16 de junio de 1998 –que, al menos obiter dicta, parece reducir el delito a supuestos en los que se atente contra la integridad corporal y no moral de las víctimas–, y la opinión de algunos autores que excluyen la aplicación del tipo del artículo 464.2 del CP en los supuestos de lesiones a la integridad moral en represalia a una actuación procesal previa.

- 3.- Exigencia del concurso de dos delitos en el artículo 464.2 del CP según reiterada jurisprudencia, de forma que el acto en represalia por una actuación procesal de la víctima se ha de fundar en otra infracción penal (sea delito o falta) contra la vida, libertad, libertad sexual, integridad o bienes de quien ha actuado en el proceso. Como quiera que ni el despido ni la modificación de las condiciones de trabajo (aun admitiendo, a efectos puramente dialécticos, que hubieran sido acordados en represalia por la actuación procesal

de los afectados) constituyen delito o falta, se indica en el escrito de consulta que faltaría el elemento de la tipicidad, al no cumplirse la exigencia de que lo actuado en represalia constituya infracción penal.

Examinados los argumentos expuestos en el escrito de consulta, se aprecia fundamento jurídico suficiente para invocar la tesis de la atipicidad en el supuesto que se examina, de acuerdo con las consideraciones que seguidamente se exponen.

- II -

En el supuesto al que se refiere la consulta dos trabajadores de la Autoridad Portuaria de Santander han denunciado al Presidente de la referida Autoridad Portuaria por un delito de obstrucción a la justicia del artículo 464.2 del Código Penal (CP), por entender que el despido de uno y el cambio de condiciones de trabajo del otro tras su reingreso se adoptaron en represalia a su actuación procesal en un proceso social de determinación de categoría profesional en el que previamente intervinieron, el primero como testigo y el segundo como actor. Justifican ambos el delito de obstrucción a la justicia del artículo 464.2 del CP en un supuesto atentado contra su integridad moral.

El artículo 464 del vigente Código Penal establece lo siguiente:

“1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.”

El precepto transcrito incluye dos tipos penales con sustantividad propia: en el apartado primero, un delito de peligro que se consuma con el ejercicio de violencia o intimidación con la finalidad de coartar la libertad de quienes intervienen en un procedimiento; en el apartado segundo, un delito caracterizado por el elemento subjetivo del ánimo de venganza y consistente en la realización de represalias contra los intervinientes en un proceso judicial que sean subsumibles en un acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad sexual libertad o bienes de las personas.

En las dos figuras delictivas que recoge el artículo 464 del CP (artículo 325 bis del Código Penal anterior) el bien jurídico preferentemente protegido es el recto y normal funcionamiento de la Justicia. Ahora bien, el delito del artículo 464.2 exige la existencia de actos atentatorios contra otros bienes jurídicos (la vida, integridad, libertad, libertad sexual y bienes de las personas) que, si se consuman, entrarán en un concurso real con el delito de obstrucción a la justicia del artículo 464.2.

La jurisprudencia (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1990 y de 10 de julio de 2000) ha considerado como elementos constitutivos del delito de obstrucción a la justicia del artículo 464.2 del vigente Código Penal los siguientes:

- a) Sujeto pasivo del delito será todo aquél que tenga en el proceso jurídico la intervención que se reseña en el apartado 1 del artículo 464 (denunciante, parte o imputado, abogado, procurador o perito, intérprete o testigo).
- b) El elemento subjetivo del injusto radica en el “animus vindicandi” o propósito de represalia motivada por la previa actuación procesal del sujeto pasivo. Esta intención

subjetiva del autor (que excluye formas de comisión no dolosas) es el elemento más característico de este delito.

- c) El elemento dinámico u objetivo se concreta en la comisión de actos atentatorios contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual y bienes. El vigente Código Penal suprimió la mención a los ataques a la seguridad del artículo 325 bis del antiguo CP, e incluyó la mención a la libertad sexual.

No ofreciendo dudas el primer elemento constitutivo del delito del artículo 464.2 del CP (por cuanto que concurren en los sujetos pasivos las condiciones de testigo y actor, respectivamente, en un previo proceso laboral seguido con la Autoridad Portuaria), procede examinar la concurrencia de los otros dos elementos constitutivos del tipo.

Respecto al animus vindicandi, cabe señalar que, dado que la finalidad de represaliar la actuación en el proceso constituye en todo caso un elemento subjetivo del injusto, quedan fuera del tipo del artículo 464.2 del CP cualesquiera ataques perpetrados por otros motivos que no sean precisamente esa actuación procesal previa, ya deriven aquéllos de otras razones por completo extrañas a él o estén motivados directamente por el conflicto mismo de fondo anterior al proceso, y no por la intervención que la víctima haya tenido en él (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2000) o por el resultado favorable o desfavorable para el agente del procedimiento (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2000). Asimismo, es necesario que el ánimo tendencial desencadenante de la acción sea el de tomar represalias por una actuación procesal ya pasada y agotada, por lo que no entrarían en el tipo del artículo 464.2 aquellas conductas agresivas contra personas intervinientes en un pleito seguido con el sujeto activo, cuando el tiempo transcurrido desde entonces ponga de manifiesto la existencia de móviles estrictamente personales, aun originados o incentivados por la anterior actuación procesal (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000).

En el supuesto al que se refiere la consulta será fundamental poder justificar que la actuación del Presidente de la Autoridad Portuaria en el despido y en la modificación de las condiciones de trabajo de los dos trabajadores responde a razones que no se corresponden con el animus vindicandi que es constitutivo del delito de obstrucción a la justicia del artículo 464.2 del CP. Tampoco cabe desconocer que una eventual confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Social que, apreciando prescripción en la infracción en la que se fundamentó el despido, entendió que “el único motivo en el que se fundamentó el despido debió ser la represalia por la declaración testifical”, dificultaría enormemente la prueba de ausencia de animus vindicandi. Es por ello que procede examinar el tercero de los elementos constitutivos del tipo del artículo 464.2 del CP, al que la Abogacía del Estado consultante vincula la tesis de la atipicidad.

El artículo 464.2 del CP exige que el sujeto activo realice, como represalia por la actuación en procedimiento judicial de los sujetos pasivos, “cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes”. Los dos trabajadores de la Autoridad Portuaria fundamentan su denuncia en la apreciación de que el despido y la modificación de las condiciones de trabajo de que, respectivamente, han sido objeto, entrañan atentados contra su “integridad moral”, adoptados en represalia por su actuación procesal previa.

Pues bien, la vinculación de la denuncia al bien jurídico de la “integridad moral” de los sujetos pasivos permitiría invocar, como se propone en el escrito de consulta, la atipicidad de los hechos denunciados, y ello con base en los siguientes razonamientos:

- 1.- Criterio de interpretación literal: el artículo 464.2 del CP no incluye, entre los bienes jurídicos que puedan ser objeto de actos de represalia por parte del sujeto activo, la “integridad moral” de las personas, sino tan sólo la “integridad”, término que se menciona a continuación del de “vida” y que, en su acepción común y general, ha de identificarse únicamente con la integridad física de las personas.
- 2.- Criterio sistemático: El artículo 464.2 menciona, como bienes jurídicos diferentes, la “libertad” y la “libertad sexual” de las personas. Si el legislador de 1995 distinguió en este precepto entre un bien jurídico genérico (libertad) y una concreta manifiesta-

ción del mismo (libertad sexual), parece lógico entender que está enumerando con deliberada precisión los bienes jurídicos susceptibles de recibir las represalias del sujeto activo del delito, por lo que, si, pudiendo haber mencionado de forma expresa en el precepto la “integridad moral” el legislador no lo ha hecho, el término empleado (“integridad”), ha de ser interpretado en su acepción propia y estricta, vinculada exclusivamente a la integridad física de las personas, máxime si se tiene en cuenta que el Código Penal vigente atribuye a la “integridad moral” la condición de bien jurídico susceptible de protección autónoma en numerosos preceptos (artículos 57.1, 169, 173, 174, 175 ó 177), llegando a referirse en algún precepto (artículo 177) a la “integridad moral” como concepto distinto de la “integridad física”, de donde se desprende que uno y otro término tiene para el legislador un significado propio y preciso, y que, en consecuencia, no cabe presumir que la mención a la “integridad” en el artículo 464.2 del CP englobe la “integridad moral”.

3.- Prohibición de la aplicación extensiva de las leyes penales. Dado que el artículo 4.1. del CP dispone que “las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”, no parece admisible entender incluido en el tipo del artículo 464.2 del CP un supuesto (actos atentatorios de la integridad moral) que no está expresamente contemplado en el precepto, ni efectuar una interpretación extensiva del término “integridad” que permita sancionar atentados contra la “integridad moral”, máxime si se tiene en cuenta que, conforme a lo indicado, la “integridad moral” es un bien jurídico susceptible de protección específica y autónoma en otros preceptos del Código Penal.

4.- Criterio jurisprudencial. Además de la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 16 de junio de 1998 citada en el escrito de consulta, cabe señalar los siguientes pronunciamientos judiciales que avalarían la identificación del término “integridad” del artículo 464.2 del CP con el de “integridad física”:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000 (Ar. 5680), en cuyo fundamento de derecho primero se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1993 (Ar. 7327) en la que, “..en relación al artículo 325 bis del CP anterior, antecedente del art. 464 del Código actual, se señala que el precepto pretende la indemnidad de quienes teniendo que colaborar con la Administración de Justicia, deban ser preservados de su libertad de postulación y deposición de testimonio o pericia, tanto con carácter previo al acto procesal como ‘a posteriori’ a su intervención y contra represalias por ella provocadas. Según enseña dicha sentencia, se trata de un delito pluriofensivo en el que lo protegido es tanto el bien jurídico de la libertad de los sujetos pasivos (o en otros casos, su vida, integridad física, seguridad y hasta sus bienes, cuando de las represalias previstas en el segundo párrafo del precepto se trata) como el bien colectivo y público de la Administración de Justicia.”
- Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 12 de abril de 1999 (Ar. 1924), procedimiento abreviado núm. 29/1998, en cuyo fundamento de derecho primero se indica que “los hechos declarados probados, ponderando todas las circunstancias del caso, no tienen la gravedad ni la intencionalidad suficiente para ser constitutivos del delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 464.2 del Código Penal (...). No puede decirse, en efecto, que estemos ante un caso típico de represalia contra un testigo o parte en un procedimiento judicial, pues, por un lado, el precepto penal exige que la persona inquietada en su integridad física, libertad o patrimonio haya actuado ya en el procedimiento judicial que origina el ataque...”

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 5 de junio de 2006 (Ar. 2007/96959), recurso de apelación núm. 248/2006, en cuyo fundamento de derecho tercero se indica que “la sentencia de instancia ya se ocupa de referir que el delito tipificado en el artículo 464.2 del Código penal sanciona cualquier acto de represalia que se realice contra la vida, integridad física, libertad, libertad sexual o bienes de algunas de las personas mencionadas en el apartado 1”.

En fin, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 11 de octubre de 2004 (Ar. 276852), recurso núm. 72/2004, declara en su fundamento de derecho tercero que “el recurrente ha sido condenado por un delito contra la Administración de Justicia, en su modalidad de represalias a las partes intervinientes en un proceso (artículo 464.2 CP). Se trata de un delito pluriofensivo que lesiona a la vez el bien colectivo de la justicia y los individuales de los ofendidos. Se exige, en primer lugar un acto atentatorio contra bienes jurídicos eminentemente personales que dicho artículo enumera, entre los que se encuentra la integridad física...”

Por todo lo expuesto, se aprecia fundamento jurídico suficiente para invocar la atipicidad de los hechos denunciados, en la medida en que existen argumentos que permiten sostener que el artículo 464.2 del CP no comprende los ataques contra la “integridad moral” de las personas en los que los denunciadores fundamentan su acusación. Ahora bien, sin perjuicio de la posibilidad, y aun conveniencia, de intentar la absolución del Presidente de la Autoridad con base en el referido argumento, no pueden dejar de apuntarse, desde un punto de vista puramente teórico, las dudas que la tesis de la atipicidad de los hechos suscitara si la actuación del Presidente de la Autoridad Portuaria, en el hipotético caso de caso de acreditarse la existencia de *animus vindicandi*, se vinculase no a la “integridad moral” de los denunciadores, sino al genérico término de “bienes”, que aparece expresamente mencionado entre los bienes jurídicos susceptibles de represalia por parte del sujeto activo del artículo 464.2 del CP. Efectivamente, el término bienes ha de identificarse como “patrimonio”, concepto genérico que engloba tanto los bienes materiales como los inmateriales (derechos y obligaciones) de contenido económico, siendo difícilmente sostenible que la pérdida del puesto de trabajo que entraña cualquier despido no implique la privación de un derecho de contenido patrimonial. En este sentido, existe jurisprudencia que incluye en el concepto de “bienes” del artículo 464.2 del CP derechos o relaciones de carácter obligacional que, perteneciendo al sujeto pasivo del delito, tengan algún contenido económico. Así por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000 (Ar. 5680) apreció la existencia de un delito de obstrucción a la justicia del artículo 464.2 del CP en la actuación de la acusada consistente en la privación, como represalia a una actuación procesal previa del sujeto pasivo, de un derecho de uso de aguas de origen obligacional de que éste era titular, considerando tal conducta subsumible en un atentado a los bienes del sujeto pasivo. En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2000 (Ar. 2535) se aprecia la existencia de atentado contra los bienes del sujeto pasivo, a los efectos del artículo 464.2 del CP, en una actuación del acusado que implica un ataque contra el derecho a la “posesión pacífica del agua, como bien del que disponía y podía disponer” el sujeto pasivo. En fin, el término “bienes” del artículo 464.2 del CP comprendería, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no sólo bienes materiales, sino también los bienes inmateriales, derechos u obligaciones de contenido económico del sujeto pasivo, por lo que el planteamiento de la tesis de la atipicidad suscitara mayores dudas, en el hipotético caso de que los denunciadores vinculasen la actuación del Presidente de la Autoridad Portuaria no al concepto genérico de su “integridad moral”, sino al de sus “bienes”.

Como segundo argumento en el que se fundamenta la tesis de la atipicidad en el escrito de consulta se invoca el principio de intervención mínima del Derecho penal, con sus manifestaciones de Derecho penal como *última ratio* y el carácter fragmentario del mismo. La invocación de tales argumentos se considera igualmente procedente, si bien cabría plantear la conveniencia de articular dicho argumento como principio general de aplicación obligada, y no necesaria o exclusivamente vinculado al argumento de la atipicidad de los hechos denunciados; en otras palabras, como argumento adicional, a mayor abundamiento, a la tesis de la atipicidad.

Finalmente, resta analizar el último de los argumentos aducidos en el escrito de consulta para fundamentar la tesis de la atipicidad de los hechos denunciados, y que se refiere a la necesaria exigencia del concurso de dos delitos (o infracciones penales) en el artículo 464.2 del CP, como razonamiento para excluir la tipicidad —al no poder calificarse ni el despido ni la modificación de las condiciones de trabajo como delitos ni faltas penales—.

En este punto, es reiterada la jurisprudencia que considera que “no es exigible que los atentados a los distintos bienes jurídicos integren delito” (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000), si bien la naturaleza de los bienes jurídicos susceptibles de ser objeto de las represalias del sujeto activo del delito previsto en el artículo 464.2 del CP (la vida, integridad, libertad, libertad sexual y bienes) determinan que difícilmente esos atentados, aunque no sean constitutivos de delito, no sean constitutivos de falta. En tal sentido, resulta defendible la tesis que se propone en el escrito de consulta, en la medida en que ni el despido ni la modificación de las condiciones de trabajo constituirían ni delito ni falta penales.

Por último, se ha de añadir que todo lo expuesto se ha de entender sin perjuicio del criterio que al efecto pueda sostener la Subdirección General de los Servicios Contenciosos, que es a quien, conforme al artículo 3.1.b) del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, corresponde impartir las instrucciones y autorizaciones concretas sobre las actuaciones procesales de los Abogados del Estado.

En atención a lo expuesto, este Centro Directivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

De acuerdo con las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico II del presente informe, se aprecia fundamento jurídico suficiente para sostener la posible atipicidad de los hechos denunciados en la causa por obstrucción a la justicia tramitada contra el Presidente de la Autoridad Portuaria de Santander.

80.- Informe sobre la posibilidad de que se actualicen las retribuciones de cualquiera de los colectivos en 1 de enero de cada año según el porcentaje determinado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Resumen

Consulta sobre la posibilidad de que Puertos del Estado actualice las retribuciones de cualquiera de sus colectivos el 1 de enero de cada año según el porcentaje determinado en la Ley General Presupuestaria (antes del Acuerdo de la CECIR).

Ref.: ENTES PÚBLICOS 8/09

Fecha: 11 de febrero de 2009

Ponente: Ricardo Huesca Boadilla

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre si Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias pueden realizar actualizaciones de retribuciones de cualquier colectivo (personal que presta servicios en Puertos del Estado y en las Autoridades Portuarias con contrato individual, fuera de Convenio, por un lado, y personal que presta también servicios en los mismos entes pero sometido al II Convenio Colectivo, por otro) el 1 de enero de cada año, en el porcentaje determinado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, haya o no peticiones de modificaciones retributivas adicionales, que serían abonadas en su caso cuando se reciba la autorización correspondiente de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones.

A la vista de la consulta planteada, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

Para dar una respuesta fundada en Derecho a la cuestión suscitada hay que comenzar diciendo que, como se indica en el propio escrito de consulta, tanto las Autoridades Portuarias como Puertos del Estado, en su condición de entes públicos de carácter estatal, se encuentran sometidos a la Ley de Presupuestos Generales del Estado en lo referente a los aspectos retributivos y, por extensión, a los incrementos de la masa salarial del personal que presta servicios en los mismos, tal y como se deduce, en primer término, del artículo 51.2 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, según el cual, las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado habrán de ajustar su política de recursos humanos a los principios, criterios y disposiciones de la política económica y presupuestaria del Gobierno en materia de personal al servicio del sector público estatal.

Por expresa previsión de las propias Leyes de Presupuestos Generales del Estado, han sido los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas los que anualmente, y a través de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (CECIR), se han encargado de dar virtualidad a dicha previsión legal, determinando las condiciones y procedimientos para la modificación, durante el año de que se trate, de las retribuciones del personal laboral y no funcionario de las entidades públicas empresariales y otros organismos públicos, entre los que se encuentran Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

La actuación de esos órganos (tomando como referencia el Acuerdo de la CECIR relativo al año 2008, que se adjunta con la consulta –aunque lo mismo podía decirse, como se

indicará posteriormente, con el correspondiente al año 2009–), encuentra fundamento en el artículo 37 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, que lleva por rúbrica la de “Requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario;” más concretamente, en el apartado Uno de dicho precepto, según el cual:

“Durante el año 2008 será preciso informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario al servicio de:

(...)

- d) Las restantes entidades públicas empresariales y el resto de los organismos y entes públicos en las condiciones y por los procedimientos que al efecto se establezcan por la Comisión Interministerial de Retribuciones, atendiendo a las características específicas de aquéllas.”

De acuerdo con esa previsión legal, la CECIR aprobó, el 18 de enero de 2008, el “Acuerdo por el que se determinan las condiciones y procedimientos para la modificación durante el año 2008 de las retribuciones del personal laboral y no funcionario de las Entidades Públicas Empresariales y otros Organismos Públicos.”

Como se deduce de una simple lectura del mismo y se refleja igualmente en el propio texto de la consulta, en el referido Acuerdo se distinguen, en síntesis y a los efectos que aquí interesan, dos tipos de personal. Por un lado, los Directores y el personal fuera de convenio, para los que el Acuerdo autoriza a incrementar, con efectos económicos de 1 de enero de 2008 y hasta un 3 por 100, los módulos salariales fijados para el año 2007, y, por otro lado, el personal sometido a convenio colectivo, cuyos módulos salariales se incrementan tras seguirse la tramitación prevista en el artículo 37 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008, tramitación que, según se dice en el escrito de consulta, por su complejidad y por la existencia de ciertas disfunciones para recabar datos relativos a las certificaciones de masa salarial gastada, ha dado lugar a que en los últimos años no se disponga de la resolución aprobatoria del incremento anual hasta el ejercicio siguiente, con el consiguiente malestar de los trabajadores y de los representantes sindicales.

Es precisamente esta circunstancia la que ha propiciado la formulación de la consulta que sirve de encabezamiento a este informe.

- II -

Tal y como se ha indicado en el apartado anterior, la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio, partiendo lógicamente del sometimiento de los organismos y entes públicos del Estado a sus previsiones, ha establecido unas reglas precisas para la fijación de las retribuciones del personal laboral y no funcionario que presta servicios en dichos organismos y entidades. En este sentido, el Título III de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (y lo propio puede decirse de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009), que lleva por rúbrica “De los gastos de personal;” después de referirse en su Capítulo I al incremento de los gastos del personal al servicio del sector público y en el Capítulo II a los regímenes retributivos, de aplicación general a todo el personal que presta servicios en el sector público, dedica su Capítulo III a lo que denomina “Otras disposiciones en materia de régimen de personal activo.”

Pues bien, el artículo 37 de dicha Ley, integrado precisamente en el Capítulo III, se refiere a los “Requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario;” estableciendo una serie de exigencias de necesaria observancia tanto para la determinación como para la modificación de las retribuciones del personal que preste servi-

cios en las entidades públicas empresariales y en el resto de los organismos y entes públicos, entre los que se encuentra indudablemente el personal que presta sus servicios a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias.

El precepto en cuestión establece que durante el año 2008 será necesario informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario al servicio de los entes públicos a que el propio artículo 37 se refiere (apartado 1.d), añadiendo, y esto es lo más importante, que ello se efectuará “en las condiciones y por los procedimientos que al efecto se establezcan por la CECIR, atendiendo a las características específicas de aquéllas”, lo cual supone una clara habilitación legal a un órgano administrativo determinado –la CECIR–, para que pueda fijar mediante el oportuno acuerdo las condiciones y procedimientos con arreglo a los cuales se debe proceder a determinar o modificar esas retribuciones.

Esa amplia habilitación a la CECIR (de la que ha hecho uso a través del Acuerdo de 18 de enero de 2008, cuyos puntos 1, 2 y 3 son aplicables, entre otros organismos, a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias) deja, a juicio de este Centro Directivo y a falta de una norma de rango adecuado que permita realizar la actualización pretendida, muy poco margen para que pueda darse una respuesta afirmativa a la pregunta contenida en el escrito de consulta, máxime si, como más adelante se expone, en el propio Acuerdo de 18 de enero de 2008 se contiene una solución adecuada para permitir la aplicación inmediata de los incrementos retributivos establecidos para el ejercicio 2008.

El citado Acuerdo se refiere, en primer lugar, al “Personal cuyas retribuciones se determinan por medio de contrato individual” (punto 1), para el que se autoriza a incrementar, con efectos económicos de 1 de enero de 2008 y hasta un 3 por ciento, los módulos salariales fijados para el año 2007, porcentaje derivado de la aplicación de lo previsto en el apartado Dos y párrafo segundo del apartado Tres del artículo 22 de la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para 2008. Dicho incremento se calcula sobre los módulos salariales aplicados en el año 2007 que hayan sido previamente comunicados al Ministerio de Economía y Hacienda de conformidad con el artículo 25.Cuatro del citado texto legal.

La aplicación de lo previsto en este punto del Acuerdo adoptado por la CECIR y la consiguiente autorización de la misma, permite, en virtud del propio Acuerdo, el incremento inmediato de las retribuciones del referido personal con efectos económicos de 1 de enero de 2008.

Distinto es el procedimiento que debe seguirse para aplicar ese incremento cuando se trata del “Personal sujeto a Convenio Colectivo” (punto 2 del Acuerdo), para el que la CECIR, con la habilitación legal precisa y consciente de que es necesario siempre el acuerdo con los representantes del personal afectado, aplica el trámite previsto en el artículo 37 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008, debiendo procederse de la siguiente forma:

a) Con carácter previo al comienzo de las negociaciones, deberá solicitarse del Ministerio de Economía y Hacienda la correspondiente autorización de masa salarial conforme al artículo 25.Dos de dicha Ley (se refiere a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008).

El citado artículo dispone que “durante el primer trimestre de 2008, los Departamentos ministeriales, Organismos y Agencias estatales, entidades públicas empresariales y demás entes públicos deberán solicitar del Ministerio de Economía y Hacienda la correspondiente autorización de masa salarial, aportando al efecto la certificación de las retribuciones salariales satisfechas y devengadas en 2007. La masa salarial autorizada se tendrá en cuenta para determinar, en términos de homogeneidad, los créditos correspondientes a las retribuciones del personal afectado”.

- b) Con carácter previo a su firma, se remitirá el proyecto de acuerdo a los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, conforme al apartado Tres del citado artículo 37.

El informe, según sigue disponiendo ese artículo 37.Tres.2, será evacuado en el plazo máximo de 15 días, a contar desde la fecha de recepción del proyecto y su valoración versará sobre todos aquellos extremos de los que se deriven consecuencias directas o indirectas en materia de gasto público, tanto para el año 2008, como para ejercicios futuros.

De lo expuesto se deduce, con carácter general, que, para la determinación o modificación de las retribuciones del personal laboral no funcionario sujeto a convenio colectivo de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, es preciso, de conformidad con el punto 2 del Acuerdo de la CECIR de 18 de enero de 2008 (dictado por la misma con base en la habilitación concedida por el artículo 37.Uno.d) de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008), en primer término, que Puertos del Estado, previa solicitud al efecto y con aportación del certificado de las retribuciones salariales satisfechas y devengadas en el año 2007, obtenga la oportuna autorización de la masa salarial por parte del Ministerio de Economía y Hacienda, de acuerdo con el artículo 25.Dos de la referida Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

Obtenida esa autorización y con carácter previo a su firma, deberá remitirse el proyecto de acuerdo entre la representación empresarial y social sobre el incremento retributivo previsto a informe conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas (artículo 37.Tres del repetido texto legal), informe que será evacuado, en los términos indicados, en el plazo máximo de 15 días.

Una vez evacuado dicho informe, se podrá materializar, con una intervención final, en este caso concreto, de la Comisión Paritaria del II Convenio Colectivo (entre cuyas competencias se encuentra la relativa a las revisiones salariales, conforme resulta del artículo 6 del II Convenio, cuya inscripción en el registro y publicación fue acordada por resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de diciembre de 2005 –BOE de 11 de enero de 2006–), el incremento retributivo que lógicamente tendrá efecto retroactivo a 1 de enero de 2008.

Por razones que se desconocen, estos trámites se prolongan en demasía, siendo un claro ejemplo de ello la resolución de la Dirección General de Trabajo de 23 de junio de 2008 (BOE de 4 de julio) que ordena la inscripción de la revisión salarial de 2007, suscrita por la Comisión Paritaria del Convenio el 13 de marzo de 2008, con notificación y advertencia a la misma del obligado cumplimiento de la Ley 42/2006, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, en la ejecución de dicha revisión salarial.

- III -

La propia CECIR en el Acuerdo de referencia es consciente, a juicio de esta Abogacía General del Estado, de esos retrasos derivados en su gran mayoría de la necesidad de adoptar un acuerdo entre la representación empresarial y la social, tras la obtención de la correspondiente autorización de masa salarial por parte del Ministerio de Economía y Hacienda.

Como se indica en el escrito de consulta, una vez obtenida la certificación oportuna de la masa salarial gastada en el ejercicio precedente, se negocian en la Comisión Paritaria los incrementos y mejoras de todo tipo, que, posteriormente, se incorporan al proyecto de acuerdo a remitir a los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas, a través de la CECIR, para su informe en los términos del artículo 37 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2008, adoptándose, finalmente, por la CECIR la resolución oportuna autorizando la revisión salarial.

Pues bien, los notables retrasos en la obtención de la oportuna resolución que apruebe los incrementos retributivos a que da lugar el seguimiento del procedimiento establecido para ello

pueden evitarse si se tiene en cuenta lo dispuesto en el punto 2.3 del Acuerdo de la CECIR de 18 de enero de 2008 que dispone lo siguiente:

“Al objeto de permitir la aplicación inmediata de los incrementos retributivos establecidos para el año 2008, de manera similar a la prevista para el personal de la Administración General y Organismos Autónomos de la Administración, en aquellos convenios que tuvieran pactada una revisión salarial automática conforme a lo que prevean las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, o cuando el acuerdo alcanzado para el año 2008 se limite a la revisión de las tablas salariales vigentes en un 3 por 100, podrá agilizarse el procedimiento de la siguiente forma:

Remisión del acuerdo con las nuevas tablas y módulos salariales resultantes, debiendo constar de forma expresa la conclusión de la negociación colectiva para el año 2008.

Efectuado dicho trámite, podrá hacerse efectivo en nómina el incremento resultante, que tendrá la consideración de incremento a cuenta, en tanto no se proceda a la preceptiva autorización de la masa salarial por el Ministerio de Economía y Hacienda. En el caso de que existieran complementos personales transitorios se procederá a aplicar las normas de absorción vigentes en la materia

Emitida dicha autorización, la modificación de retribuciones tendrá la consideración de definitiva”

De lo expuesto se deduce con bastante claridad que, para la aplicación inmediata al personal sujeto a convenio colectivo de los incrementos retributivos establecidos para el año 2008 para el personal de la Administración General del Estado y de los Organismos Autónomos dependientes de la misma, en la cuantía fija derivada de la aplicación de los porcentajes establecidos en el apartado dos (2 por 100) y en el párrafo segundo en relación con el párrafo primero del apartado Tres (1 por 100) del artículo 22 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, es preciso que en el II Convenio Colectivo estuviera pactada una revisión salarial automática conforme a lo previsto en dicho texto legal o, en defecto de esa cláusula, que el acuerdo alcanzado para el año 2008 se limite a la revisión de las tablas salariales vigentes en un 3 por 100.

En el presente caso, no existe en el II Convenio Colectivo cláusula alguna de revisión salarial automática en los términos previstos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que sólo un acuerdo alcanzado de forma rápida por las representaciones empresarial y el social en el seno de la Comisión Paritaria (limitado, eso sí, a la revisión de las tablas salariales vigentes en ese 3 por 100) permitiría aplicar las previsiones procedimentales del punto 2.3 del Acuerdo de la CECIR, lo que posibilitaría hacer efectivo en nómina ese incremento del 3 por 100, que tendría la consideración de incremento a cuenta, hasta tanto se procediese a la preceptiva autorización de la masa salarial por el Ministerio de Economía y Hacienda. Tras emitirse esa autorización, la modificación de retribuciones tendría la consideración de definitiva.

Lo expuesto, como se observa, supone anteponer a la necesidad de esa autorización de la masa salarial (primer y necesario trámite ordinario en el procedimiento para autorizar en su conjunto y para todos los conceptos la revisión salarial) la posible existencia de una cláusula de revisión salarial automática en el convenio, lo que aquí no ocurre, o de un acuerdo entre empresa y trabajadores, en el seno de la Comisión Paritaria del Convenio, en este caso, limitado a la revisión de las tablas vigentes en 2007 en un 3 por 100.

El resto de los conceptos retributivos susceptibles de determinar un incremento o mejora de las condiciones laborales de los trabajadores, a los que también se refiere la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, como los relativos al incremento de la productividad, desarrollo profesional (artículo 25.Uno, tercer párrafo) o contribución a planes de pensiones (artículo 22.Cuatro y 25.Tres, así como punto 3 del Acuerdo de la CECIR que se remite a estos preceptos), una vez obtenida la autorización de la masa salarial por parte

del Ministerio de Economía y Hacienda, podrán ser objeto de una negociación autónoma posterior en los términos habituales hasta alcanzar el oportuno acuerdo que, cumpliendo con las previsiones legales, podrá hacerse efectivo en la nómina de los trabajadores con efectos retroactivos a 1 de enero de 2008.

Por último, y como ya se ha adelantado, las consideraciones expuestas tienen plena virtualidad también para la revisión salarial correspondiente al año 2009, ya que la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado el año 2009 contiene, incluso con la misma sistemática, ubicación y número de artículos (artículos 22.Tres y Cuatro, 25.Uno y Tres, y 37), una regulación idéntica en los particulares objeto de esta consulta relativos al ejercicio 2008.

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 actualización de retribuciones del personal sometido al II Convenio Colectivo de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias a 1 de enero de cada año de acuerdo con las previsiones contenidas en las Leyes de Presupuestos Generales de Estado debe realizarse, de acuerdo con la tramitación prevista con carácter general en el artículo 37 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, tal y como se recoge en el punto 2 del Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones, por el que se determinan las condiciones y procedimientos para la modificación durante el año 2008 de las retribuciones del personal laboral y no funcionario de las entidades públicas empresariales y otros organismos públicos.

Segunda.- No obstante, previo acuerdo de la representación empresarial y social, en el seno de la Comisión Paritaria prevista en el II Convenio Colectivo, limitado a la revisión de las tablas salariales vigentes en un 3 por 100 para el año 2008, podría aplicarse de forma inmediata el incremento retributivo establecido para ese año, cumpliendo con los trámites previstos en el punto 2.3 del referido Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones. Una vez cumplidos dichos trámites, podrá hacerse efectivo en nómina el incremento resultante, que tendrá la consideración de incremento a cuenta hasta tanto se proceda a la preceptiva autorización de la masa salarial por el Ministerio de Economía y Hacienda. Tras emitirse dicha autorización, la modificación de retribuciones tendrá la consideración de definitiva.

Tercera.- Para el resto de las modificaciones retributivas adicionales deberá seguirse el trámite ordinario del apartado 2.1 del repetido Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones, teniendo el acuerdo final que se adopte sobre dichas modificaciones por la Comisión Paritaria del II Convenio, una vez registrado y publicado, efecto retroactivo a 1 de enero de cada año.

81.- Informe sobre la aplicación de la resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horario de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 25/13

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre la aplicación de la resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horario de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

A los efectos que aquí interesan, la resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas reseñada en el encabezamiento de este informe tiene un doble contenido. De una parte, la previsión recogida en su apartado 3.1, con arreglo a la cual “la duración de la jornada general será de 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientos sesenta y cuatro horas anuales”; de otra parte, y en segundo lugar, las prescripciones sobre distribución de la jornada semanal (apartado 3.2), normas sobre calendario laboral (apartado 2), jornada en régimen de especial dedicación (apartado 4), jornada reducida por interés particular (apartado 5), jornada y horarios especiales (apartado 6), jornada de verano (apartado 7), medidas de conciliación (apartado 8), vacaciones y permisos (apartado 9), tiempo para la formación (apartado 10), justificación de ausencias (apartado 11), control y seguimiento de la jornada y horario de trabajo (apartado 12).

Expuesto el contenido material de la citada resolución, y por lo que se refiere, en primer lugar, a la previsión sobre duración de la jornada –37 horas y media semanales de trabajo efectivo–, esta previsión es materialmente aplicable al Organismo público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias y ello abstracción hecha de la cuestión a que se refiere el presente informe –aplicación de la resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas–. En efecto, la aplicación de la duración de la jornada general a los entes públicos citados resulta de una norma con rango de ley, cual es la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, cuyo apartado uno establece que “a partir de la entrada en vigor de esta Ley, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”. Esta previsión queda completada con la norma en la que se precisa lo que, a esos efectos, se entiende por Sector Público y en el que, en lo que aquí importa, quedan comprendidas “.. cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependiente del mismo...” (apartado c).

Pues bien, es claro que en esta específica descripción tienen acomodo tanto el Organismo público Puertos del Estado como las Autoridades Portuarias. En efecto, el artículo 16.1 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) dispone que “el Organismo Público Puertos del Estado constituye una entidad de las previstas en la letra g)

del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, adscrito al Ministerio de Fomento (...)”. Por su parte, el artículo 24.1 del mismo texto legal establece que “las Autoridades Portuarias son organismos públicos de los previstos en la letra g) del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar, dependen del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado (...)”.

Por si hubiere alguna duda acerca de la aplicación de la previsión general sobre duración de la jornada –37 horas y media semanales de trabajo efectivo–, al Organismo público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, se puede traer a colación la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 31 de enero de 2013, que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Sección Sindical de Unión General de Trabajadores del Sector de Puertos, Aduanas y Consignatarias de la Federación de Transportes, Comunicaciones y Mar contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Santander en autos de conflicto colectivo contra la Autoridad Portuaria de Santander, declarando la competencia del Estado para fijar, a través de una norma con rango de ley (en este caso el artículo 4 del Real Decreto –ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, convalidado por la Ley de 17 de enero de 2012, que luego pasó a ser la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012), la jornada ordinaria del trabajo en promedio semanal del conjunto del sector público y, por tanto, de todas las Autoridades Portuarias.

- II -

Siendo aplicable al Organismo público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias la norma sobre duración de la jornada general de trabajo –37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual–, debe examinarse la aplicación a dichas entidades públicas del resto de la previsiones contenidas en la resolución de 28 de diciembre de 2012.

El apartado 1.1 de dicha resolución dispone la siguiente:

“Las instrucciones contenidas en esta Resolución son de aplicación a todos los empleados públicos al servicio de:

(...)

Los organismos públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, y que se rijan por la normativa general de Función Pública.”

A la vista de la norma transcrita en lo pertinente, la aplicación de la resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas a las entidades mencionadas se supedita a la concurrencia en ellas de dos requisitos: 1) que se trate de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia y vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado; y 2) que esas entidades se rijan por la normativa general de Función Pública.

Procede, pues, analizar si en el Organismo público Puertos del Estado y en las Autoridades Portuarias concurren ambos requisitos.

Por lo que respecta al primero de ellos, no admite dudas su cumplimiento a la vista del tenor literal de los artículos 16.1 y 24.1 del TRLEMM, pues se trata indudablemente de entidades u organismos públicos de los previstos en el artículo 2.1.g) de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, con personalidad jurídica propia y vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado.

Por lo que respecta al cumplimiento del segundo requisito –aplicación de la normativa general de Función Pública–, debe indicarse, ante todo, que la locución “normativa general de Función Pública” que emplea el apartado 1.1 de la resolución de continua referencia está constituida, como norma básica, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Pública (EBEP), y ello teniendo en cuenta que el artículo 4 de este texto legal viene a conceptuar como normativa específica sobre la Función Pública la relativa al personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, personal funcionario de los demás Organos Constitucionales del Estado y de los Organos Estatutarios de las Comunidades Autónomas, Jueces, Magistrados, Fiscales y además personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, personal militar de las Fuerzas Armadas, personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, personal retribuido por arancel, personal del Centro Nacional de Inteligencia y personal del Banco de España y Fondos de Garantía de depósitos en Entidades de Crédito.

Estando constituida, pues, la “normativa general de Función Pública” por el EBEP (como norma básica), la cuestión que debe dilucidarse consiste en determinar si el Organismo público Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias, especialmente, están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicho texto legal.

Tomando en consideración el artículo 2.1 del EBEP (“ámbito de aplicación”), la respuesta al anterior interrogante debe matizarse, pues, si bien no hay duda alguna de que dicho precepto alude a “Organismos públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”, en su primer párrafo establece una importante precisión, al disponer que “este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas (...)”.

El artículo 47.1 del TRLPEMM establece que “el personal de los organismos públicos portuarios quedará vinculado, con carácter general, a su entidad respectiva por una relación sujeta a las normas de derecho laboral que le sean de aplicación, sin perjuicio de que, para las actividades en que proceda, pueda sujetarse a las normas de derecho civil o mercantil”.

Por su parte, el artículo 51 del EBEP, relativo a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral, dispone que “para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente”, lo cual plantea una antinomia evidente.

En efecto, el Capítulo V en el que se inserta el artículo 51 se refiere exclusivamente a la jornada de trabajo de los funcionarios públicos en su artículo 47, atribuyendo a las Administraciones Públicas la facultad de establecer la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos. La legislación laboral correspondiente, por su parte, está constituida por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (artículos 34 y siguientes) y, más particularmente, por el Capítulo IV (“Jornada y horario de trabajo”) del II Convenio Colectivo vigente de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de diciembre de 2005 (BOE de 11 de enero de 2006), siendo dos regulaciones muy distintas.

El tenor literal del artículo 51 del EBEP y su remisión conjunta a las normas funcionariales y laborales para fijar la jornada laboral (y, por ende, su distribución horaria) del personal laboral de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, como es el caso de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, hace necesario acudir a otras fuentes para interpretar el real alcance de esa previsión legal.

En este sentido, se puede traer a colación la Resolución de 21 de junio de 2007, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publican las Instrucciones, de

5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Pues bien, la Instrucción 2 relativa al Ambito de aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado (artículo 2), señala que “al personal laboral que presta servicios en dicho ámbito se le aplican los preceptos del EBEP que así lo dispongan”.

La Instrucción 4, referente a la Aplicación del EBEP a las entidades del sector público y a los Organismos contemplados en la disposición adicional décima.1 de la LOFAGE, establece, en su párrafo primero, que:

“A las entidades del sector público estatal, comprendidas en el artículo 2 de la Ley 47/2003, de 24 de noviembre, General Presupuestaria, les serán de aplicación los principios de los artículos 52 (Deberes de los empleados públicos. Código de conducta) y 59 (Personas con discapacidad), así como lo dispuesto en los artículos 53 (Principios éticos) , 54 (Principios de conducta) y 55 (Principios rectores de acceso al empleo público).

(...)”

De la previsión que acaba transcribirse, no se colige la aplicación del artículo 51 del EBEP, en lo concerniente a la jornada de trabajo, al personal laboral de las referidas entidades del sector público.

Tampoco, y a pesar de la referencia que se hace en el título de la Instrucción 7 al artículo 51 (“Permisos y vacaciones – artículos 48 a 51”), en dicha Instrucción se contiene referencia alguna a la jornada de trabajo, aludiéndose únicamente, como extremos comunes al personal funcionario y al personal laboral, a los relativos a permisos –apartado a)–, vacaciones –apartado b)– y licencia por razón de matrimonio –apartado c)–.

A la vista de lo expuesto, no puede entenderse razonablemente que el EBEP sea aplicable a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, pues tan sólo lo es en extremos muy limitados según lo dicho. Lo anterior tiene por obligada consecuencia la de que no sea posible apreciar el cumplimiento del requisito exigido por el apartado 1.1 de la resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas –que la entidad se rija por “la normativa general de Función Pública”–, por lo que ha de concluirse que la repetida resolución no es aplicable a los citados entes públicos, que se regirán, sobre este particular, por lo dispuesto en el Capítulo IV (artículos 17 a 21) del II Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, dedicado a la jornada y horario de trabajo.

Alcanzada la anterior conclusión, no puede redargüirse válidamente que lo congruente es aplicar a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias la repetida resolución, ya que no tendría sentido que, aplicándose a la misma –con fundamento en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012– la regla sobre duración de la jornada –37 horas y media semanales de trabajo efectivo–, no se aplicasen las demás previsiones de la resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de continua referencia, siendo así que estas últimas son complemento de dicha regla sobre duración de la jornada de trabajo.

El anterior planteamiento no es atendible desde el momento en que, siendo aplicable la mencionada norma sobre jornada de trabajo –37 horas y media semanales de trabajo efectivo– a otras entidades, como son los consorcios, las fundaciones y las sociedades mercantiles a que se refieren las letras d), e) y f) de la disposición adicional septuagésima primera de la aludida Ley de Presupuestos Generales del Estado, a estas entidades no les es aplicable la resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de constante cita, y lo mismo puede decirse de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de la Corporaciones locales.

Por otro lado, a mayor abundamiento y como un argumento más a favor del criterio que aquí se sostiene –inaplicación del artículo 51 del EBEP a Puertos del Estado y Autoridades

Portuarias en el extremo relativo a jornada de trabajo— puede traerse a colación el hecho, destacado por la Inspección General de los Servicios de la Administración General del Estado, en informe reciente de 31 de enero de 2013, de que, la citada resolución se adoptó, como reza su preámbulo, “previa negociación en la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado; Mesa en la que no están representados ni Puertos del Estado ni las Autoridades Portuarias, por lo que ninguna virtualidad jurídica para el personal laboral dependiente de los mismos puede darse a las negociaciones y acuerdos adoptados en esa Mesa y que sirvieron o pudieron servir de base a la resolución dictada.

Como refleja el certificado expedido con fecha 27 de febrero de 2013 por el Subdirector General de Relaciones Laborales de la Dirección General de la Función Pública y Secretario de la misma, el 15 de septiembre de 2011 se aprobó por la Administración y las organizaciones sindicales CC.OO, UGT, CSIF y USO el listado de Ministerios y organismos públicos cuyos resultados debían ser computados para constituir la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado y, entre ellos, no están ni Puertos del Estado ni las Autoridades Portuarias. La relación de Organismos incluidos en el ámbito de aplicación de la Mesa fue incluida en el Anexo 1 de la resolución de 12 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba el Acuerdo de la Mesa de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación, sin que, de nuevo, figuren en la misma ni Puertos del Estado ni las Autoridades Portuarias.

Por último, y según indica en un nuevo certificado de fecha 28 de febrero de 2013 el Subdirector General de Relaciones Laborales de la Dirección General de la Función Pública, los días 17 y 26 de diciembre de 2012 se celebraron sendas reuniones de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, con el fin de proceder a la negociación del proyecto de resolución de la Secretaría del Estado de las Administraciones Públicas sobre Instrucción de jornada y horario con las organizaciones sindicales que forman parte de la citada Mesa y que representan a los Ministerios y Organismos públicos incluidos en la lista indicada, entre los que no están, como se ha dicho, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias. Parece, por ello, razonable que los citados organismos no pueden verse afectados por el contenido de la resolución dictada, al no haber tenido participación alguna en el proceso de negociación previo de la misma

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho, la resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 28 de diciembre de 2012 no es aplicable al ente público Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, debiendo estarse a lo establecido en materia de jornada y horarios de trabajo en el Capítulo IV (artículos 17 a 21) del II Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias.

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

CONCLUSIONES

Primera.- En virtud de lo establecido en la disposición adicional septuagésima primera. Uno, párrafo primero, de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, la duración general de la jornada de trabajo establecida en esta norma —“no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual”— es aplicable a Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias.

Segunda.- Por las consideraciones expuestas en el fundamento jurídico II del presente informe, la resolución de 28 de diciembre de 2012 de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horario de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, no es aplicable a los referidos entes públicos.

82.- Informe sobre la naturaleza del vínculo que une a las Autoridades Portuarias con sus Directores y consecuencias de ello en su régimen retributivo.

Resumen

Consulta sobre la naturaleza del vínculo que une a las Autoridades Portuarias con sus Directores y consecuencias de ello en su régimen retributivo

REF: A.G. ENTES PÚBLICOS 74/16 (R –603/2016)

Fecha: 16 de septiembre de 2016

Ponente: María Curto Izquierdo

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por el Presidente del Organismo Público Puertos del Estado sobre la naturaleza jurídica del vínculo de los Directores de las Autoridades Portuarias y sobre la aplicabilidad a los mismos de lo dispuesto en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.

Con relación a dicha consulta, este Centro Directivo emite informe en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

1.- El escrito de consulta expone en los siguientes términos la cuestión sobre la que se solicita informe:

“Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, Puertos del Estado se dirigió en consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, con objeto de esclarecer si los Directores de las Autoridades Portuarias tenían la consideración del Altos Cargos.

En fecha 1 de junio de 2006 el Abogado general del Estado emite informe (ref.: A.G. Entes Públicos 58/06), concluyendo, entre otras cosas, que “los Presidentes y Directores Técnicos de las Autoridades Portuarias tienen la consideración de altos cargos con arreglo al art. 3.2 e) de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobiernos y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado”, y ello en base a las competencias que tenían atribuidas por Ley, afirmando ese Centro Directivo no tener dudas acerca de la consideración del citado Director de las Autoridades Portuarias como un director ejecutivo de los mencionados expresamente en el art. 3. 2 e) de la Ley 5/2006”

Reafirmandose en esta misma consideración en informe del Abogado General del Estado, de fecha 7 de junio de 2011 (ref.: A.G. Entes Públicos 43/11 (R-525/11)).

Adicionalmente, la Instrucción de la Abogacía General del Estado 1/2012, de 28 de marzo de 2012, ofrece unas notas características de la relación estatutaria que podrían definir la figura del Director de la Autoridad Portuaria.

Más recientemente, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, declara en su art. 2.2 que, a los efectos previstos en dicha Ley, se consideran altos cargos los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias.

Pues bien, el escrito del Director General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, que se adjunta, viene a cuestionar la naturaleza de alto cargo de los Directores de las Autoridades Portuarias, al menos a efectos retributivos. Y basa dicha conclusión en el art. 21. Tres de la LPGE para 2016, en el sentido de considerar mutuamente excluyentes, a estos efectos, las figuras del Presidente y Director de las Autoridades Portuarias por la locución "o en su caso"; como así mismo por deducción sólo uno de ellos puede ejercer funciones de máximo nivel.

Por otro lado, en el escrito del Director General de Costes se afirma que hasta 2014 los Directores de las Autoridades Portuarias contaban con contratos de alta dirección, afirmando que la incompatibilidad de dicha relación laboral especial con la consideración de altos cargos a los efectos de la LPGE.

Sobre este punto hay que señalar que en fecha 19 de abril de 2012 se cursó oficio a los Presidentes de las Autoridades Portuarias exponiendo el criterio de la Abogacía General del Estado acerca de la naturaleza de alto cargo de la figura de Director de la Autoridad Portuaria, indicando que las nuevas incorporaciones debían realizarse por nombramiento, y no mediante la formalización de contratos de alta dirección; así mismo, se sugería la transformación de la relación de los Directores en aquella fecha titulares del órgano en vínculo estatutario o administrativo. En todo caso, y para las situaciones que pudieran restar, tras la entrada en vigor de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, dicha transformación habría de entenderse, en todo caso, ope legis.

En fecha 19 de mayo (salida 25 de mayo), Puertos del Estado se dirigió a la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos solicitando la fijación de retribuciones de los Directores de las Autoridades Portuarias, de acuerdo con el régimen retributivo que sea de aplicación.

El pasado 4 de julio tuvo entrada en Puertos del Estado escrito de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, mediante el cual ponía en conocimiento de este Organismo que la competencia para el establecimiento de las retribuciones de los Directores de las Autoridades Portuarias no era de dicha Secretaría de Estado, sino que correspondía a Puertos del Estado, respetando los límites establecidos en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo.

Como quiera que dicho Real Decreto excluye de su ámbito de aplicación las relaciones estatutarias o jurídico-administrativas, se somete a la consideración de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, la siguiente consulta:

- 1.- Naturaleza jurídica del vínculo de los Directores de las Autoridades Portuarias.
 - 2.- Si dicha naturaleza fuera estatutaria o jurídico-administrativa, ¿sería de aplicación el Real Decreto 451/2012?.
- 2.- Al escrito de consulta se adjuntan los dos siguientes documentos:
- Escrito de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, de 22 de marzo de 2016, dirigido al Presidente de Puertos del Estado, del que debe destacarse lo siguiente:

"Se ha recibido escrito de fecha 15 de febrero de 2016 (...), manteniendo esa Entidad la consideración de que los mismos (los Directores de las Autoridades Portuarias) son altos cargos, fundamentándose para ello, entre otras razones, en el articulado de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado, así como en diversos dictámenes de la Abogacía General del Estado, y señalando que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21. Tres de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos Generales del Estado para el año 2016, una vez comunicadas las retribuciones asignadas correspondientes, se va a tramitar la asignación de las mismas para ejercicios sucesivos ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

No obstante, debemos señalar en esta cuestión diversas consideraciones jurídicas y legales. Por una parte, las disposiciones del Art. 21. Tres de la LPGE 2016 indican que “los Presidentes de las Agencias estatales, los Presidentes y Vicepresidentes de las entidades públicas empresariales y demás entes públicos o, en su caso, los Directores Generales y Directores de los citados Organismos, cuando les corresponda el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel”. Del significado literal de la expresión “o, en su caso”, se deduce que la consideración del Presidente o el Director General de la Autoridad Portuaria como alto cargo es mutuamente excluyente.

Además, este artículo de la LPGE establece una condición para que los Directores Generales puedan tener la consideración de alto cargo: “cuando les corresponda el ejercicio de las funciones directivas de máximo nivel”. De los términos de esta disposición se deduce que solamente uno de estos dos, Presidente o Director General, puede ejercer dichas funciones ejecutivas de máximo nivel.

Por otra parte, cabe resaltar el diferente ámbito de aplicación de la normativa sobre régimen jurídico de altos cargos y de la normativa presupuestaria. Mientras la Ley 3/2015 incluye a los Directores de las Autoridades Portuarias en su ámbito de aplicación, en cuanto a su régimen retributivo, el artículo 4 se remite en cuanto a fijación de retribuciones a “la normativa aplicable en cada caso”. En este sentido, la normativa presupuestaria, la LPGE 2016, está redactada de manera que si afirma la condición de alto cargo de los Presidentes excluye que lo sean los Directores de las Autoridades Portuarias. Y, por tanto, se da la circunstancia de poder ser considerado alto cargo dentro del ámbito de aplicación de una ley, pero no necesariamente de otras.

Por otro lado, hasta ahora los Directores de Autoridades Portuarias contaban con contratos de alta dirección (en algún caso indefinido). Así queda reflejado en la última comunicación de retribuciones disponible, correspondiente al año 2014. Se considera incompatible la consideración de alto cargo a los efectos de la LPGE (para atribuir la competencia de fijación de sus retribuciones al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas) y el mantenimiento de un vínculo de naturaleza laboral con la entidad, en cuyo caso se daría el presupuesto para su inclusión dentro del ámbito de aplicación del RD 451/2012 (que solo excluye las relaciones de naturaleza funcionarial o estatutaria). De hecho en el momento actual y en base a la naturaleza laboral de sus contratos, las retribuciones de estos puestos siguen fijadas por la CECIR”

2.2.- Escrito de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, de 24 de junio de 2016, dirigido al Presidente de Puertos del Estado:

“En relación con su última carta recibida el 25 de mayo de 2016, en la que se solicita a la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos “a fijación de las retribuciones de los Directores de las Autoridades Portuarias, de acuerdo con el régimen retributivo que sea de aplicación”, este centro directivo se remite a lo que ya le trasladó previamente en escrito de 22 de marzo de 2016 el titular de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas (...):”

En este sentido, de acuerdo con la normativa aplicable al efecto, no corresponde a la Secretaría de Estado la fijación de las retribuciones de los Directores de las Autoridades Portuarias, sino, que, tal y como se ha venido realizando en ejercicios anteriores, es a la propia entidad Puertos del Estado, de acuerdo con su normativa competencial, a quien corresponde la fijación de tales retribuciones, respetando en todo caso los límites establecidos al respecto en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades y en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, así como las obligaciones de información y comunicación de tales retribuciones establecidas en la citada Ley”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La consulta formulada a esta Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado por Puertos del Estado se refiere exclusivamente a la naturaleza jurídica del vínculo de los Directores de las Autoridades Portuarias y a la aplicabilidad a los mismos de lo dispuesto en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades (en adelante, Real Decreto 451/2012).

No obstante, del texto del escrito remitido por Puertos del Estado y de los documentos adjuntos se desprenden otras cuestiones conexas que este Centro Directivo considera necesario abordar también, para mayor clarificación de la concreta cuestión consultada.

- II -

La primera cuestión sometida a consulta hace referencia a la naturaleza jurídica del vínculo que une a los Directores de las Autoridades Portuarias con dichas entidades, en particular, si dicho vínculo tiene naturaleza laboral o naturaleza estatutaria, es decir, jurídico-administrativa.

Si bien hasta la fecha este Centro Directivo no se ha pronunciado sobre dicha cuestión, sí lo ha hecho sobre la naturaleza jurídica del vínculo que une a los Presidentes de las Autoridades Portuarias, en concreto, en su informe ref.: A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 7/96 (en adelante, Informe A.G. 7/96), y en la Instrucción 1/2012, sobre pautas para emitir el informe previo de la Abogacía del Estado en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal en cumplimiento de la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, desarrollada por el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y otras entidades (en adelante, Instrucción 1/2012).

En ambos casos este Centro Directivo ha sostenido que dicho vínculo es de naturaleza estatutaria y no laboral, en una argumentación que resulta plenamente aplicable a los Directores de las Autoridades Portuarias, como inmediatamente se expondrá.

El estudio de la cuestión debe partir del análisis de la naturaleza jurídica de las Autoridades Portuarias.

El artículo 24 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 adelante, TRLPEMM), define las Autoridades Portuarias en los siguientes términos:

- “1. Las Autoridades Portuarias son organismos públicos de los previstos en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como plena capacidad de obrar; dependen del Ministerio de Fomento, a través de Puertos del Estado; y se rigen por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y, supletoriamente, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
2. Las Autoridades Portuarias ajustarán sus actividades 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.

(...)”

A la vista del precepto que se acaba de transcribir, las Autoridades Portuarias son organismos públicos de los previstos en el artículo 2. 1 g) de la Ley General Presupuestaria, es decir, entidades estatales de derecho público, a lo que debe añadirse que están vinculadas a la Administración General del Estado, en cuanto que el artículo 12 del TRLPEMM establece que las competencias que a dicha Administración corresponden sobre los puertos de interés general en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.20 de la Constitución se ejercen en los puertos e instalaciones de carácter civil por el Ministerio de Fomento a través del sistema portuario de titularidad estatal integrado por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias.

La previsión legal de que las Autoridades Portuarias actúen con sujeción al ordenamiento jurídico privado, salvo en el ejercicio de las funciones de poder público que el ordenamiento les atribuya, no desvirtúa la anterior conclusión, pues la previsión del artículo 24.2 del TRLPEMM de que “ajustarán sus actividades al ordenamiento jurídico privado” no se establece como efecto o consecuencia de una presunta naturaleza privada de aquellas entidades, incompatible con su calificación legal como entidades de Derecho Público, sino por una razón meramente instrumental, cual es la de hacer factible la prestación del servicio público portuario encomendado al Estado con arreglo a los principios de eficiencia, agilidad y flexibilidad propios de la gestión empresarial en que se basa la gestión portuaria actual.

En el informe A.G. 7/96 se señalaba que el sometimiento, en el sentido instrumental a que se ha hecho referencia, de la actividad de determinadas entidades de Derecho Público al ordenamiento jurídico privado (lo que constituye, por lo demás, una técnica relativamente frecuente) no altera, pues, la naturaleza pública de aquéllas, que han de conceptuarse como verdaderas Administraciones Públicas, por su vinculación, antes señalada, a la Administración del Estado. Así lo ha venido a sancionar, en el terreno del derecho positivo, el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), según el cual “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.”

A la misma conclusión debe llegarse conforme a lo dispuesto en el 2.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 88 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con los artículos 99, 104, y disposición adicional duodécima de este texto legal.

Después de analizar la naturaleza jurídica de las Autoridades Portuarias – para concluir que son entidades de Derecho Público y, por tanto, Administraciones Públicas-, en el informe A.G. 7/96 se indicaba que era necesario, además, determinar, por referencia a las aludidas Entidades, la posición o situación jurídica de sus respectivos Presidentes, y ello porque la naturaleza jurídica de aquellas entidades no constituye por sí sola un criterio suficiente para dilucidar la cuestión planteada, puesto que, sometidas en su actuación al ordenamiento jurídico privado, las Autoridades Portuarias pueden concertar relaciones laborales.

La misma argumentación habrá de hacerse, por coherencia lógica, en el caso de los Directores de las Autoridades Portuarias, debiendo tenerse en cuenta en este punto lo dispuesto en el artículo 29 del TRLPEMM, que establece que “los órganos de las Autoridades Portuarias son los siguiente:

- a) De gobierno: Consejo de Administración y Presidente.
- b) De gestión: Director.
- c) De asistencia: Consejo de Navegación y Puerto.”

El Director de la Autoridad Portuaria es, pues, un órgano necesario de esta Entidad de Derecho Público y, más concretamente, un órgano de gestión de carácter unipersonal al que corresponden las funciones que detalla el artículo 33.2 del TRLPEMM.

Así las cosas, la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación entre la Autoridad Portuaria y su Director se reconduce a la cuestión de la naturaleza de la relación entre una Administración Pública, como es la Autoridad Portuaria, y uno de sus órganos, como es su Director.

Como se indicaba en el Informe A.G. 7/96, superadas las construcciones doctrinales que negaban carácter y relevancia jurídica a la organización administrativa, basándose en la aparente ausencia de alteridad en las denominadas relaciones interorgánicas, y reconocido definitivamente el carácter jurídico de las normas de organización, es indudable que la organización de las Administraciones Públicas tiene carácter jurídico-público tanto en su aspecto estático (la consideración de cómo están articulados los órganos en que se estructura cada Administración Pública), como en su aspecto dinámico (creación, modificación, supresión de órganos administrativos y distribución de competencias entre ellos). Afirmado el carácter jurídico-público de la organización administrativa y de las normas que disponen su regulación, esa misma caracterización jurídico-pública ha de predicarse de la relación que media entre la persona física titular del órgano administrativo y la Administración en que el órgano se incardina y de la que forma parte. En efecto, si el órgano administrativo se conceptúa, según la doctrina más autorizada, como la unidad administrativa integrada por una esfera de atribuciones y un conjunto de medios materiales, ejecutada y utilizados, respectivamente, por una persona que se encuentra adscrita a dicha unidad y a la que corresponde la titularidad, carecería de sentido que, teniendo carácter jurídico-público la organización administrativa, esta caracterización quedase exceptuada en la relación entre la persona física titular del órgano y la Administración en la que dicho órgano se integra

Si en el citado informe se concluía dicha argumentación indicando que las conclusiones precedentes permitían aseverar que, siendo el Presidente de la Autoridad Portuaria el órgano de gobierno de carácter unipersonal de dicha Entidad Pública (artículo 39 de la LPEMM, hoy artículo 29 a) del TRLPEMM), la relación entre aquél y ésta es una relación jurídico-administrativa, sin que, por tanto, proceda calificarla como relación de carácter laboral, a la misma conclusión debe llegarse en el caso de los Directores de las Autoridades Portuarias, que son igualmente un órgano de dichas entidades, concretamente el órgano unipersonal de gestión (artículo 29 b) del TRLPEMM).

El propio TRLPEMM confirma la anterior conclusión. Para poder admitir una relación laboral entre el Presidente o el Director de la Autoridad Portuaria sería necesario, ante todo, que fuera la propia Autoridad Portuaria, entidad con personalidad jurídica propia e independiente de la del Estado, la que efectuase la contratación de servicios de aquéllos. Sin embargo, ni es la Autoridad Portuaria la que, en su presunta condición de empresario o empleador, concierta con el Presidente ni con el Director la prestación por parte de éstos de sus servicios, ni el ejercicio de los cometidos o funciones que corresponden al Presidente y al Director tienen por causa un contrato, sino un acto jurídico jurídico-público de carácter administrativo (el nombramiento), estando además dichas funciones expresamente definidas por una norma con rango de ley.

Así, mientras el Presidente de la Autoridad Portuaria es designado y separado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o de las Ciudades de Ceuta y Melilla entre personas de reconocida competencia profesional e idoneidad, y ejerce las funciones enumeradas en el artículo 31 del TRLPEMM, el Director es nombrado y separado por mayoría absoluta del Consejo de Administración, a propuesta del Presidente, entre personas con titulación superior, reconocido prestigio profesional y experiencia de, al menos, cinco años en técnicas y gestión portuaria. Es significativo que el artículo 33 del citado texto legal utilice los términos "nombrado y separado", propios de la relación jurídica estatutaria, y no de derecho laboral.

Las funciones del Director están expresamente detalladas en el artículo 32 en los siguientes términos:

"2. Corresponden al Director las siguientes funciones:

- a) La dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, con arreglo a las directrices generales que reciba de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria, así como la elevación al Presidente de la propuesta de la estructura orgánica de la entidad.
- b) La incoación y tramitación de los expedientes administrativos, cuando no esté atribuido expresamente a otro órgano, así como la emisión preceptiva de informe acerca de las autorizaciones y concesiones, elaborando los estudios e informes técnicos sobre los proyectos y propuestas de actividades que sirvan de base a las mismas.
- c) La elaboración y sometimiento al presidente para su consideración y decisión de los objetivos de gestión y criterios de actuación de la entidad, de los anteproyectos de presupuestos, programa de actuaciones, inversión, financiación y cuentas anuales, así como de las necesidades de personal de la entidad”

Por otra parte, si, de conformidad con el artículo 47 del TRLPEMM, “el personal de los organismos públicos portuarios quedará vinculado, con carácter general, a su entidad respectiva por una relación sujeta a las normas de derecho laboral que le sean de aplicación, sin perjuicio de que, para las actividades en que proceda, pueda sujetarse a las normas de derecho civil o mercantil”, la interpretación sistemática del TRLPEMM impide entender que ni el Presidente ni el Director de la Autoridad Portuaria formen parte del personal de la misma que, según lo dicho, queda sometido al Derecho laboral o privado.

El TRLPEMM regula el nombramiento y las funciones del Presidente y del Director de las Autoridades Portuarias en los artículos 31 y 33, incluidos en el Libro Primero (“Sistema portuario de titularidad estatal”), Título I (“Organización y Gestión”), Capítulo II (“Administración portuaria estatal”), Sección 2ª (“Autoridades Portuarias”).

Por el contrario, el “régimen de personal” previsto en el artículo 47 se inserta en un Título diferente, el Título II, referido al “Régimen presupuestario, tributario, patrimonial, de funcionamiento y control” de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, concretamente en el Capítulo IV referido al “Régimen de los recursos humanos”.

El informe A.G. 7/96 concluía señalando respecto de los Presidentes de las Autoridades Portuarias, que tampoco era posible, a la vista del artículo 52.2 de la LPEMM en relación con el artículo 41.1 de la misma, incluir al Presidente de la Autoridad Portuaria en el personal directivo de ésta y, por esta vía, entender que su relación con la citada entidad es una relación de carácter laboral. El precepto citado en primer lugar establecía que “la selección de personal se hará de acuerdo con sistemas basados en los principios de mérito y capacidad, y, con excepción del personal directivo o de confianza, mediante convocatoria pública.” Si, según dicho precepto, el personal “directivo o de confianza” había de ser seleccionado de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, aunque no se aplicara el sistema de convocatoria pública, la selección del referido personal con arreglo a los citados principios (que comportaban la aplicación de ciertos criterios objetivos) difícilmente se conciliaba con el nombramiento o designación del Presidente de la Autoridad Portuaria por el Ministro de Fomento (en el sistema de la antigua LPEMM) y que debía entenderse discrecional del citado Ministro, lo que demostraba la improcedencia de incluir al Presidente de la Autoridad Portuaria en el “personal directivo o de confianza de la Entidad”, en el sentido del artículo 52.2 de la LPEMM.

Dicha argumentación sigue teniendo plena vigencia en la actualidad para el Presidente de la Autoridad Portuaria (hoy nombrado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma según el artículo 31.1 del TRLPEMM), puesto que el artículo 50 del TRLPEMM, si bien con una redacción diferente, tiene el mismo contenido a estos efectos que el antiguo artículo 52.2 de la LPEMM. Y de igual modo ha de entenderse aplicable a la figura del Director de la Autoridad Portuaria, cuya propuesta por el Presidente y nombramiento por el Consejo de Administración también son discrecionales. De hecho, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011 (Ar. 2012\2790) ha confirmado expresamente que, cumplido el requisito de tener una reconocida experiencia en técnicas y gestión portuarias, hay un ámbito de discrecionalidad en el nombramiento del Director de una Autoridad Portuaria.

En definitiva, el informe A.G. 7/96 concluía señalando que, desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de las Autoridades Portuarias y de la configuración de sus Presidentes como órganos de gobierno de dichas Entidades, no era posible calificar como laboral la relación que une al Presidente con la Autoridad Portuaria, por tratarse de una relación jurídico-administrativa o estatutaria. Dicha conclusión ha de mantenerse en la actualidad bajo la vigencia del TRLPEMM y, en la medida en que los Directores de las Autoridades Portuarias son también un órgano (de gestión) necesario y de configuración legal de dichas Entidades, la misma conclusión debe establecerse respecto del vínculo jurídico que une a aquéllos con éstas.

Debe resaltarse que la tesis sostenida por este Centro Directivo en el informe A.G. 7/96 fue posteriormente confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 30 de mayo de 2006 (Ar. 3352), que declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la pretensión del Presidente de una Autoridad Portuaria que, invocando la existencia de un contrato laboral de alta dirección, pretendía el cobro de una indemnización por la extinción de su contrato:

“SEXTO

El estudio de esas cuestiones debe ir precedido de unas consideraciones sobre como aparecen configuradas las Autoridades Portuarias en la regulación que para ellas se establece en la Ley 27/1992 (RCL 1985, 2011, 2156) de la Ley de Puertos del Estado, porque esa configuración es un elemento decisivo para dar respuesta a todas y cada una de dichas cuestiones.

Para ello se va a tener en cuenta la redacción de esa Ley durante los hechos litigiosos, aunque debe precisarse que las modificaciones posteriores no han introducido en esta materia alteraciones sustanciales en la regulación contenida en el texto inicial de dicha Ley.

Como bien destaca la sentencia recurrida, de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de esa Ley 27/1992, las Autoridades Portuarias son Entidades de Derecho Público «con personalidad jurídica y patrimonio propio independientes de los del Estado, y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines»; y, en virtud de lo establecido en el artículo 39, son órganos de gobierno de dichas Entidades Públicas el Consejo de Administración y el Presidente.

A ello debe añadirse que en ese mismo precepto (en esa versión anterior que aquí se está considerando) también se disponía que actuarían «con sujeción al ordenamiento jurídico privado (...) salvo en el ejercicio del poder público que el Ordenamiento les atribuye»; y desarrollarían las funciones asignadas «bajo el principio general de autonomía de gestión, sin perjuicio de las facultades atribuidas a (...) Puertos del Estado y las de tutela y fiscalización que sobre ellas ostente el Ministerio (...)»

SÉPTIMO

La primera consecuencia que resulta de esa configuración legal es que las Autoridades Portuarias, por ser personificaciones de Derecho público diferenciadas de la Administración General del Estado, tienen la consideración de Administraciones públicas en virtud de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJ-PAC –, y las actuaciones externas que realizan sus órganos, en el ejercicio de potestades públicas, son actos administrativos referibles a dichas Administraciones diferenciadas y no a la Administración del Estado.

La segunda consecuencia es que la relación existente entre las personas individuales que ostentan la titularidad de los órganos de las Autoridades Portuarias, en cuanto a su inicio y terminación y en cuanto a su contenido, está agotada en la regulación de Derecho Público que les es de aplicación. Es por ello, como también con acierto subraya la sentencia recurrida,

una relación estatutaria que no puede ser objeto de modificación mediante decisiones de los órganos de dichas Entidades.

La tercera consecuencia es que el vínculo existente entre esas personas individuales que acaban de mencionarse y las Autoridades Portuarias es una relación de integración orgánica, es decir, de habilitación para encarnar los órganos que según el ordenamiento jurídico han de exteriorizar la voluntad que corresponde a dichas Entidades en su condición personas jurídicas diferenciadas.

La cuarta consecuencia es que el espacio de actuación en régimen de Derecho privado que legalmente tienen reconocido las Autoridades Portuarias está referido a las actividades económicas que, en similitud con las que realizan sujetos o entidades particulares, pueden desarrollar junto a la actividad estrictamente administrativa que tienen que llevar a cabo en su condición de Entes públicos; y, paralelamente, que el régimen estatutario, de Derecho Público, establecido respecto de quienes ostentan la titularidad de sus órganos, no es susceptible de modificación mediante contratos de Derecho privado.

(...)

NOVENO

(...)

Es de ratificar, como en realidad ya se ha hecho, todo lo que la sentencia recurrida vino razonar sobre la naturaleza estatutaria, regida en su totalidad por el Derecho Administrativo, que corresponde a la relación existente entre la Autoridad Portuaria y la persona que ostenta en ella el cargo de Presidente; y sobre la exclusión de vínculo laboral que, con la cita de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), la Sala de Galicia declaró respecto de dicha relación para justificar que lo planteado sobre ella corresponde al ámbito de conocimiento del orden Contencioso-Administrativo.

(...)

DÉCIMO

El razonamiento que se ha venido desarrollando conviene también completarlo con unas consideraciones finales que sirven para reafirmarlo y están representadas por lo que continúa. Que toda vinculación profesional con una Administración pública, que comporte derechos o indemnizaciones propias de una relación de esa naturaleza, tiene que ir precedida de un proceso selectivo regido por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución). Que la exclusión de esas exigencias constitucionales, a través de la libre designación, se justifica en los cargos de confianza política. Y que esa misma confianza política es la que aconseja que el cese sea igualmente libre y no pueda ser coartado con gravámenes económicos para la Hacienda Pública.”

Por último, debe destacarse que la Instrucción 1/2012 de este Centro Directivo ratificó el criterio de la naturaleza estatutaria de la relación que une al Presidente de la Autoridad Portuaria con dicha Entidad, con cita de la mencionada sentencia del Tribunal Supremo y de otras resoluciones dictadas por Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia.

Dicho criterio, en la medida en que, como se ha venido razonando en este informe, parte de la consideración del Presidente de la Autoridad Portuaria como titular de un órgano legalmente establecido de dicha Entidad Pública, es igualmente aplicable al Director, también calificado expresamente como órgano de dicha entidad por el artículo 29 del TRLPEMM.

No ignora este Centro Directivo que, respecto de la figura de los Directores, se han dictado recientemente por algunos órganos de la jurisdicción social sentencias que parten de la naturaleza laboral de su vinculación con la respectiva Autoridad Portuaria. Deben destacarse en este sentido las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de junio de

2013 (Ar. AS\2013\2093) y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de octubre de 2015 (Ar. JUR\2015\267443). No obstante, este Centro Directivo respetuosamente discrepa de dicho criterio, por las razones que se exponen a continuación.

La sentencia citada del Tribunal Superior de Galicia no argumenta las razones por las que excluye del ámbito estatutario la relación del Director con la Autoridad Portuaria, pero sí lo hace en detalle la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que distingue entre la figura del Director de la Autoridad Portuaria y la del Presidente.

Respecto del Director, considera que su relación con la Autoridad Portuaria es laboral, no sólo porque entre las partes se concertara en su día un contrato laboral de alta dirección sometido al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, sino porque la figura resulta incardinable en lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto refundido ha sido recientemente aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, formando, por tanto, parte del “personal” de la Autoridad Portuaria regulado en los artículos 47 a 51 del TRLPEMM .

Por contraposición, respecto del Presidente argumenta lo siguiente:

“Cuestión distinta es el estatuto jurídico de las personas individuales que ostentan la titularidad de los órganos de esos organismos portuarios, cual es el caso del Presidente de la Autoridad Portuaria a quien, conforme se señala en el artículo 31. 2 a) de la LPEMM le corresponde “representar de modo permanente a la Autoridad Portuaria y a su Consejo de Administración en cualesquiera actos y contratos y frente a toda persona física o jurídica, ya sea pública o privada, en juicio y fuera de él, sin perjuicio de las facultades de apoderamiento propias del Consejo de Administración”. Advierte en este sentido la STS – Sala III de 30 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3352) que en tal caso el vínculo existente entre esas personas individuales que ostentan el cargo de Presidente y la Autoridad Portuaria es una relación de integración orgánica, es decir, de habilitación para encarnar los órganos que según ordenamiento jurídico han de exteriorizar la voluntad que corresponde a dichas entidades en su condición de personas jurídicas diferenciadas, afirmando que el suyo es un régimen estatutario, de Derecho Público, no susceptible de modificación mediante contratos de derecho privado”.

Pues bien, considera este Centro Directivo que entre el Presidente y el Director de la Autoridad Portuaria no se aprecia la existencia de una “cuestión distinta,” como indica la citada sentencia, sino más bien lo contrario, es decir, una identidad de razón que justifica la aplicación a ambos del mismo régimen estatutario, toda vez que el Director es, como también lo es el Presidente, “una persona individual que ostenta la titularidad de un órgano del organismo portuario”, por utilizar la terminología de la sentencia. Recuérdese que el artículo 29 del TRLPEMM, bajo la rúbrica expresa de “Órganos,” establece la existencia en las Autoridades Portuarias de una serie de órganos de carácter necesario y funciones legalmente predeterminadas, entre los que se encuentran, como órgano unipersonal “de gobierno” el Presidente, y como órgano unipersonal “de gestión” el Director, figuras ambas reguladas en detalle en Título y Capítulo distinto del “personal” de las Autoridades Portuarias, como detalladamente se ha venido exponiendo en este informe.

Ello atribuye necesariamente un vínculo jurídico-administrativo o estatutario al Director de la Autoridad Portuaria, no resultando, por tanto, incardinable en el artículo 13 del EBEP (referido al personal directivo profesional de la Administración Pública) ni pudiendo ser objeto del contrato laboral de alta dirección al que se refiere el apartado 4 de dicho precepto. El apartado 2 del citado artículo 13 establece, además, respecto de dicho personal directivo, que su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia, principios que no se aplican al nombramiento del Director de la Autoridad Portuaria, que, como ha quedado expuesto en el presente informe, tiene carácter discrecional, según confirmó la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011 (Ar. 2012\2790).

Debe destacarse que el apartado 4 del citado artículo 13 confirma la posibilidad de que exista en el ámbito de las Administraciones Públicas personal directivo sin vinculación laboral. Dicho apartado 4 establece que “cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral especial de alta dirección”. De la interpretación literal de este precepto se desprende claramente que dicho personal directivo puede ser laboral o no laboral, sin perjuicio de que en el caso de que sea laboral deba necesariamente contar con un contrato de alta dirección. El precepto sanciona expresamente, por tanto, la posibilidad de que exista personal directivo sujeto a una relación de derecho estatutario

Por todo lo expuesto debe concluirse que tanto el Presidente como el Director de las Autoridades Portuarias, en su condición de titulares de un órgano necesario de dichas Entidades Públicas, mantienen con éstas una relación de carácter jurídico-administrativo o estatutario, no susceptible de ser modificada por contratos entre las partes.

- II -

La segunda cuestión sometida a consulta de este Centro Directivo es si, siendo estatutaria o jurídico-administrativa la relación entre la Autoridad Portuaria y su Director, resulta de aplicación el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y otras entidades.

Dicho Real Decreto tiene por objeto, según su artículo 1, regular el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades del sector público estatal, garantizando los principios de austeridad, eficiencia y transparencia en su gestión. La norma establece el régimen de contratación a que han de someterse los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y demás entidades incluidas en su ámbito de aplicación (contrato mercantil en el primer caso, y laboral de alta dirección, en el segundo), así como el régimen a que han de ajustarse sus retribuciones.

Si bien las Autoridades Portuarias quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto conforme a lo dispuesto en su artículo 2 (“ El presente real decreto será de aplicación al sector público estatal integrado por las entidades previstas en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, a excepción de la letra d) del mismo apartado del citado artículo”), los cargos de Presidente y de Director de las mismas se encuentran subjetivamente exceptuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2, que establece que “No tendrán la consideración de máximo responsable o directivo quienes estén vinculados a la entidad por relación funcional”, concepto este último en el que, sin duda, queda comprendida la relación estatutaria o funcional.

Dado que el vínculo que une a los Presidentes y a los Directores de las Autoridades Portuarias con dichas entidades es de carácter jurídico-público o estatutario (equiparable, a los efectos del citado artículo 3.2, a una “relación funcional”), debe concluirse que los mismos no entran dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 451/2012.

- III -

Si bien se ha dado respuesta ya a los dos concretas cuestiones sometidas a consulta por Puertos del Estado, este Centro Directivo no puede desconocer el contexto en que dicha consulta se plantea, según se desprende del texto mismo del escrito de consulta y de los documentos que se adjuntan, y que está íntimamente relacionado con la aplicabilidad o no a los Directores de las Autoridades Portuarias de lo dispuesto en el artículo 21 tres de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (en adelante, LPGE 2016), que establece lo siguiente:

“Artículo 21. Retribuciones de los Altos Cargos del Gobierno de la Nación, de sus Órganos consultivos, de la Administración General del Estado y otro personal directivo.

(...)

Tres. En 2016 las retribuciones de los Presidentes de las Agencias estatales, los Presidentes y Vicepresidentes de las entidades públicas empresariales y demás entes públicos o, en su caso, los Directores Generales y Directores de los citados organismos, cuando les corresponda el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel, se incrementarán en un máximo de un 1 por ciento respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2015. Corresponde al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas la fijación de dichas retribuciones, sin que puedan superarse los límites máximos previstos en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades y en las órdenes dictadas en aplicación del mismo, sobre los que se aplicará un incremento del 1 por ciento.”

De los documentos remitidos a este Centro Directivo se desprende la existencia de una discrepancia entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, y Secretaría de Estado de Hacienda) y Puertos del Estado sobre la interpretación que haya de darse a este precepto y, en concreto, sobre su aplicabilidad a los Directores de las Autoridades Portuarias.

Dicha discrepancia parece centrarse en la determinación de si los Directores de las Autoridades Portuarias tienen derecho al incremento del 1 por ciento en sus retribuciones por tener la consideración de altos cargos, como sostiene Puertos del Estado, o si “la normativa presupuestaria, la LPGE 2016, está redactada de manera que si afirma la condición de alto cargo de los Presidentes excluye que lo sean los Directores de las Autoridades Portuarias”.

El análisis de la cuestión controvertida debe realizarse partiendo del distinto ámbito de aplicación de la normativa reguladora de los altos cargos y de la normativa presupuestaria, como inmediatamente se expondrá.

- IV -

Abordando, en primer lugar, la cuestión relativa a si los Directores de las Autoridades Portuarias tienen o no la consideración de altos cargos, debe destacarse que este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la misma en anteriores informes (ref.: A.G. Entes Públicos 58/06, y A.G. Entes Públicos 43/11), concluyendo que tanto el Presidente como el Director de las Autoridades Portuarias tienen la consideración de altos cargos.

Ambos informes fueron emitidos bajo la vigencia de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, y en ellos se argumentó que tanto el Presidente como el Director de las Autoridades Portuarias debían entenderse incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 3. 2 e) de dicha Ley, que consideraba altos cargos al “director del Ente Público Radio televisión Española; los presidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los presidentes y directores con rango de director general de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social”.

La citada ley ha sido expresamente derogada por la vigente Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, que ratifica de forma expresa y nominatim en su artículo 1. 2 la condición de altos cargos de los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias:

“A los efectos previstos en esta ley, se consideran altos cargos:

- d) Los Presidentes, los Vicepresidentes, los Directores Generales, los Directores ejecutivos y asimilados en entidades del sector público estatal, administrativo, fundacional o empresarial, vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que tengan la condición de máximos responsables y cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los Presidentes y Directores con rango de Director General de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social; los Presidentes y Directores de las Agencias Estatales, los Presidentes y Directores de las Autoridades Portuarias y el Presidente y el Secretario General del Consejo Económico y Social

La Ley 3/2015 regula en el Título I el nombramiento y el ejercicio del alto cargo (nombramiento, ejercicio del alto cargo, régimen retributivo, protección social, compensación tras el cese, incompatibilidad de retribuciones, recursos humanos y materiales, diligencia debida respecto de las actuaciones a los altos cargos y obligación de formación), y en el Título II el régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades.

Es de destacar, a los efectos de este informe, que el artículo 4 se refiere al régimen retributivo de los altos cargos en los siguientes términos:

“1. Las retribuciones de los altos cargos serán públicas en los términos previstos por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y se fijarán de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso y dentro de los límites previstos en el presupuesto que les resulte aplicable.”

Del precepto transcrito se desprende que la Ley 3/2015 no contiene una regulación detallada de un régimen retributivo que haya de ser común a todos los altos cargos, sino que se remite “a la normativa aplicable en cada caso”, debiendo fijarse las correspondientes retribuciones “dentro de los límites previstos en el presupuesto que les resulte aplicable”.

Esa remisión es la que exige tener en cuenta en este punto lo dispuesto en el artículo 21 tres de la LPGE 2016 que, como se ha dicho, establece que “En 2016 las retribuciones de los Presidentes de las Agencias estatales, los Presidentes y Vicepresidentes de las entidades públicas empresariales y demás entes públicos o, en su caso, los Directores Generales y Directores de los citados organismos, cuando les corresponda el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel, se incrementarán en un máximo de un 1 por ciento respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2015”.

Si bien dicho precepto se inserta en un artículo que lleva por rúbrica genérica “Retribuciones de los Altos Cargos del Gobierno de la Nación, de sus Órganos consultivos, de la Administración General del Estado y otro personal directivo”, del tenor literal del mismo se desprende que el derecho al incremento retributivo del 1% no se atribuye a todo alto cargo por el mero hecho de serlo conforme a la Ley 3/2015, sino sólo a quienes, ostentando alguno de los cargos que concretamente se especifican en el artículo 21 tres de la LPGE 2016, “les corresponda el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel”.

Y, en el caso concreto de que en una Entidad coexistan un Presidente y un Director, con independencia de que ambos sean altos cargos conforme a la Ley 3/2015, sólo tendrá derecho al incremento retributivo del 1 por ciento aquél a quien corresponda el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel, atendida la expresión “o, en su caso”.

Dicho de otro modo, no es que a los efectos de la LPGE 2016 sólo tenga la consideración de alto cargo el Presidente o el Director (pues esa condición la define de forma autónoma la Ley 3/2015), sino que se considera que sólo a uno de ellos le corresponde el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel y, por tanto, sólo uno de ellos tiene derecho al incremento retributivo del 1 por ciento.

En el caso concreto de las Autoridades Portuarias la determinación de a quién corresponde el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel exige analizar las funciones que el TRLPEMM atribuye tanto al Presidente como al Director.

Una primera aproximación a esta cuestión viene dada por el artículo 29 del TRLPEMM, que define al Presidente como un órgano “de gobierno”, junto con el Consejo de Administración, mientras que atribuye al Director el carácter de órgano “de gestión”, lo que permite ya adelantar que es éste y no aquél a quien se atribuyen las “funciones ejecutivas” de la entidad, pues la “gestión” implica “ejecutar” o poner en práctica en el día a día de la entidad las directrices emanadas de los órganos de gobierno.

Esta primera aproximación se confirma atendiendo a la descripción que el TRLPEMM hace de las concretas funciones del Presidente y del Director.

Así, el artículo 31 enumera las funciones del Presidente en los siguientes términos:

“2. Corresponden al Presidente las siguientes funciones:

- a) Representar de modo permanente a la Autoridad Portuaria y a su Consejo de Administración en cualesquiera actos y contratos y frente a toda persona física o jurídica, ya sea pública o privada, en juicio y fuera de él, sin perjuicio de las facultades de apoderamiento propias del Consejo de Administración.
- b) Convocar, fijar el orden del día, presidir y levantar las reuniones del Consejo de Administración, dirigiendo sus deliberaciones. (...)
- c) Establecer directrices generales para la gestión de los servicios de la entidad.
- d) Velar por el cumplimiento de las normas aplicables a la Autoridad Portuaria y de los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración.
- e) Presentar al Consejo de Administración el Plan de Empresa, con los objetivos de gestión y criterios de actuación de la entidad, así como los proyectos de presupuestos, de programa de actuación, inversiones y financiación y de cuentas anuales.
- f) Disponer los gastos y ordenar, mancomunadamente con el Director los pagos o movimientos de fondos.
- g) Ejercer las facultades especiales que el Consejo de Administración le delegue.
- h) Las demás facultades que le atribuye la presente ley.”

El Presidente de la Autoridad Portuaria ejerce, como se desprende del precepto transcrito, funciones sobre todo de tipo representativo, de fijación de directrices generales, de ordenación de las sesiones del Consejo de Administración, y de vigilancia del cumplimiento de normas.

Por el contrario, la descripción de las funciones del Director que contiene el artículo 33.2, especialmente las establecidas en la letra a), permiten afirmar que es a éste a quien corresponde el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel de la entidad:

“2. Corresponden al Director las siguientes funciones:

- a) La dirección y gestión ordinaria de la entidad y de sus servicios, con arreglo a las directrices generales que reciba de los órganos de gobierno de la Autoridad Portuaria, así como la elevación al Presidente de la propuesta de la estructura orgánica de la entidad.
- b) La incoación y tramitación de los expedientes administrativos, cuando no esté atribuido expresamente a otro órgano, así como la emisión preceptiva de informe acerca de las autorizaciones y concesiones, elaborando los estudios e informes técnicos sobre los proyectos y propuestas de actividades que sirvan de base a las mismas.
- c) La elaboración y sometimiento al presidente para su consideración y decisión de los objetivos de gestión y criterios de actuación de la entidad, de los anteproyectos de presupuestos, programa de actuaciones, inversión, financiación y cuentas anuales, así como de las necesidades de personal de la entidad.”

Analizadas las funciones que la ley atribuye a los Presidentes y a los Directores de las Autoridades Portuarias debe concluirse razonablemente que las funciones ejecutivas de

máximo nivel se ejercen en la respectiva entidad por los Directores, por lo que, según el tenor literal del artículo 21 de la LPGE, a éstos corresponde percibir el incremento retributivo del 1%.

- V -

Los Directores de las Autoridades Portuarias, en la medida en que la ley les atribuye el ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel, están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 21 de la LPGE de 2016, cuyo segundo inciso establece lo siguiente:

“Corresponde al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas la fijación de dichas retribuciones, sin que puedan superarse los límites máximos previstos en el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades y en las órdenes dictadas en aplicación del mismo, sobre los que se aplicara un incremento del 1 por ciento”

Debe destacarse que la remisión que realiza el precepto transcrito al Real Decreto 451/2012 no ha de considerarse contradictoria con la conclusión II de este informe, en la que se indica que, dado que el vínculo que une a los a los Directores de las Autoridades Portuarias con dichas entidades es de carácter jurídico-público o estatutario debe concluirse que los mismos no entran dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 451/2012.

El artículo 21 de la LPGE se remite al Real Decreto 451/2012 a los meros efectos de fijar un límite cuantitativo máximo a las retribuciones de los cargos que menciona, tomando como referencia los indicados en dicha norma reglamentaria, pero sin que esa remisión implique que dichos cargos estén, o pasen a estar, incluidos en el ámbito de aplicación del mismo ni que se les aplique el régimen sustantivo que establece. Así se desprende del tenor literal del artículo 21 de la LPGE, que, al establecer la competencia del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para fijar las correspondientes retribuciones, añade el inciso “sin que puedan superarse los límites máximos previstos en el Real Decreto 451/2012”

Dicha conclusión viene a ser confirmada por el hecho de que los Presidentes de las Agencias estatales a los que se refiere en primer lugar el artículo 21 de la LPGE 2016 tienen claramente una relación estatutaria (según el artículo 9 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, son nombrados y separados por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de adscripción), estando excluidos del Real Decreto 451/2012 según su artículo 3.2, lo que no impide que el máximo de sus retribuciones tenga el límite máximo establecido en dicha norma reglamentaria por remisión expresa de la LPGE 2016, y lo propio cabe decir de los Presidentes de las entidades públicas empresariales y demás entidades públicas, pues son nombrados y separados mediante el correspondiente acto administrativo (casi siempre por el Consejo de Ministros a propuesta del titular del Departamento ministerial de adscripción o vinculación).

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.- Los Presidente y los Directores de las Autoridades Portuarias, en su condición de titulares de un órgano necesario de dichas Entidades Públicas, mantienen con éstas una relación de carácter jurídico-administrativo o estatutario, no susceptible de ser modificada por contratos entre las partes.

Segunda.- Los Presidentes y los Directores de las Autoridades Portuarias están excluidos del ámbito de aplicación del Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el

régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, conforme a lo dispuesto en su artículo 3.2.

Tercera.- Los Presidentes y los Directores de las Autoridades Portuarias tienen la condición de altos cargos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.2 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Cuarta.- El incremento retributivo del 1% establecido en el artículo 21. Tres de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016 se establece con carácter alternativo y excluyente para los Presidentes y Vicepresidentes de los entes públicos o, en su caso, para los Directores Generales y Directores de los citados organismos, debiendo atenderse al criterio del ejercicio de las funciones ejecutivas de máximo nivel.

Quinta.- En las Autoridades Portuarias las funciones ejecutivas de máximo nivel se ejercen por los Directores de las mismas, según se desprende de los artículos 29 c) y 33 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.

**VIII.- RÉGIMEN
DE PLANIFICACIÓN
Y CONSTRUCCIÓN
DE LOS PUERTOS
DE INTERÉS GENERAL**

VIII.- RÉGIMEN DE PLANIFICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LOS PUERTOS DE INTERÉS GENERAL

83.- Informe sobre determinadas cuestiones planteadas entre una Autoridad Portuaria y la Jefatura Provincial de Costas con motivo de la ejecución de las obras de ampliación de un puerto

Resumen

Consulta sobre determinadas cuestiones planteadas entre una Autoridad Portuaria y la Jefatura Provincial de Costas con motivo de la ejecución de las obras de ampliación de un puerto. Examen de dichas cuestiones a la luz de las Leyes 27/92, de Puertos del Estado (LPMM), 22/88, de Costas (LC) y normas complementarias. Conclusiones: 1ª) La construcción de un nuevo puerto de competencia estatal exige el cumplimiento de los requisitos del art. 20 LPMM y la constitución de la oportuna reserva demanial sobre las superficies del dominio público marítimo-terrestre (DPMT) en que se haya de ubicar el puerto, pero no requiere la previa aprobación del plan de utilización de espacios portuarios (PUEP); 2ª) La ejecución de obras de ampliación de un puerto que se realicen sobre la zona de servicio portuario sólo precisa el cumplimiento de los requisitos del art. 21, apartados 1 y 2, de la LPMM; 3ª) Para la ejecución de obras de ampliación de un puerto que se realicen en espacios no comprendidos en la zona de servicio portuario y que formen parte del DPMT podrá acudir, alternativamente, a la previa aprobación del PUEP o a la constitución de la oportuna reserva demanial sobre la superficie en que hayan de ejecutarse las obras; 4ª) La superficie de agua marítima en que han de realizarse las obras de dragado a que se refiere la consulta debe entenderse comprendida en la Zona II del puerto, por lo que las referidas obras no precisan ningún título específico de ocupación del DPMT; 5ª) No se aprecian motivos para incoar expediente sancionador al amparo de la LC por la ocupación de la superficie aludida para la ejecución de las obras en cuestión, aunque sí es necesaria la obtención del oportuno título para ocupar parte de una playa y de agua marítima no comprendida en la Zona II del Puerto. Referencia a la STC 40/98, que declaró inconstitucionales los arts. 21.4 y 62.2 de la LPMM por no prever intervención alguna de las CCAA en defensa de su competencia de protección del medio ambiente (Fundamento Jurídico IV del informe).

Ref.: A.G. MEDIO AMBIENTES 1/99

Fecha: 3 de marzo de 1999

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del Informe

La Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.E. sobre determinadas cuestiones suscitadas con motivo de la ejecución de las obras del proyecto denominado "Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril" y, en relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, tiene el honor de informar cuanto sigue:

ANTECEDENTES

1ª) Por resolución de 6 de julio de 1998, el Director de la Autoridad Portuaria de Almería-Motril aprobó el proyecto denominado "Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril". El referido proyecto, recogido en el "Plan de Empresa 99 de la Autoridad Portuaria de Almería-Motril" e informado favorablemente por el Departamento Técnico del Centro de Calidad de Proyectos y Obras del Ente público "Puertos del Estado" el 23 de junio de 1998, constituye la primera fase del proyecto "Ampliación del Puerto de Motril, Prolongación del

Dique de Poniente y Nueva Dársena de Levante”, cuya preceptiva evaluación de impacto ambiental concluyó con resolución de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental del Ministerio de Medio Ambiente de 26 de marzo de 1998 (BOE nº 112, de 11 de mayo de 1998), que declaró el proyecto últimamente citado ambientalmente viable con determinadas condiciones.

2º) Adjudicadas las obras del proyecto “Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril” por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Almería-Motril de 20 de octubre de 1998 y dispuesta su iniciación por resolución de la citada Autoridad Portuaria de 21 de diciembre siguiente, la Dirección General de Costas acordó, por resolución de 4 de enero de 1999, ordenar al Jefe del Servicio Periférico de Costas de Granada la incoación de expediente sancionador contra la reiterada Autoridad Portuaria, la empresa constructora de las obras, el Director Técnico de las mismas y la empresa armadora del buque draga, por entender que las obras, consistentes, según se dice en la mencionada resolución, en “obras de dragado de áridos, mediante buque draga, en las proximidades del Puerto de Motril, mediante la impulsión del material desde el barco-draga a través de una tubería de un metro de diámetro y una longitud de unos seiscientos metros, ubicada en el mar y en la Playa de las Azucenas, espacios pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre”, carecen de título que habilite la ocupación del dominio público marítimo-terrestre, al no haber obtenido la pertinente autorización ni concesión, ni haberse aprobado el Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Motril (al que se opuso la propia Dirección General de Costas en sus informes de 7 de febrero de 1995 y 13 de febrero de 1997), así como por estar prohibidas las extracciones de áridos para la construcción. La referida resolución califica los hechos como constitutivos de las infracciones graves previstas en los apartados a), b) e i) del artículo 90 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

3º) La Autoridad Portuaria de Almería-Motril formuló, mediante escrito de 5 de enero de 1999, alegaciones al aludido acuerdo de incoación de procedimiento sancionador y paralización de las obras, alegando, en síntesis, lo siguiente:

- 1.- Las obras de dragado se realizan en la Zona II de la zona de servicio del Puerto de Motril y, por tanto, en aguas comprendidas en el dominio público portuario, cuya gestión corresponde a la Autoridad Portuaria de Almería-Motril.
2. Por tratarse de obras efectuadas en la referida zona y resultar competente la Autoridad Portuaria para autorizar su realización, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 62.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la autorización de las reiteradas obras tuvo lugar por resolución de la mencionada Autoridad Portuaria de 21 de diciembre de 1998.
- 3.- Como consecuencia de lo anterior, compete únicamente a la Autoridad Portuaria de Almería-Motril acordar la suspensión de las obras, por lo que, no concurriendo los requisitos precisos para ello, no procede disponer la paralización de aquéllas.

En el referido escrito la Autoridad Portuaria de Almería-Motril reitera la solicitud de la oportuna autorización para la ocupación de la zona de servidumbre de tránsito y dominio público marítimo-terrestre para instalar la tubería de impulsión del material procedente del dragado por el tiempo mínimo indispensable para finalizar las obras de dragado.

4º) El 7 de enero de 1999 tuvieron entrada en la Subdelegación del Gobierno de Granada dos peticiones formuladas por la Jefatura Provincial de Costas y la Autoridad Portuaria de Almería-Motril en las que se solicita, respectivamente, el auxilio de las Fuerzas de Seguridad del Estado para la paralización de las obras y el auxilio de las mismas fuerzas para su continuación. La mencionada Subdelegación del Gobierno, ante la complejidad de la situación y las dudas planteadas sobre qué petición habría de atenderse, solicitó informe a la Abogacía del Estado de la provincia de Granada, que consideró que “ante el nivel jerárquico de alguno de los organismos implicados (Dirección General de Costas),

el informe debe ser solicitado, por conducto del Excmo. Sr. Delegado del Gobierno en Andalucía, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado”.

- 5º) De acuerdo con lo indicado por la Abogacía del Estado de la provincia de Granada, el Delegado del Gobierno en Andalucía recaba el parecer de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Con posterioridad a la solicitud de informe del mencionado Delegado del Gobierno, han tenido entrada en este Centro Directivo, además de diversa documentación remitida por la Dirección General de Costas y el Ente público “Puertos del Estado”, un informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento, fechado el 3 de febrero de 1999, y una nota elaborada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente, fechada el 8 de febrero de 1999, en los que se exponen los criterios de uno y otro Departamento ministerial sobre las cuestiones reseñadas en los antecedentes 2º y 3º.
- 6º) A la vista de la consulta, informe, nota y demás documentación aludida en los apartados anteriores, los extremos sobre los que se interesa el parecer de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado y que se examinan en el presente informe son, en esencia, los siguientes:
1. Posibilidad de que se construyan nuevos puertos de competencia estatal, o de que se ejecuten obras de ampliación o modificación de los existentes sin la previa aprobación del Plan de Utilización de Espacios Portuarios.
 2. Localización de las obras de dragado precisas para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril” en el dominio público portuario (Zona II del citado puerto) o en el dominio público marítimo-terrestre y consecuencias que se deriven de una u otra localización.
 3. Régimen aplicable a las obras de dragado reseñadas en el antecedente 2º, a la vista de las previsiones de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La adecuada resolución de las cuestiones suscitadas como consecuencia de la ejecución del proyecto denominado “Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril” y de las obras de dragado precisas para el asentamiento de los cajones del referido dique exige hacer una consideración previa sobre la relación entre el dominio público portuario y el dominio público marítimo-terrestre.

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 considerará 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”. Esta afectación de bienes de

dominio público marítimo-terrestre a la prestación del servicio público portuario, y, por tanto, la conversión de dichos bienes en bienes del dominio público portuario tiene, como se dice en un informe de este Centro Directivo de 7 de abril de 1998 (Ref.: A.G. Medio Ambiente 1/98), dos importantes consecuencias: 1) Los referidos bienes, en tanto se mantengan afectos a la prestación del servicio público portuario, no siguen el régimen jurídico establecido en la LC, sino el régimen establecido por la LPMM para el dominio público portuario, tal y como establece el artículo 4.11 de la LC (“.. los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal, que se regirán por su legislación específica”); y 2) Los mencionados bienes, una vez que queden desafectados del servicio público portuario, perderán su condición de bienes de dominio público portuario, resurgiendo su condición de bienes de dominio público marítimo-terrestre y siguiendo, tras su desafectación, el régimen jurídico establecido en la LC, como lo viene a confirmar el artículo 49.4, párrafo segundo, de la LPMM (“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 por dicha Ley”).

Ahora bien, la afectación de los bienes del demanio marítimo-terrestre al servicio portuario tiene lugar, según la LPMM, en virtud de un instrumento jurídico concreto, cual es el “plan de utilización de los espacios portuarios” (PUEP) a que se refiere el artículo 15 de dicho texto legal. Partiendo del concepto de puerto marítimo como “conjunto de espacios terrestres, aguas marítimas e instalaciones portuarias que, situados en la ribera del mar o de los ríos, reúnan condiciones físicas, naturales o artificiales y de organización que permitan la realización de operaciones de tráfico portuario” (artículo 2.1 de la LPMM), la concreción de esos espacios de tierra y agua (inicialmente integrados, por su emplazamiento o situación, en el dominio público marítimo-terrestre) constitutivos del puerto y, por tanto, su afectación al uso portuario se efectúa precisamente mediante el correspondiente PUEP. Así, el citado artículo 15 de la LPMM, tras disponer en su apartado 1 que “el Ministerio de Obras Públicas y Transportes (referencia que actualmente debe entenderse hecha al Ministerio de Fomento) delimitará en los puertos de competencia estatal una zona de servicio que incluirá las superficies de tierra y agua necesarias para la ejecución de sus actividades ...”, añade en su apartado 2 que “la delimitación de la zona de servicio se hará, a propuesta de la Autoridad Portuaria, a través de un plan de utilización de los espacios portuarios que incluirá los usos previstos para las diferentes zonas del puerto, así como la justificación de la necesidad o conveniencia de dichos usos”; pues bien, si la concreción o delimitación de esos espacios de tierra y agua viene exigida por ser los mismos necesarios para la prestación del servicio portuario, lo que da lugar a la afectación de aquellos espacios a dicho servicio, esta afectación es expresamente mencionada en el artículo 15.2, párrafo segundo, inciso final, de la propia LPMM, al disponer que “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, así como la afectación al uso portuario de los bienes de dominio público incluidos en la zona de servicio que sean de interés para el puerto”.

Hechas las anteriores consideraciones sobre la relación entre el dominio público portuario y el dominio público marítimo-terrestre, las consecuencias jurídicas que de ello se siguen y el instrumento mediante el cual tiene lugar la afectación de espacios físicos integrantes del dominio público marítimo-terrestre al uso o servicio portuario, procede ya examinar, en primer lugar, a la vista del informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento de 3 de febrero de 1999 y aunque no se trate de una cuestión que se haya suscitado con motivo de la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril”, la posibilidad de construcción de nuevos puertos estatales sin la previa aprobación del PUEP.

A juicio de este Centro Directivo, la resolución de esta cuestión exige considerar no sólo las previsiones que específicamente la LPMM dedica a la construcción de nuevos puertos, sino también las funciones que desempeña el PUEP.

La LPMM dedica a la construcción de nuevos puertos de titularidad estatal su artículo 20. Este precepto exige para la construcción de nuevos puertos de titularidad estatal el cumplimiento de los siguientes requisitos: aprobación del correspondiente proyecto y de los estudios complementarios por el Ministerio de Fomento; sometimiento del proyecto de construcción al procedimiento de declaración de impacto ambiental (Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental y Reglamento para su ejecución aprobado por Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre); informe de los Departamentos ministeriales a que se refiere su apartado 2, párrafo segundo (“Igualmente, se someterán a informe de los Ministerios de Defensa, de Economía y Hacienda, de Industria, Comercio y Turismo sobre los aspectos de sus respectivas competencias, y del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en el caso de que se prevean actividades pesqueras”); y, finalmente, informe de la Comunidad Autónoma respectiva y del Ayuntamiento en cuyo término municipal se sitúe la zona de servicio del futuro puerto en relación con sus competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo, así como informe de la Comunidad Autónoma en relación con sus competencias sobre pesca en aguas interiores y ordenación del sector pesquero.

Pues bien, si la aislada consideración del citado artículo 20 de la LPMM, que es el precepto específicamente dedicado a la construcción de nuevos puertos y que fija detalladamente los requisitos para ello, no ofrece fundamento para entender que deba añadirse a dichos requisitos la aprobación del PUEP, al no establecer esta exigencia, este mismo criterio es el que se deduce de las previsiones que la LPMM establece a propósito del PUEP y, más particularmente, de las funciones del mismo.

El artículo 15 de la LPMM asigna al PUEP dos funciones: en primer lugar, la delimitación de la zona de servicio del puerto, comprensiva de las superficies de tierra y agua necesarias para la ejecución de las actividades portuarias, con la consiguiente afectación al dominio público portuario de los bienes integrados en aquella zona; en segundo lugar, la ordenación portuaria no urbanística de la zona de servicio mediante la asignación de usos para las distintas zonas del puerto (zonas de uso portuario comercial o industrial, pesquero, deportivo, etc.). Pues bien, la efectiva delimitación de la zona de servicio y la ordenación portuaria de esta zona, que se traduce, según lo dicho, en la asignación de usos para sus diferentes áreas son funciones que, por su propio contenido y por tener que operar sobre una realidad física concreta a la que quedan referidas el puerto sólo podrán realizarse una vez concluida la construcción del propio puerto. No es lógico que antes de que el nuevo puerto sea una realidad física se trate de delimitar las superficies de tierra y agua que constituyen la zona de servicio y asignar a las distintas áreas de esa zona usos portuarios cuando dicha zona y sus diferentes áreas han de venir determinadas por la configuración definitiva del puerto, es decir, por el resultado de las obras de construcción del mismo. Debe, pues, entenderse, en opinión de este Centro, que la construcción de un puerto no precisa, a la vista de lo dispuesto por el artículo 20 de la LPMM y de las funciones que este texto legal asigna al PUEP, la previa aprobación de un plan de esta clase.

Si, por las consideraciones que anteceden, la construcción de un nuevo puerto sólo queda sometida al cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 20 de la LPMM, sin que exija la aprobación previa del PUEP, queda por examinar lo relativo a la ocupación de los espacios de tierra y aguas marítimas que formen parte del dominio público marítimo-terrestre y sobre los que se asentará el nuevo puerto.

No prevé la LPMM que la aprobación del proyecto de construcción lleve implícita una habilitación para la ocupación de los espacios del dominio público marítimo-terrestre sobre el que haya de construirse el futuro puerto, pues el artículo 22.1 de dicho texto legal sólo dispone, como efecto implícito de la aprobación técnica de los proyectos, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y adquisición de los derechos a los fines de expropiación forzosa y ocupación temporal, previsión que no puede entenderse referida a las dependencias del dominio público marítimo-terrestre, pues la naturaleza y régimen jurídico del mismo excluye el ejercicio de la potestad expropiatoria. Así las cosas, ha de entenderse que la ocupación del

área del dominio público marítimo-terrestre sobre el que ha de asentarse el futuro puerto ha de tener lugar en virtud de un título que, tratándose de puertos de competencia estatal, no puede ser otro que el de la oportuna reserva demanial a que se refieren los artículos 47 y 48 de la LC, al concurrir las notas definidoras de esta figura. En efecto, si la reserva demanial consiste en la facultad que ostenta la Administración titular del dominio público de utilizar con carácter privativo una parte de éste para el cumplimiento de fines de su competencia, sustrayéndola de esta manera del uso general a que estaba destinada naturalmente, así como del uso especial o privativo por terceros, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para la construcción de un nuevo puerto implica la sustracción de la parte ocupada del uso general, así como de aquellos usos especiales y privativos aludidos, y, en segundo lugar, que la ocupación del referido dominio la efectúa la Administración titular del mismo Administración del Estado y para un fin de su competencia, cual es la construcción de un puerto de titularidad estatal y la subsiguiente prestación del servicio portuario de su competencia. No desvirtúa el anterior criterio la circunstancia de que la gestión del puerto y la prestación del servicio portuario se efectúe por una entidad pública Autoridad Portuaria con personalidad jurídica propia e independiente de la de la Administración del Estado, puesto que se trata de una entidad instrumental de la aludida Administración que no altera ni la titularidad estatal del puerto (así, los artículos 14.2, 35.6 y 53 de la LPMM aluden a “puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal”; “construcción de un nuevo puerto de titularidad estatal”; y “dominio público portuario estatal”, respectivamente) ni la competencia estatal sobre el mismo (el artículo 10 de la LPMM dispone que “corresponde a la Administración del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.20ª de la Constitución, la competencia exclusiva sobre los puertos de interés general, clasificados de acuerdo con lo previsto en la presente Ley”). El referido carácter instrumental de las Autoridades Portuarias respecto a la Administración del Estado queda puesto de manifiesto en el régimen de creación de la Autoridad Portuaria que vaya a gestionar un puerto de nueva construcción (creación de la nueva entidad mediante Real Decreto aprobado en Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Fomento, oído el Ministerio de Administraciones Públicas y previo informe de la Comunidad Autónoma: artículo 35.6 de la LPMM).

Por lo demás, la funcionalidad de la reserva demanial viene determinada por el fin a que se ordena. Constituida la reserva y hasta la conclusión de las obras de construcción del nuevo puerto, las superficies de tierra y aguas marítimas en las que se realicen las obras ostentan aún la condición de pertenencias del dominio público marítimo-terrestre cuya ocupación queda habilitada por el referido título. Una vez que haya concluido la construcción del puerto y, más precisamente, una vez delimitada la zona de servicio del mismo mediante el oportuno PUEP, la reserva demanial se habrá consumado y las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre ocupadas por el nuevo puerto pasarán a integrarse en el dominio público portuario, superponiéndose esta última calificación jurídica a la inicial condición de dominio público marítimo-terrestre, con las consecuencias que de ello se derivan y a las que más arriba se ha hecho referencia.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho, la construcción de un nuevo puerto del Estado exige, por una parte, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 20 de la LPMM y, por otra, la constitución de la oportuna reserva demanial sobre aquellas superficies de tierra y aguas marítimas comprendidas en el dominio público marítimo-terrestre en las que haya de ubicarse el nuevo puerto, con la finalidad y funcionalidad indicadas, sin que se requiera la previa aprobación del PUEP.

- II -

En segundo lugar procede examinar, a la vista de las cuestiones que se tratan en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento de 3 de febrero de 1999 y en la nota que se acompaña al escrito del Secretario General Técnico del Ministerio de Medio

Ambiente de 8 de febrero de 1999, si la realización de obras de ampliación de un puerto de competencia estatal precisa de la previa aprobación del correspondiente PUEP.

En relación con los puertos de competencia estatal existentes, el supuesto del que parte la LPMM es el de que está realizada la delimitación de sus respectivas zonas de servicio, comprensivas tanto de la superficie de tierra como de las superficies de agua a que se refiere el artículo 15, apartados 1 y 7, de dicho texto legal, sin que, por tanto, exista ningún puerto respecto del cual no esté delimitada su zona de servicios. En efecto, o la zona de servicio ha sido delimitada mediante la aprobación del oportuno PUEP, de acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la propia LPMM, o, de no haberse efectuado con arreglo a dicho precepto la delimitación y en tanto ello no tenga lugar, se considera zona de servicio la existente a la entrada en vigor de la LPMM, según prescribe su disposición adicional primera, a cuyo tenor, "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".

Así las cosas, y puesto que tanto las superficies de tierra como las superficies de agua (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 revido, donde no existan éstas" y Zona II "o exterior de las aguas portuarias, que abarcará las zonas de entrada, maniobras y posible fondeo, subsidiarias del puerto correspondiente y sujetas a control tarifario de la Administración Portuaria") de la zona de servicio de un puerto son pertenencias del dominio público portuario, según dispone el artículo 53 de la LPMM, la ejecución de obras de ampliación o modificación de un puerto que se efectúen en los referidos espacios no suscita especial cuestión. En efecto, dado que dichas obras se realizan, en el caso que ahora se considera, sobre el dominio público portuario, su ejecución no precisa, aparte de los requisitos establecidos en el artículo 21, apartados 1 y 2, de la LPMM (redacción y aprobación del proyecto y estudios complementarios y sometimiento del proyecto al procedimiento de declaración de impacto ambiental), de más título que la competencia de gestión del dominio público portuario que el artículo 36.d) de la LPMM atribuye a las Autoridades Portuarias. Más particularmente, y por lo que se refiere a los puertos respecto de los cuales no se hubiese aprobado todavía el PUEP, aunque se entendiese que la previa aprobación de dicho plan es, en principio, un requisito preciso para la ejecución de las obras de ampliación, en razón de que, teniendo dicho plan como efecto propio la afectación al uso o servicio portuario, resulta necesaria la afectación del espacio en que se hayan de realizar las obras para convertir aquel espacio en dominio público portuario, ha de tenerse en cuenta que esa afectación al uso o servicio portuario del mencionado espacio ya se habría producido en los puertos respecto de los cuales todavía no se hubiera aprobado el respectivo PUEP, en virtud de lo establecido en la disposición adicional primera de la LPMM, pues los espacios de tierra y superficies de agua a que se refiere dicha disposición tienen la consideración de zona de servicio y, por tanto, de dominio público portuario, con efectos equivalentes a la delimitación efectuada por el PUEP conforme a lo previsto en el artículo 15 del aludido texto legal.

Puede, pues, establecerse, como primera conclusión, la de que, dado el supuesto del que parte la LPMM en relación con la delimitación de la zona de servicio de los puertos, la ejecución de las obras de ampliación del puerto que se realicen en esa zona y, más particularmente, en la Zona II o exterior de las aguas portuarias, es independiente de que se haya aprobado el oportuno PUEP, pues el hecho de que las referidas obras se realicen en el dominio público portuario por orden precisamente de la Autoridad Portuaria correspondiente es título o condición jurídica suficiente para su ejecución, toda vez que aquella Autoridad tiene legalmente atribuida la competencia para la gestión del demanio portuario.

Una vez establecida la anterior conclusión, debe examinarse la cuestión que se suscita respecto de la ejecución de obras de ampliación que deban efectuarse fuera de la zona de

servicio del puerto, ya se trate de un puerto cuya zona de servicio hubiera sido delimitada con arreglo al artículo 15 de la LPMM (es decir, mediante el oportuno PUEP), ya se trate de un puerto en el que, por no haberse efectuado todavía con arreglo al citado precepto la delimitación de esa zona de servicio, ésta sea la determinada en la disposición adicional primera del reiterado texto legal.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento entiende que en estos casos puede acudirse, como procedimientos alternativos, a la previa modificación del PUEP o a la constitución de la oportuna reserva demanial con arreglo a las previsiones de la LC; así, en el informe de aquel Centro de 3 de febrero de 1999 se dice que “si las obras fueran ejecutadas fuera de la zona de servicio de tierra o de aguas se precisaría o bien la previa aprobación de una modificación del Plan para incluir los espacios en los que se realizan las obras en la zona de servicio o acudir a un título de utilización conforme a la Ley de Costas (reserva demanial)”. Con este criterio viene a coincidir en parte la Secretaría General Técnica del Ministerio de Medio Ambiente, ya que en la nota que se acompaña al escrito del titular de dicho órgano de 8 de febrero de 1999 dirigido a este Centro, tras argumentarse en favor del criterio de que es necesaria la previa aprobación del PUEP, se dice que “otra opción sería entender que en estos casos resultaría de aplicación al artículo 31.2 de la Ley de Costas, por lo que con carácter previo a la ejecución de las obras de ampliación del puerto debería tramitarse el procedimiento previsto en los artículos 47 y 48 de dicha Ley, y reservar formalmente la utilización total o parcial del dominio público marítimo-terrestre para el cumplimiento de los fines portuarios derivados de la citada ampliación”.

En favor del criterio de que es necesaria la previa aprobación (o, en su caso, modificación) del PUEP que delimite una nueva zona de servicio en la que se incluyan los espacios en los que han de realizarse las obras de ampliación de un puerto milita el argumento de que el artículo 15 de la LPMM incluye en la zona de servicio portuario que ha de delimitar el PUEP no sólo las superficies de bienes y agua necesarias para las actividades portuarias y las destinadas a terrenos complementarios de aquéllas, sino también “los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria;” previsión esta última que permite entender que el PUEP debe incluir en la delimitación de la zona de servicio portuario los espacios en que deban realizarse las obras de ampliación del puerto, pues ello encaja en el sentido que tiene la alusión a espacios de reserva que posibiliten el desarrollo de la actividad portuaria. Este criterio no es contradictorio con la conclusión de que la construcción de un nuevo puerto no exige la aprobación del PUEP, ya que la previsión legal que permite fundamentar el referido criterio (inclusión en el PUEP de los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria) queda referida, como se deduce de su sentido gramatical y lógico, al supuesto de puertos ya existentes.

Ahora bien, el anterior criterio no puede considerarse, en opinión de este Centro Directivo, como un criterio único que excluya al que, alternativamente, proponen las Secretarías Generales Técnicas de los Departamentos ministeriales antes citados, y ello por las razones que siguen.

Dado el efecto de la aprobación del PUEP delimitación de la zona de servicio del puerto y, por tanto, del dominio público portuario, la exigencia, como requisito de la ejecución de las obras de ampliación del puerto, de la previa aprobación (o, en su caso, modificación) del PUEP, a fin de delimitar una nueva zona de servicio en la que se incluyan los espacios en que han de ejecutarse dichas obras, implicaría que éstas sólo podrían ejecutarse en el dominio público portuario. Sin embargo, debe advertirse que la exigencia de que las obras de ampliación se efectúen en el demanio portuario, entendida como condición inexcusable de su legalidad, no se establece expresamente en la LPMM ni tampoco se deduce de la interrelación entre el demanio marítimo-terrestre y el demanio portuario.

Lo primero, por cuanto que la figura del PUEP está recogida y regulada en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I de la LPMM, que trata de la “naturaleza y delimitación del dominio público portuario”, y no en la Sección 3ª de los referidos Capítulo y Título, que lleva por rúbrica

la de “planificación, proyecto y construcción”, sin que dentro de esta última Sección el artículo 21, apartados 1 y 2, exija para las obras de ampliación de puertos (como tampoco lo hace el artículo 20 para la construcción de nuevos puertos) la previa aprobación (o modificación) del PUEP. La exigencia de la previa aprobación del oportuno PUEP, a fin de que se incluya en la zona de servicio del puerto el espacio en que deban realizarse las obras de ampliación, hubiera requerido lógicamente, de haberse querido establecer como condición inexcusable de la legalidad de dichas obras, una previsión legal expresa, dada la trascendencia de esa exigencia.

En segundo lugar, debe señalarse que si, como se ha indicado en el fundamento jurídico I del presente informe, la situación y configuración física de los puertos hace que el servicio portuario tenga por soporte el dominio público marítimo-terrestre (como expresamente dice el apartado 1 del Preámbulo de la LPMM), siendo la afectación a dicho servicio lo que determina la “transformación” del demanio marítimo-terrestre en demanio portuario, no cabe apreciar ningún impedimento jurídico para que las obras de ampliación de un puerto puedan ejecutarse directamente en el demanio marítimo terrestre, sin que sea absolutamente imprescindible que, previamente, la porción del referido demanio en la que tengan que realizarse las obras quede convertida en dominio público portuario, por su inclusión en la zona de servicio del puerto, mediante la aprobación (o modificación) del oportuno PUEP. Una cosa es que, por no realizarse las obras de ampliación en un espacio comprendido en el dominio público portuario, no sea suficiente, como título para ello, la propia competencia de gestión del dominio público portuario, sino que se precise, además, un título que específicamente habilite la ocupación del espacio de dominio público marítimo-terrestre para la ejecución de las obras de ampliación, y otra cosa distinta que no sea posible en absoluto, aunque se disponga de ese título habilitante, la ejecución de las citadas obras en el demanio marítimo-terrestre, de forma que sólo sea posible su ejecución en el demanio portuario (aprobandando para ello el oportuno PUEP que incluya en la zona de servicio portuario el espacio de dominio público marítimo-terrestre en el que hayan de ejecutarse las obras y transforme, por tanto, ese espacio del demanio marítimo-terrestre en demanio portuario).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, cabe afirmar que, a los efectos de que aquí se trata, el supuesto de ampliación de un puerto no difiere cualitativamente del de construcción de un nuevo puerto, ya que las obras de ampliación operan igualmente una transformación de la realidad física existente, dando lugar a una nueva configuración del puerto. Así las cosas, y en línea con lo indicado en el fundamento jurídico I del presente informe a propósito de la construcción de un nuevo puerto, es también razonable pensar que la función de delimitación de la zona de servicio que la LPMM asigna al PUEP es un *posterius* de la nueva configuración física del puerto resultante de las obras de ampliación (al igual que la función de asignación de usos portuarios, como segundo contenido del citado Plan). Si la delimitación queda referida, de acuerdo con el sentido gramatical de dicho término, a una realidad física concreta, ha de entenderse que la función de delimitación del PUEP se efectúe una vez que, por la inclusión de las obras de ampliación, la nueva configuración del puerto sea una realidad. Lo propio cabe decir de la afectación al servicio portuario de los bienes comprendidos en la zona de servicio que lleva a cabo el PUEP. Si la afectación de un bien o un servicio público presupone la existencia del bien y su idoneidad para la función a que se destina, en el caso de ampliación de un puerto lo que se afecta al servicio portuario no son los espacios, especialmente de aguas marítimas en que han de efectuarse las obras de ampliación, sino las construcciones (diques de abrigo, escolleras, etc.) ya concluidas.

Debe, pues, entenderse, a la vista de la argumentación expuesta, que, sin necesidad de la previa aprobación (o modificación) del PUEP que delimite una nueva zona de servicio en la que se incluyan los espacios del dominio público marítimo-terrestre en que hayan de ejecutarse las obras de ampliación, es también jurídicamente posible la ejecución de las referidas obras sobre los espacios del dominio público marítimo-terrestre que sean necesarios al efecto, si bien ello exigirá, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21, apartados 1 y 2, de la LPMM, el oportuno título jurídico que habilite la ocupación

de los aludidos espacios y que, por las razones expuestas en el fundamento jurídico I de este informe, no puede ser otro que el de la reserva demanial, sin perjuicio de que, una vez terminadas las obras de ampliación, deberá procederse a la aprobación del PUEP, que será obligada por la necesidad de delimitar la nueva zona de servicio que deba tener el puerto en su configuración definitiva.

Cabe, por tanto, concluir, de conformidad con el criterio de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Fomento y de Medio Ambiente, que para la ejecución de obras de ampliación de un puerto puede acudir, como procedimientos alternativos, a la previa aprobación (o modificación) del PUEP que delimite una nueva zona de servicio en la que se incluyan los espacios en que deban ejecutarse las obras o, sin necesidad de ello, a la constitución de la oportuna reserva demanial sobre el espacio de dominio público marítimo-terrestre en que hayan de ejecutarse dichas obras, si bien en este segundo caso será obligada, tras la conclusión de las obras, la aprobación del PUEP para delimitar la nueva zona de servicio resultante de la configuración definitiva del puerto. Por lo demás, este Centro Directivo estima que la configuración de ambas vías de actuación como alternativas y, por tanto, la posibilidad de acudir indistintamente a una u otra no supone, desde el punto de vista de los respectivos contenidos procedimentales y, más exactamente, de los intereses que se tutelan en uno y otro procedimiento, desigualdad o diferencia entre una y otra vía, como se deduce de la comparación entre el procedimiento de aprobación del PUEP y el procedimiento de constitución de reserva demanial. Así, si en el primero de dichos procedimientos han de intervenir, por vía de emisión del oportuno informe y por razón de los intereses cuya tutela les está encomendada, la Dirección General de Costas y las Administraciones Urbanísticas (Comunidad Autónoma y Ayuntamiento), en el procedimiento de constitución de reserva demanial intervienen, mediante la emisión de los correspondientes informes, de conformidad con el artículo 191 del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre (RLC), la Comunidad Autónoma respectiva y los Ayuntamientos afectados, así como el Ministerio de Medio Ambiente al que debe entenderse hecha la referencia al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo y, dentro del mismo, la Dirección General de Costas, resolviendo, finalmente, el Consejo de Ministros.

- III -

La tercera cuestión que se suscita consiste en determinar si los trabajos de dragado precisos para la ejecución de las obras de ampliación del Puerto de Motril pueden considerarse localizados en la Zona II de la superficie de agua de dicho Puerto.

Según se indica en los antecedentes remitidos, las obras de ampliación del Puerto de Motril que actualmente se realizan son una parte del Proyecto de "Ampliación del Puerto de Motril. Prolongación del Dique de Poniente y Nueva Dársena de Levante", consistiendo en la construcción de las obras de infraestructura para la prolongación del mencionado dique de Poniente en 625 metros y en dirección sensiblemente paralela a la costa. Las referidas obras conllevan el dragado de una zanja para asentar los cajones del dique, teniendo también por finalidad, según parece, dar el suficiente calado al canal de entrada al Puerto, y siendo precisamente las obras de dragado las que han motivado la incoación del procedimiento sancionador por la Dirección General de Costas en el que, como medida cautelar, se dispuso la suspensión de aquéllas.

Así las cosas, debe hacerse una precisión, a la vista de lo que se indica en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento de 3 de febrero de 1999. En este informe se dice que las obras de dragado se realizan a una distancia de 25 metros de la bocana del puerto. Pues bien, si las obras de dragado tienen por finalidad, según lo dicho, realizar una zanja para asentar los cajones del nuevo dique que se pretende construir, como prolongación del existente, y cuya longitud es de 625 metros, debe entenderse que las obras de dragado no sólo han de efectuarse a una distancia de 25 metros de la bocana del puerto,

sino también a lo largo de una línea cuya longitud coincida con la del futuro dique, es decir, y aproximadamente, a lo largo de una línea de 625 metros contados desde la bocana del puerto.

Hecha la anterior precisión, procede ya examinar si las obras de dragado pueden considerarse comprendidas en la Zona II (o exterior de las aguas portuarias) del Puerto de Motril, teniendo en cuenta que han de realizarse no sólo a 25 metros de la bocana del puerto, sino también a una distancia aproximada de 625 metros contados desde la referida bocana.

Al no haberse aprobado todavía el PUEP del Puerto de Motril, la resolución de la anterior cuestión exige considerar, en primer lugar, la delimitación de la reiterada Zona II con arreglo a 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 ... las superficies de agua comprendidas en las Zonas I y II delimitadas para cada puerto a efectos tarifarios, de acuerdo con la normativa vigente”), lo que remite a la resolución de la antigua Dirección General de Puertos y Señales Marítimas de 6 de marzo de 1967, publicada en el B.O.E. nº 70, de 23 de marzo siguiente, y dictada en aplicación de la Orden del entonces Ministerio de Obras Públicas de 23 de diciembre de 1966 (B.O.E. de 27 de enero de 1967) sobre tarifas de servicios portuarios, al no constar a este Centro Directivo que la citada resolución haya sido modificada o dejada sin efecto, como tampoco consta que lo haya sido la mencionada Orden Ministerial.

El artículo 1 de la citada resolución estableció lo que sigue:

“La delimitación de las aguas de los puertos de la Comisión Administrativa de Grupos de Puertos (C.A.G.P.), a efectos de lo dispuesto en el apartado I del articulado general de tarifas portuarias, será la siguiente:

(...)

Provincia de Granada.

Zona I:

Puerto de Almuñécar e instalaciones portuarias de Calahonda, La Mamola y La Rábida. Puerto de Motril e instalaciones portuarias de Salobreña.

Zona II:

El resto del litoral de esta provincia.

(...).”

La delimitación del “resto del litoral” de la provincia de Granada como Zona II del Puerto de Motril (y de los demás puertos de dicha provincia) no resulta admisible, a juicio de este Centro Directivo, y ello en razón de las consideraciones que siguen.

Bajo la denominada “Ley de Puertos” de 1928 (Real Decreto-Ley de 19 de enero de 1928), derogada expresamente por la LPMM, la zona de servicio de los puertos no comprendía las superficies de agua a que actualmente se refiere el artículo 15.7 de la LPMM, sino solamente la “zona litoral de servicio” que tenía que determinarse “por el Ministerio de Fomento en cada caso, para ejecutar las faenas de carga y descarga, depósito y transporte de las mercancías y circulación de las personas y artículos” (artículo 27). Las Zonas I y II surgen a raíz de la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos españoles, pero no como partes de la zona de servicio del puerto ni, por tanto, como pertenencias de dominio público portuario, sino a los exclusivos efectos de la aplicación de las tarifas portuarias, situación que se ha de mantener hasta la promulgación de la vigente LPMM; es por esta razón por lo que la propia LPMM, que incluye dentro de la zona de servicio portuario a las superficies de agua designadas como Zonas I y II (cfr. artículo 15.7), alude en su disposición adicional primera, para considerar como zona de servicio de los puertos, en tanto no se determine ésta mediante la aprobación de los respectivos PUEP, a las superficies de agua comprendidas en las Zonas I

y II “delimitadas para cada puerto a efectos tarifarios.” Ahora bien, la circunstancia de que, con anterioridad a la LPMM, la delimitación de las Zonas I y II fuese solamente a efectos tarifarios no significaba que dicha delimitación no respondiese a un determinado concepto o definición de esas zonas. Así, en el apartado I del Articulado General de Tarifas recogido en el Anejo Número I de la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 23 de diciembre de 1966 se dice: “Aguas del puerto.- Es el área más o menos apta para fondeo, varadas u otras operaciones comerciales y cuyas condiciones naturales están o no afectadas por obras o instalaciones construidas parcial o totalmente por el Estado. Se subdivide en una Zona I, estrictamente portuaria, y una Zona II aneja.” Pues bien, si las “aguas del puerto”, subdivididas en Zona I y Zona II, se conceptúan en la citada Orden Ministerial como “el área más o menos apta para el fondeo, varadas u otras operaciones comerciales”, de modo que su delimitación haya de efectuarse con arreglo a ese criterio aptitud para las indicadas funciones u operaciones, no puede considerarse admisible delimitar como Zona II del puerto de continua referencia el resto del litoral de la provincia de Granada, como hizo la resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas de 6 de marzo de 1967, pues tal delimitación, además de no ser precisa (sólo atiende a la longitud del litoral de la provincia, sin definir, por tanto, un polígono), resulta desproporcionada, pues no cabe pensar que cualquier punto del litoral de la provincia de Granada sea una zona de fondeo, varadas u otras operaciones comerciales en relación o por referencia al Puerto de Motril.

Si la delimitación de la Zona II del Puerto de Motril efectuada por la referida resolución no resulta admisible a la vista de lo establecido en el apartado I del Articulado General de Tarifas contenido en la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 23 de diciembre de 1966, lo que, por otra parte, se pone de manifiesto comparándola con las precisas delimitaciones de esa misma zona de otros puertos que establece la propia Orden Ministerial, este criterio queda confirmado por la LPMM. En efecto, desde el momento en que, por una parte, la LPMM incluye en la zona de servicio del puerto la Zona II o zona de entrada al puerto, maniobra y posible fondeo (artículo 15.7) y, por otra, considera equivalente a estos efectos, hasta tanto se apruebe el oportuno PUEP, la Zona II delimitada a efectos tarifarios (disposición adicional primera), debe entenderse que dicha Zona según esta última delimitación es también una zona de entrada, maniobra y posible fondeo; pues bien, es claro que, por las mismas razones antes indicadas, excedería del concepto de zona de entrada, maniobra y posible fondeo una zona que aparece delimitada como “el resto del litoral de esta provincia”.

No considerándose válida la delimitación de la Zona II del Puerto de Motril efectuada por la resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas de 6 de marzo de 1967, tampoco puede estimarse como delimitación válida y eficaz de la referida zona la establecida en el acuerdo suscrito el 2 de junio de 1998 por la Capitanía Marítima, la Autoridad Portuaria y la Corporación de Prácticos y ello en razón de que, tras la LPMM, la delimitación de la zona de servicio y, por tanto, de la Zona II sólo puede realizarse en los puertos de competencia estatal con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 15 de la propia Ley aprobación del oportuno PUEP por el Ministro de Fomento, a propuesta de la Autoridad Portuaria y previo informe de Puertos del Estado, de la Dirección General de Costas y de las Administraciones Urbanísticas en los aspectos de su competencia; una delimitación de la zona de constante referencia al margen del PUEP y sin seguir en modo alguno el procedimiento establecido en el citado precepto sería nula de pleno derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que declara nulos de pleno derecho los actos “dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ...”

Ahora bien, aunque por razones sustantivas o materiales no resulte admisible la delimitación de la Zona II del Puerto de Motril efectuada por la repetida resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, y por razones formales o procedimentales tampoco pueda considerarse como válida y eficaz la delimitación efectuada en el acuerdo de 2 de junio de 1998, ello no permite, a juicio de este Centro Directivo, llegar a la conclusión de

que el espacio de agua en el que han de realizarse las obras de dragado en la extensión antes indicada no está comprendido dentro de la Zona II del mencionado puerto y no sea, en consecuencia, demanio portuario.

Partiendo de la premisa de que la reiterada Zona II o exterior de las aguas portuarias se define en el artículo 15.7 de la LPMM como aquélla que comprende “las zonas de entrada al puerto, maniobra y posible fondeo,” es razonable entender que ha de estar comprendido en la Zona II del Puerto de Motril un espacio de agua que se sitúa precisamente a la entrada del puerto y cuyo punto más distante de dicha entrada se localiza a 625 metros (longitud del dique que se ha de construir, prolongando el actual dique de Poniente) de la misma, como es el espacio de agua en que han de realizarse las obras de que se trata. La delimitación efectuada por la resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas de 6 de marzo de 1967 no se considera admisible, como ya se indicó, por la desmesurada extensión que asigna a la Zona II del Puerto de Motril, pero este reparo no puede afectar, como fácilmente se comprende, al espacio de aguas marítimas que es justamente contiguo o inmediato a la entrada del puerto y a través del cual ha de tener lugar necesariamente, a la vista de los planos que obran en los antecedentes remitidos, el acceso de los buques a la Zona I (aguas incluidas dentro de los diques de abrigo del puerto en su actual configuración), siendo en aquel espacio de agua donde han de realizarse las obras a que se refiere el presente informe. El criterio de que, por su situación, el reiterado espacio de agua debe entenderse incluido en la Zona II del Puerto de Motril queda confirmado por el más arriba citado acuerdo de 2 de junio de 1998 mediante el que se delimitó, como zona de entrada, maniobra y posible fondeo, la superficie que en dicho acuerdo y plano adjunto al mismo se indica. En efecto, aunque la delimitación efectuada por el referido acuerdo no pueda reputarse, por las razones formales o procedimentales antes indicadas, como delimitación válida de la Zona II en sustitución de la que debe efectuarse inexcusablemente mediante el PUEP, no puede negarse, desde el punto de vista material o sustantivo, la corrección de la delimitación a que ahora se alude si se tiene en cuenta, aparte de la competencia técnica de quienes adoptaran el acuerdo (Capitanía Marítima, Autoridad Portuaria y Corporación de Prácticos), un dato especialmente relevante, cual es el de que, remitido a la Dirección General de Costas, para su preceptivo informe, el PUEP del Puerto de Motril, dicho Centro Directivo, en su informe de 7 de febrero de 1995, sólo objetó a la delimitación de la Zona II propuesta en el PUEP que “se debe excluir de la misma una franja de unos doscientos (200) metros a partir de la BMVE para hacer compatible el uso público de las playas como zona de baño y la existencia de una zona de aguas para las maniobras de entrada, maniobra y posible fondeo de los buques,” reparo que fue aceptado en la delimitación contenida en el acuerdo de 2 de junio de 1998, en el que se determina como zona de entrada, maniobra y posible fondeo la comprendida entre los meridianos y paralelo que en él se indican y la línea de costa, “excluida una franja de 200 metros a partir de la BMVE ...” Pues bien, en la delimitación de la zona de entrada, maniobra y posible fondeo efectuada en el acuerdo de 2 de junio de 1998, delimitación que solamente se utiliza aquí como criterio de referencia, aparece incluido, según el plano que se adjunta, el espacio de aguas marítimas en que se han de efectuar las obras en cuestión.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho, aunque no se haya aprobado el PUEP del Puerto de Motril ni pueda considerarse como sustitutiva de dicho plan la delimitación efectuada por el reiterado acuerdo, el concepto de Zona II y, más precisamente, los criterios funcionales a que responde dicho concepto (entrada, maniobra y posible fondeo), permiten razonablemente entender que ha de considerarse incluida en la referida zona del Puerto de Motril, por su contigüidad a la entrada del puerto, el espacio de agua en que deben realizarse las obras de que se trata.

La anterior conclusión tiene, a los efectos que aquí interesan, dos consecuencias. En primer lugar, al localizarse las obras en el dominio público portuario, su ejecución no precisa de más título que la propia competencia de gestión del demanio portuario que ostenta la Autoridad Portuaria de Almería-Motril, sin que, en consecuencia, sea preciso ningún título específico de ocupación del dominio público marítimo-terrestre que hubiera de otorgar la

Administración competente en relación con el mismo, aunque esta apreciación debe entenderse sin perjuicio de lo que más adelante se indicará a propósito de la instalación de la tubería de impulsión del material procedente de los trabajos de dragado sobre el dominio público marítimo-terrestre (Playa de las Azucenas). En segundo lugar, y con la salvedad que acaba de indicarse, no se aprecia base jurídica suficiente para acordar, al amparo de la LC, la iniciación de un procedimiento sancionador y disponer, como medida cautelar, la suspensión de las obras con fundamento en la falta de título que habilite la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para la ejecución de las obras (autorización, concesión o reserva demanial).

- IV -

La cuarta cuestión consultada es la relativa a cuál sea el régimen aplicable a las obras de dragado a que se viene haciendo referencia. Con carácter previo al examen de esta cuestión se estima oportuno formular una advertencia. La LPMM regula las obras de dragado en sus artículos 21, apartados 3, 4 y 5, y 62 y la sentencia del Tribunal Constitucional nº 40/1998, de 10 de febrero, declaró 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 que radique el puerto”. La declaración de inconstitucionalidad de los mencionados preceptos tiene, sin embargo, un carácter relativo, ya que, como se desprende del fundamento jurídico 41 de la sentencia citada, aquella inconstitucionalidad viene determinada no porque la competencia resolutive para el otorgamiento o denegación de las autorizaciones previstas en dichos preceptos 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 pudiese 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 ...”).

Así las cosas, y sin perjuicio de la intervención que, con arreglo a la referida sentencia, deba corresponder a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de sus competencias en materia de medio ambiente, procede ya examinar la cuestión de que ahora se trata.

Ante todo, debe precisarse que las obras de dragado que contempla el artículo 21 de la LPMM quedan referidas a los supuestos de ampliación o modificación de puertos, conforme indica la rúbrica de aquel precepto, en tanto que el artículo 62 de la propia Ley tiene un alcance más general, al comprender previsiones que afectan tanto a las obras de dragado para la ampliación o modificación de puertos como a obras de dragado que tengan distinta finalidad; así resulta del tenor literal de este último precepto que alude a “toda ejecución de obras de dragado en el dominio público portuario ...” (artículo 62.1, párrafo primero, inciso inicial) o a “proyectos de dragados portuarios, incluso los ejecutados por la Autoridad Portuaria” sin establecer ulterior matización o distingo (artículo 62.2, párrafo primero, inciso inicial). Es por esta razón por la que, en el caso de obras de dragado para la ampliación de puertos, como acontece en el supuesto que motiva a la consulta a que se refiere el presente informe, las previsiones del artículo 21 han de ser completadas con las del artículo 62, mediante la interpretación conjunta de ambos preceptos.

Establecida la anterior premisa, debe destacarse que las obras de dragado precisas para la construcción de la prolongación del dique de Poniente, localizadas, conforme se ha razonado, en la Zona II del Puerto de Motril, consisten, según resulta de los antecedentes remitidos, en la excavación de una zanja para asentar los cajones del dique, siendo impulsado el material procedente del dragado a través de una tubería desmontable asentada en el mar y que atraviesa la playa de las Azucenas y depositado en unos terrenos de la Autoridad

Portuaria; las referidas obras tienen también por finalidad, al parecer, dar mayor calado al canal de entrada al puerto.

Descritas, en los términos indicados las referidas obras, éstas quedan sometidas a autorización de la Autoridad Portuaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62.1, párrafo primero, de la LPMM (“Toda ejecución de obras de dragado en el dominio público portuario requerirá la correspondiente autorización de la Autoridad Portuaria”), si bien tratándose de obras ejecutadas por la propia Autoridad Portuaria, la autorización debe entenderse implícitamente otorgada o bien en la resolución del Director de la Autoridad Portuaria de Almería-Motril de 6 de julio de 1998 por la que se aprobó el proyecto “Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril”, dado que la ejecución de este proyecto exige la obra de dragado, o bien en la resolución de la referida entidad de 21 de diciembre de 1998 por lo que se dispuso el inicio de las obras de dragado.

La autorización de la Autoridad Portuaria de Almería-Motril no exige los previos informes de la Capitanía Marítima y de la Dirección General de Costas a que se refiere el artículo 21.4, párrafo primero, de la LPMM, ya que dichos informes se exigen en relación con la autorización de “dragados para la obtención de materiales que se realicen fuera de la zona interior de las aguas con destino a rellenos portuarios” y en el caso de que se trata las obras de dragado no tienen por finalidad la obtención de materiales para obras de relleno portuario. No desvirtúa este criterio la circunstancia de que los materiales extraídos puedan ser usados, según se dice en el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento de 3 de febrero de 1999, en las celdas de los cajones que han de construirse para ampliar el dique, dado que este uso no constituye, como pone de relieve aquel informe, una obra de relleno portuario (como sería la construcción de nuevos muelles o explanadas), sino el empleo de los materiales extraídos para ejecutar precisamente la misma obra de construcción del dique.

Tampoco se precisa la autorización de la Autoridad Marítima, previo informe de la Dirección General de Costas, a que se refiere el artículo 21.4, párrafo segundo, de la LPMM, ya que, según los antecedentes remitidos, los materiales procedentes de los trabajos de dragado no son vertidos en aguas marítimas, sino depositados en terrenos de la Autoridad Portuaria de Almería-Motril. Debe estimarse, en cambio, que es exigible el informe previo y favorable de la Capitanía Marítima, al amparo del artículo 62.1, párrafo segundo, de la LPMM (“Cuando las obras de dragado afecten a la seguridad de la navegación en los canales de entrada y salida a la zona de servicio portuario o a la determinación de las zonas de fondeo o maniobra, se exigirá informe previo y vinculante de la Capitán Marítimo”), teniendo en cuenta la ubicación del espacio en que se realizan las obras y la circunstancia de que, al parecer, las mismas tienen también por finalidad dar mayor calado al canal de entrada al puerto; así lo entendió la Autoridad Portuaria de continua referencia que solicitó el oportuno informe a la Capitanía Marítima de Motril, siendo emitido por ésta favorablemente el 4 de junio de 1998.

Una vez razonado que las obras de dragado de que aquí se trata precisan autorización de la Autoridad Portuaria, así como el informe previo y vinculante de la Capitanía Marítima a que se refiere el artículo 62.1, párrafo segundo, de la LPMM, ha de examinarse seguidamente lo relativo a la exigencia establecida por el artículo 62.2, párrafo primero, de dicho texto legal, (“los proyectos de dragados portuarios, incluso los ejecutados por la Autoridad Portuaria, incluirán un estudio de evaluación de sus efectos sobre la dinámica litoral y la biosfera marina ...”). En relación con esta cuestión este Centro Directivo comparte el criterio mantenido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento en su informe de 3 de febrero de 1999. En efecto, como se ha indicado más arriba, el artículo 62 de la LPMM tiene un alcance más general que el artículo 21 de este mismo texto legal, conteniendo previsiones que afectan tanto a las obras de dragado para la ampliación o modificación de puertos como a obras de dragado de distinta finalidad. Ahora bien, la exigencia establecida en el artículo 62.2, párrafo primero, debe ser interpretada en relación con lo dispuesto en el artículo 21.2, según el cual “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 suje-

tarán 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." Partiendo de esta premisa, ha de entenderse que el requisito establecido por el artículo 62.2, párrafo primero, no es exigible en los casos en que, en aplicación del artículo 21.2, el proyecto de ampliación del puerto haya sido objeto de una declaración de impacto ambiental y las obras de dragado tengan precisamente por finalidad la construcción de las obras de ampliación, formando, funcionalmente, parte del referido proyecto, pues en tal caso, el requisito exigido por el artículo 62.2, párrafo segundo, debe considerarse, lógicamente, subsumido en el estudio de impacto ambiental, dado el contenido que al mismo asignan los artículos 7 y siguientes del Reglamento para la ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, aprobado por el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, ya que las conclusiones de aquel estudio son valoradas en la oportuna declaración de impacto ambiental; en opinión de este Centro, no tendría sentido que, elaborado el oportuno estudio de impacto ambiental de un proyecto de obras de ampliación de un puerto y efectuada la oportuna declaración de impacto ambiental en relación con el mismo, se precisase, además, respecto de los trabajos de dragado necesarios para la ejecución del proyecto y que constituyen el presupuesto técnico de su realización, la elaboración de un estudio sobre extremos dinámica litoral y biosfera marina que ya han sido determinados y ponderados en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Así las cosas, al haber sido objeto el proyecto de "Ampliación del Puerto de Motril. Prolongación del Dique de Poniente y Nueva Dársena de Levante" (del que el proyecto "Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril" constituye su primera fase) de un procedimiento de declaración de impacto ambiental, y habiéndose resuelto por la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental que el proyecto primeramente citado es una solución ambientalmente viable con determinadas condiciones, y dado que las reiteradas obras de dragado son presupuesto necesario para la ejecución del proyecto "Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril" (en el Anexo II de la resolución de declaración de impacto ambiental, al describirse la prolongación del referido dique, se dice que "está constituido por cajones cimentados a la cota -12 metros sobre una banquetta de escollera"), ha de concluirse que tales obras de dragado no precisan del estudio a que se refiere el artículo 62.2, párrafo primero, de la LPMM.

Expuesto el régimen establecido por la LPMM, cuyas previsiones se cumplen en el caso de las obras de dragado de que se trata, se considera oportuno hacer también referencia, para dilucidar su posible aplicación a las citadas obras, a las previsiones que establece la LC sobre extracciones de áridos y dragados.

El artículo 63.1 de la LC somete a autorización cuyo otorgamiento compete a los Servicios Periféricos de Costas, según el artículo 126 del RLC las extracciones de áridos y dragados, exigiendo para ello la evaluación de sus efectos sobre el dominio público marítimo-terrestre y el apartado 2 del mismo artículo declara prohibidas las extracciones de áridos para la construcción, salvo para la creación y regeneración de playas.

En opinión de este Centro Directivo, las previsiones del artículo 63, apartados 1 y 2, de la LC no son aplicables al caso que aquí se examina. Puesto que las obras de dragado se realizan, según se ha razonado, en el dominio público portuario (Zona II del Puerto de Motril), la autorización de los trabajos de dragado es facultad de la Autoridad Portuaria y no del Servicio Periférico de Costas, al ser aquella entidad pública la que ostenta la competencia para la gestión del demanio portuario (artículo 36.d) de la LPMM); por otra parte, el requisito de la evaluación de los efectos de las obras de constante cita, que sería exigible no en aplicación del artículo 63.1 de la LC, sino del artículo 62.2, párrafo primero, de la LPMM, al tratarse de obras en el demanio portuario, ha de entenderse cumplido con la declaración de impacto ambiental en cuyo procedimiento queda subsumido, según se argumentó antes. Tampoco se considera aplicable, como ya se ha anticipado, lo dispuesto en el artículo 63.2 de la LC, toda vez que al tratarse de obras de dragado que se realizan en el dominio público portuario y cuya finalidad es la ampliación de un puerto, las referidas obras están sometidas a un régimen jurídico específico, cual es el constituido por los artículos 21 y 62 de la LPMM, preceptos

de los que se deduce que no es aplicable a las obras que en ellos se regulan la prohibición del artículo 63.2 de la LC; así, sobre no recogerse en los preceptos primeramente citados la prohibición del artículo 63.2 de la LC, el artículo 21.3 de la LPMM alude a obras de dragado, así como a obras de relleno con materiales de origen marítimo sin establecer ninguna limitación o restricción y el apartado 4 de este último precepto contempla el supuesto de "obras de dragado para la obtención de materiales que se realicen fuera de la zona interior de las aguas del puerto con destino a rellenos portuarios," sin establecer tampoco ningún condicionamiento en lo que respecta al tipo o clase de materiales que pueden extraerse.

En suma, y como conclusión de cuanto se ha dicho, ha de entenderse que las obras de dragado precisas para la ejecución del proyecto "Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril" cumplen los requisitos legalmente exigidos, sin que, por tanto, quepa apreciar fundamento suficiente para la incoación de un procedimiento sancionador ni para acordar, como medida cautelar, la paralización de las referidas obras.

- V -

Sentada la anterior conclusión, debe hacerse una observación que, aunque no se refiere strictu sensu al régimen jurídico al que deben sujetarse las obras de dragado de que se trata, afecta al desarrollo de las mismas.

Dado que los materiales procedentes de dichas obras son impulsados a través de una tubería asentada en el mar y que atraviesa la Playa de las Azucenas, es obligada, de acuerdo con las previsiones de la LC, la obtención del oportuno título (autorización o concesión) que habilite la ocupación del espacio del dominio público marítimo-terrestre (no portuario) que sea preciso para la instalación de dicha conducción Playa de las Azucenas, así como franja de aguas marítimas de 200 metros contados desde la BMVE que, aceptando la observación formulada por la Dirección General de Costas, fue excluida de la zona delimitada como zona de entrada, maniobra y posible fondeo por el acuerdo de 2 de junio de 1998 y sin el cual cabría apreciar la infracción prevista en el artículo 90.b) de la LC.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La construcción de un nuevo puerto de competencia estatal exige, de una parte, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 20 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y, de otra, la constitución de la oportuna reserva demanial que habilite la ocupación de aquellas superficies de tierra y agua integradas en el dominio público marítimo-terrestre en las que haya de ubicarse el nuevo puerto, sin que se requiera la previa aprobación de un plan de utilización de espacios portuarios.

Segunda.- La ejecución de obras de ampliación o modificación de un puerto que se realicen en el espacio comprendido en la zona de servicio portuario, tanto si se trata de puertos en que dicha zona ha sido delimitada mediante el oportuno plan de utilización de espacios portuarios como si se trata de puertos en que, por no haber tenido lugar todavía la aprobación del referido plan, deba considerarse como zona de servicio los espacios a que se refiere la disposición adicional primera de la citada Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sólo precisa el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 21, apartados 1 y 2, de dicha Ley.

Tercera.- Para la ejecución de obras de ampliación de un puerto que se realicen en espacios no comprendidos en la zona de servicio portuario y que formen parte del dominio público

marítimo-terrestre puede acudir, como procedimientos alternativos, a la previa aprobación (o modificación) del oportuno plan de utilización de espacios portuarios que delimite una nueva zona de servicios en la que se incluyan los espacios en que deban ejecutarse las obras o, sin necesidad de ello, a la constitución de la oportuna reserva demanial sobre el espacio de dominio público marítimo-terrestre en que hayan de ejecutarse dichas obras, siendo obligada en este último caso, tras la conclusión de las obras, la aprobación del plan de utilización de espacios portuarios para delimitar la nueva zona de servicio resultante de la configuración definitiva del puerto.

Cuarta.- La superficie de agua marítima en que han de realizarse las obras de dragado precisas para la ejecución del proyecto “Prolongación del Dique de Poniente del Puerto de Motril” debe entenderse comprendida en la Zona II de dicho puerto, sin que, por tanto, y con la salvedad resultante de lo que se indicará en la conclusión séptima, se precise para la ejecución de las referidas obras ningún título de ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

Quinta.- Como consecuencia de lo establecido en la anterior conclusión y con la salvedad que en ella se indica, no se aprecia base jurídica suficiente para acordar, al amparo de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, la incoación de un procedimiento sancionador ni disponer, como medida cautelar, la suspensión de las referidas obras con fundamento en la falta de título que habilite la ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

Sexta.- Las obras de dragado necesarias para la ejecución del aludido proyecto quedan sometidas al régimen jurídico indicado en la fundamento jurídico IV del presente informe, entendiéndose que las referidas obras cumplen los requisitos legalmente exigidos, sin que, en consecuencia, se aprecie fundamento jurídico suficiente para la incoación de un procedimiento sancionador.

Séptima.- La instalación en la Playa de Las Azucenas y en la franja de aguas marítimas excluida de la zona delimitada como zona de entrada, maniobra y posible fondeo de la tubería a través de la cual son impulsados los materiales procedentes de la obra de dragado precisa del oportuno título que, con arreglo a la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, habilite la ocupación de la parte de dicha playa que sea necesaria para ello y sin el cual cabría apreciar la infracción prevista en el artículo 90.b) de la citada Ley.

84.- Informe sobre el instrumento urbanístico que haya de elaborarse para el desarrollo de la zona de servicio de un puerto de interés general

Resumen

Consulta sobre el instrumento urbanístico que haya de elaborarse para el desarrollo de la zona de servicio del Puerto (de interés general) de Arinaga. Examen de las previsiones de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) sobre los Planes de Utilización de Espacios Portuarios (PUEP). Necesidad de que el PUEP se desarrolle mediante un instrumento de planeamiento urbanístico, lo que exigiría, en principio, que el PUEP del Puerto de Arinaga se desarrollase por un plan especial de ordenación de los regulados en el artículo. 31 de la Ley de Ordenación del Territorio y Espacios Naturales de Canarias. Aprobación del Plan Insular de Ordenación de la Isla de Gran Canaria que prevé para el Puerto de Arinaga la elaboración de un Plan Territorial Especial, instrumento que no es plenamente idóneo al trascender el ámbito urbanístico. Admisibilidad de ambas opciones (Plan Especial de Ordenación y Plan Territorial Especial), considerándose preferible utilizar el Plan Territorial Especial por: 1) Ser el previsto por las instituciones de la Comunidad Autónoma; 2) Resolver el problema que deriva del hecho de afectar la zona de servicio del puerto a dos términos municipales. Necesidad de que en la elaboración del Plan Territorial Especial intervengan los Ayuntamientos afectados.

Ref.: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 7/2004

Fecha: 19 de enero de 2005

Ponente: Francisco Sanz Gandasegui

Texto del Informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta elevada por la Abogacía del Estado en Las Palmas sobre el instrumento urbanístico que haya de elaborarse para el desarrollo de la futura zona de servicio del Puerto de Interés General de Arinaga. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

1º) La Abogacía del Estado en Las Palmas ha sido consultada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas sobre cuál sea el instrumento urbanístico que debe elaborarse para el desarrollo de la futura zona de servicio del Puerto de Arinaga y el procedimiento que debe seguirse para su tramitación.

Según se expresa por la Abogacía del Estado en el proyecto de informe que eleva a este Centro Directivo, en el marco de las previsiones contenidas en el artículo 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la Autoridad Portuaria de Las Palmas convocó un concurso para la contratación de lo que se denominó "asistencia técnica para la redacción, y consultoría durante su tramitación, del Plan Territorial Especial del Puerto de Arinaga", entendiéndose que el instrumento a desarrollar debía ser el Plan Territorial Especial a que aluden los artículos 23 y 24 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y los Espacios Naturales de Canarias (LOTENC), al superar la ordenación urbanística del futuro Puerto de Arinaga el ámbito municipal del Plan Especial, toda vez que la Zona de Servicio abarca dos términos municipales, el de Agüimes y el de Santa Lucía de Tirajana.

Afirma asimismo la Autoridad Portuaria en el escrito de solicitud de informe dirigido a la Abogacía del Estado en Las Palmas que el Plan Insular de Ordenación de la isla de Gran Canaria, recientemente aprobado, establece para el Puerto de Arinaga su desarrollo mediante un Plan Territorial Especial.

La formulación y tramitación de este Plan Territorial Especial correspondería a la Autoridad Portuaria de Las Palmas y la aprobación definitiva al Cabildo Insular de Gran Canaria.

No obstante, la falta de desarrollo reglamentario de la LOTENC y el hecho de no estar claramente definido en este último cuerpo legal si un Plan Territorial Especial puede ordenar usos pormenorizados han suscitado dudas acerca de cuál sea el instrumento urbanístico que deba elaborarse para el desarrollo de la futura Zona de Servicio del Puerto de Arinaga y el procedimiento que deba seguirse para su tramitación”.

2º) En el mencionado proyecto de informe, tras un detallado estudio de las cuestiones planteadas, la Abogacía del Estado en Las Palmas llega a las siguientes conclusiones:

“PRIMERA.- Entiende el Abogado del Estado que suscribe que el desarrollo del sistema general portuario en el Puerto de Arinaga habrá de llevarse a cabo a través de un Plan Territorial Especial que se ajuste además a las previsiones que al efecto se contienen en el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria, sin necesidad de que se formulen y aprueben posteriormente Planes Especiales de Ordenación de ámbito municipal. Ello no quiere decir, sin embargo, que estos últimos no puedan ser efectivamente tramitados y aprobados si así lo estiman oportuno, en ejercicio de su autonomía constitucionalmente garantizada, los correspondientes Ayuntamientos de Agüimes y Santa Lucía de Tirajana.

Ahora bien, si finalmente se aprueban, estos Planes Especiales de Ordenación habrán de respetar necesariamente las determinaciones contenidas en el Plan Territorial Especial, por lo que sus facultades de ordenación vendrán acotadas por el grado o nivel de desarrollo y precisión que este último haya alcanzado.

SEGUNDA.- En cuanto al procedimiento de tramitación, habrán de respetarse las previsiones contenidas al efecto en el Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias –LOTENC–. En todo caso, y por lo que se refiere al Plan Territorial Especial, hemos de aclarar que la Administración competente por razón de la materia para su formulación será la Autoridad Portuaria de Las Palmas (cfr.: art. 24.1.c) de la LOTENC en relación con el art. 18 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante) y que la aprobación definitiva corresponderá al Cabildo Insular de Gran Canaria, según lo previsto en el art. 24.4.a) de la LOTENC.

Además, antes de la aprobación definitiva de estos instrumentos de ordenación (tanto si se trata de los Planes Especiales de Ordenación, como si se trata del Plan Territorial Especial) habrá de darse traslado de su contenido a la Autoridad Portuaria de Las Palmas para que ésta se pronuncie sobre los aspectos de su competencia, todo ello con estricta sujeción a lo previsto en el apartado 2.c) del artículo 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Es más, recibido por la Autoridad Portuaria el contenido del plan especial de acuerdo con lo establecido en este precepto, ésta habrá de remitirlo “a Puertos del Estado a fin de que formule las observaciones y sugerencias que estime convenientes”, según prevé expresamente el párrafo segundo del art. 96.7 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general”.

3º) Según se deduce de los antecedentes, el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Interés General de Las Palmas, en el que se integra el Puerto de Arinaga fue aprobado por Orden del Ministro de Fomento de 1 de agosto de 2001 (BOE de 21 de agosto), corrigiéndose los errores apreciados por Orden FOM/2960/2002, de 31 de octubre (BOE de 23 de noviembre). Según se indica, existe un proyecto de modificación del PUEP que no ha sido aprobado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, LPMM), aborda en el Título I, Capítulo I, Secciones 2ª (naturaleza y delimitación del dominio público portuario) y 3ª (planificación, proyectos y construcción), las relaciones entre los puertos de interés general y las competencias autonómicas y locales en materia de ordenación de territorio y urbanismo con una regulación que ha sido en lo fundamental confirmada por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 40/1998. El contenido de esa norma ha sido complementado y parcialmente modificado por las previsiones de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (en adelante, LREPS) y, especialmente, por su artículo 96 que deroga y sustituye el artículo 15 de la LPMM que hasta entonces regulaba los Planes de Utilización de los Espacios Portuarios.

La Sección 2ª del Capítulo I del Título I de la LPMM se inicia con una definición –artículo 14– del dominio público portuario estatal que comprende –apartado 1– “las aguas marítimas, terrenos, obras e instalaciones fijas de los puertos de competencia de la Administración del Estado” y –apartado 2– el dominio público marítimo terrestre afecto a los puertos e instalaciones portuarias de titularidad estatal.

Pues bien, el puerto es un espacio delimitado por el Estado mediante una zona de servicio que, según el artículo 96.1 de la LREPS (que sustituye como se acaba de indicar al artículo 15.1 de la LPMM), incluye “los espacios de tierra y de agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios a que se refiere el artículo 94.1 de esta Ley (precepto que establece los ‘usos y actividades permitidas en el dominio público portuario’), los espacios de reserva que garanticen la posibilidad de desarrollo de la actividad portuaria y aquéllos que puedan destinarse a usos no portuarios mencionados en dicho artículo. Esta delimitación se efectuará a través del plan de utilización de espacios portuarios”

Según el apartado 1 del artículo 94 de la LREPS, dentro de la zona de servicio de los puertos podrán llevarse a cabo, además de las actividades comerciales portuarias, las que correspondan a empresas industriales o comerciales cuya localización en el puerto esté justificada por su relación con el tráfico portuario, por el volumen de los tráficos marítimos que generan o por los servicios que prestan a los usuarios del puerto, de conformidad con las determinaciones de la ordenación del espacio portuario y del planeamiento urbanístico aplicable.

Pues bien, a la Autoridad Portuaria corresponde –artículo 96.3 de la LREPS– la elaboración del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios (en adelante, PUEP) “que incluirá los usos previstos para cada una de las diferentes zonas del puerto, así como la justificación de la necesidad o conveniencia de tales usos, según criterios transparentes, objetivos, no discriminatorios y de fomento de la libre competencia en la prestación de los servicios”

El PUEP es aprobado por el Ministro de Fomento –artículo 96.3 in fine– y cumple la finalidad prioritaria de planificar el presente y futuro del puerto, pero sólo en lo que se refiere a las actividades portuarias. No tiene una función de ordenación urbanística, papel que corresponde, como se verá inmediatamente, al plan especial cuya aprobación corresponde a la autoridad urbanística competente. Consiste, pues, el PUEP en la planificación del puerto desde la perspectiva portuaria; el PUEP delimita y ordena la zona de servicio y los usos portuarios y la planifica, proyecta la construcción y explotación de las obras y servicios del puerto. Como ha dicho el Tribunal Constitucional (sentencia nº 40/1998), “el plan de utilización no supone sino la previsión, a grandes rasgos, de los distintos usos portuarios, exigiendo además que se incluya «la justificación de la necesidad o conveniencia de dichos usos»; no se trata de regular el uso urbanístico de los espacios portuarios, sino, más sencillamente, de

determinar cómo se van a distribuir las actividades portuarias dentro del recinto del puerto. Con ello no se vacían de contenido las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo de las Administraciones afectadas, pues, como acaba de señalarse, tales competencias 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, con las limitaciones que de inmediato veremos, es aprobado por las Administraciones urbanísticas competentes”.

Además, la aprobación del PUEP lleva consigo implícita –artículo 96.5 de la LREPS– la declaración de utilidad pública a los efectos expropiatorios de los bienes de propiedad privada, así como la afectación al uso portuario de los bienes de dominio público incluidos en la zona de servicio que sean de interés para el puerto.

Como se acaba de apuntar, si el PUEP tiene como finalidad delimitar la zona de servicio del puerto y distribuir su uso desde la perspectiva exclusivamente portuaria, además de prever su futura expansión, la integración del puerto en la planificación urbanística se produce a través del plan especial. Para facilitar esta integración, la LPMM dispone, en primer lugar, la calificación de la zona de servicio portuaria como sistema general, que, a falta de otra más precisa, parece la más conforme con la naturaleza y finalidad del puerto. El Tribunal Constitucional (fundamento jurídico 2 de la sentencia nº 40/1998) ha considerado conforme con la Constitución tal calificación, pues, partiendo de que el Estado puede incidir con su planificación sectorial en el territorio y, en concreto, en el urbanismo, la calificación de la zona de servicio de los puertos como sistema general no excluye las competencias sobre urbanismo; antes bien, esta calificación lleva consigo la necesidad de que dicho sistema sea desarrollado por un plan especial o instrumento equivalente, aprobado por la Administración Urbanística. Más allá de esta previsión y de la derivada de la asignación de usos portuarios, la planificación urbanística del puerto y su conexión con la ciudad corresponde al plan especial. El plan especial, en desarrollo del sistema general portuario, deberá atender no sólo a la ordenación interna de la zona de servicio, sino que también deberá incluir entre sus determinaciones las medidas y previsiones necesarias para garantizar una eficiente explotación del espacio portuario, su desarrollo y su conexión con los sistemas generales de transporte terrestre, según dispone el artículo 18.3 de la LPMM.

Esta distribución de funciones y contenidos entre el PUEP y el plan especial tiene su correlato en su vertiente formal, entendiendo por tal los procedimientos que han de seguirse para su aprobación, la atribución de competencias resolutorias y la participación en cada caso de las diferentes Administraciones competentes, de tal manera que se asegure a cada una de ellas la intervención que constitucionalmente le corresponde.

Así, el PUEP –artículo 96 de la LREPS– es aprobado por el Ministerio de Fomento a propuesta de la Autoridad Portuaria, previo informe, de Puertos del Estado, de la Dirección General de Costas y de los informes precisos de los Departamentos Ministeriales afectados (Defensa, Hacienda...) y de las Administraciones Públicas competentes en materia de pesca, ordenación del sector pesquero, industria, etc. La Ley prevé la intervención preceptiva de las Administraciones Urbanísticas sobre los aspectos de su competencia mediante la emisión de informe, lo que deberá efectuarse en el plazo de un mes, de tal manera que la falta de respuesta se entenderá en sentido favorable.

En efecto, dado que el PUEP afecta a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentra, debe preverse su intervención y la de las Entidades Locales a través de la posibilidad de emitir los correspondientes informes. Como confirmó la repetida sentencia del Tribunal Constitucional nº 40/1998, dichos informes deberán ser tenidos efectivamente en cuenta por el Ministerio competente, que deberá razonar las circunstancias que en un determinado caso pueden conducir a que no se respeten las observaciones contenidas en los mismos, pero no puede pretenderse que sean vinculantes para la Administración estatal, pues ello sería tanto como supeditar el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado sobre puertos a la competencia sobre ordenación del territorio y urbanismo de las entidades territoriales afectadas.

Por su parte, el plan especial se formula –artículo 18.2 de la LPMM– por la Autoridad Portuaria (aunque no con carácter excluyente, tal y como declaró la STC 204/2002 en relación con los Planes Directores de los Aeropuertos de Interés General, cuya doctrina es trasladable a esta materia), y se tramita y aprueba de acuerdo con la legislación urbanística y de ordenación del territorio por la Administración competente en materia de urbanismo en coherencia con su contenido.

El apartado 2, párrafo c), del artículo 18 de la LPMM establece, en orden a la necesaria articulación competencial, que, concluida la tramitación y con carácter previo a la aprobación definitiva del plan especial, la Administración Urbanística en un plazo de 15 días a partir de la aprobación provisional dará traslado a la Autoridad Portuaria para que en el plazo de un mes se pronuncie sobre los aspectos de su competencia. Si no se lleva a cabo dicho traslado o el informe de la Autoridad Portuaria fuera negativo, no podrá procederse a la aprobación definitiva, debiendo efectuarse las consultas necesarias con la Autoridad Portuaria, a fin de llegar a un acuerdo expreso sobre el contenido del plan especial. De persistir el desacuerdo durante un período de seis meses, corresponderá al Consejo de Ministros informar con carácter vinculante.

Se establece de esta manera un complejo procedimiento de colaboración que exige la participación activa de todas las Administraciones Públicas, interviniendo cada una de ellas en la esfera de su respectiva competencia. Ahora bien, como se habrá reparado, en este caso, agotados los cauces de colaboración, si persiste el conflicto, se atribuye al Consejo de Ministros la capacidad de emitir un informe vinculante, lo cual es tanto como decir que se atribuye al Estado la capacidad decisoria o dirimente.

Esta previsión fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, cuyo pronunciamiento resulta aquí de especial interés. En efecto, el Alto Tribunal reitera su doctrina cuando razona que “en la aprobación del plan especial del puerto inciden tanto las competencias urbanísticas de los entes encargados de tramitar y aprobar el plan [art. 18.2 b)], como las competencias del Estado –ejercidas en este caso por la Autoridad Portuaria– sobre los puertos de su titularidad. No puede considerarse, por tanto, inconstitucional la previsión de que, antes de su aprobación definitiva, deba darse traslado del contenido del plan a la Autoridad Portuaria al objeto de que se pronuncie, como expresamente se dice, sobre «aspectos de su competencia», ni el que para el supuesto de no conseguirse un acuerdo entre ambas Administraciones –acuerdo al que en muchos casos será posible llegar– se prevea un dictamen vinculante del Consejo de Ministros. Como ya hemos señalado en anteriores ocasiones, «la técnica del informe favorable simplifica la tramitación, en términos análogos a la importante regla de racionalización que dispone el art. 39 de la Ley de Procedimiento Administrativo (se aludía, evidentemente, a la Ley de 1958), evitando tener que seguir dos procedimientos separados y facilitando la colaboración entre las Administraciones estatal y autonómica para el cumplimiento de sus distintos fines» [STC 149/1991, fundamento jurídico 4. D) a) a’)]. Y, en última instancia, la competencia exclusiva del Estado sobre determinados puertos hace que, en estos supuestos en los que está en juego el ejercicio de dicha competencia, su decisión deba prevalecer e imponerse a las demás entidades territoriales afectadas, aunque, volvemos a insistir, la necesidad de acuerdo y, en su caso, el informe vinculante del Consejo de Ministros sólo se produce respecto de aquellos aspectos que son de competencia de la Autoridad Portuaria [art. 18.2 c) L.P.M.M.]».”

Por último, como se señala en el proyecto de informe y ordena el artículo 96.7, in fine, de la LREPS, recibido por parte de la Autoridad Portuaria el contenido del plan especial de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.2.c) de la LPMM, ésta lo remitirá a Puertos del Estado a fin de que formule las observaciones y sugerencias que estime convenientes.

La funcionalidad del sistema para integrar las competencias estatales, autonómicas y locales se comprueba con el análisis del régimen de las obras que han de ejecutarse en el dominio público portuario, a lo que se dedica el artículo 19 de la LPMM.

De acuerdo con el planteamiento de la LPMM, y partiendo del efectivo desarrollo de sus previsiones, una vez aprobados tanto el PUEP como el plan especial, no puede existir contradicciones entre los proyectos de las autoridades portuarias y el planeamiento urbanístico. Por ello, el apartado 1 del artículo 19 de la LPMM dispone que las obras que realicen las Autoridades Portuarias en el dominio público portuario deberán adaptarse al plan especial de ordenación del espacio portuario. Para la constatación de este requisito deberán someterse a informe de la Administración urbanística competente, que se entiende favorable si transcurre un mes sin ser emitido.

Ahora bien, como puede que no se exista plan especial, el apartado 2 del artículo 19 de la LPMM atribuye al PUEP un carácter supletorio. En efecto, dicho precepto dispone que “en el caso de que no se haya aprobado el plan especial a que se refiere el número anterior, 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”.

Esta previsión, impugnada ante el Tribunal Constitucional, ha sido considerada por éste en su repetida sentencia nº 40/1998 como conforme con la Norma Fundamental, afirmando que “el que el plan de utilización pueda, en determinados casos, y con carácter meramente supletorio, condicionar las obras de superestructura de instalaciones que realicen las Autoridades Portuarias y, en este sentido, venga a sustituir, siempre provisionalmente, al plan especial, no justifica que se conceda a las Comunidades Autónomas facultad para condicionar la decisión estatal. De un lado, porque en estos supuestos el plan de utilización sigue sin ser un plan urbanístico en sentido estricto, de manera que en él no se contiene una completa delimitación a los efectos urbanísticos de los distintos usos del territorio afecto al puerto, sino una distribución general de los espacios en función de los usos estrictamente portuarios, distribución que, por otra parte, debe, asimismo, ser respetada por la Administración urbanística competente al elaborar el plan especial; de otro, porque se trata de una cláusula residual, justificada por la necesidad de ordenar los espacios del puerto en tanto no se haya aprobado dicho plan; fuera de este supuesto, el plan de utilización quedará sustituido por el plan especial al que, según lo dispuesto en el art. 19.1 L.P.M.M., deberán adaptarse las obras que realicen las Autoridades Portuarias en el dominio público portuario”.

Particular importancia, a los efectos que aquí corresponde estudiar, tiene el apartado 3 del artículo 19 que establece que las obras de nuevas construcción, reparación y conservación que se realicen en el dominio portuario por las Autoridades Portuarias, no estarán sometidas a los actos de control preventivo por constituir obras públicas de interés general a que se refiere el artículo 84.1.b de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local. La exención de licencia municipal se justifica plenamente, puesto que, como se acaba de expresar, las obras que se realicen en el puerto deberán ajustarse a lo previsto en el plan especial, para lo que se prevé como trámite preceptivo en el artículo 19.1 que “para la constatación de este requisito, 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” El informe de la Administración Urbanística sustituye a la licencia respecto de las obras que emprendan las Autoridades Portuarias sólo en el caso, dado el carácter restrictivo con el que ha de considerarse esta previsión, de que se trate de obras estrictamente relacionadas con el servicio portuario como, por lo demás, expresó claramente el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre esta cuestión, por considerar sometidas a licencia las actividades previstas en el artículo 3.6, es decir, equipamientos culturales, certámenes feriales, exposiciones, etc.

Este procedimiento de articulación de competencias tiene otras dos importantes consecuencias que son la exención de licencias urbanísticas en el caso de obras públicas de interés general y la prohibición de la suspensión de obras públicas estatales. En efecto, este procedimiento de colaboración, en el que la Administración Urbanística dispone de un trámite de audiencia, permite salvaguardar las exigencias derivadas de la autonomía local concretadas

en el derecho y obligación de las Entidades Locales de controlar la actuación urbanística de la Administración General del Estado cuando es promotora de obras públicas de interés general. En efecto, como ha expresado el Tribunal Constitucional (sentencias números 40/1998 y 204/2002), no sería constitucional la proclamación de la exención de licencias para las obras públicas de interés general sin que se facilite a la Administración Urbanística ninguna oportunidad de intervenir en el correspondiente procedimiento para que puedan ejercer sus competencias.

De la misma manera, siempre que la Administración del Estado haya seguido los trámites expuestos, ninguna Administración territorial puede suspender las obras públicas promovidas por aquélla.

Finalmente, y no por ello menos importante, el artículo 96.7 de la LREPS establece 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 los espacios portuarios del puerto”

e acuerdo con esta previsión normativa, no puede ordenarse urbanísticamente la zona de servicio de un puerto de interés general sin que previamente se haya aprobado el PUEP, por lo que, sin perjuicio de los trabajos preparatorios que parezca oportuno acometer con esta finalidad, la Ley impide a la Autoridad Portuaria la formulación del plan especial de desarrollo, lo cual es lógico y coherente con el sistema expuesto. Si la Ley establece estos dos niveles de ordenación del puerto, el propio del PUEP y el del plan especial que lo desarrolla, resulta lógico que la formulación y aprobación de este último estén condicionadas al anterior.

- II -

A la vista de las consideraciones generales precedentes, complementarias de las que se realizan en el proyecto de informe, y que este Centro estima necesarias para el correcto enfoque de las cuestiones planteadas, procede abordar con detalle las cuestiones que plantea la consulta en relación con el Puerto de Interés General de Arinaga.

Lo primero que ha de indicarse es que, de acuerdo con el artículo 96.7 de la LREPS, que se acaba de citar, no puede formularse por la Autoridad Portuaria plan especial o instrumento equivalente que ordene su zona de servicio sin que previamente se apruebe el correspondiente PUEP. En el caso a que se refiere el presente informe, el PUEP, como se reseñaba en los antecedentes, está aprobado por Orden del Ministro de Fomento de 21 de agosto de 2001, modificada el 31 de octubre de 2002, por lo que puede formularse el citado instrumento urbanístico en desarrollo de sus previsiones. No sucede lo mismo en relación con la modificación del PUEP que, según los antecedentes remitidos, consiste en una ampliación “de la zona de servicio hacia el Sur, hasta el accidente geográfico denominado Punta Gaviota (en el término municipal de Santa Lucía de Tirajana);” y que no ha sido aprobada conforme a las normas previstas para la modificación de los PUEP, por lo que, hasta tanto se produzca dicha aprobación, no podrá procederse a su correspondiente desarrollo.

Dicho esto, la determinación de cuál ha de ser el instrumento de planeamiento más adecuado para el desarrollo del PUEP del Puerto de Arinaga viene condicionado, en el presente caso, por dos elementos a tener en cuenta. De una parte, el hecho de que el Puerto de Arinaga se sitúa en dos términos municipales, lo que no se aviene con las características sustantivas y, sobre todo, procedimentales de un plan especial de ordenación, tal y como están regulados en los artículos 31, 37 y concordantes de la LOTENC que circunscribe el ámbito de este instrumento de planeamiento a un término municipal, atribuyendo la competencia para su aprobación (por la remisión que se realiza en el artículo 37.5 al procedimiento propio de los planes parciales, previsto en el artículo 35.3) al Ayuntamiento respectivo.

El segundo elemento a considerar es que el artículo 18.2.b) de la LPMM remite a un “plan especial o instrumento urbanístico equivalente,” cuya “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,” sin ulterior concreción. Esta indeterminación es coherente con el sistema de distribución de competencias, puesto que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el Estado carece de competencia para concretar o definir técnicas concretas urbanísticas, materia ésta que corresponde a la legislación de las comunidades autónomas.

Pues bien, en este sentido, como se recoge en el proyecto de informe, la Comunidad Autónoma de Canarias ha aprobado mediante Decreto 277/2003, de 11 de noviembre (modificado para salvar determinados errores por el Decreto 68/2004, de 25 de mayo), el Plan Insular de Ordenación de la Isla de Gran Canaria (en adelante PIOGC).

En dicho plan se contienen diversas previsiones sobre el Puerto de Arinaga. Concretamente, en su artículo 162, apartado 3, se menciona el Puerto de Arinaga en los siguientes términos:

“El Puerto de Arinaga.

El Puerto de Arinaga en construcción, es el elemento principal de la estructura del tramo Este del litoral y comportará la desaparición de la playa existente en Bahía de Formas sin que se prevean otras afecciones directas sobre el litoral. La Autoridad Portuaria ha propuesto la ampliación de la zona de servicio y uso portuario, para incorporar un dique de abrigo y protección del oleaje del sur, y crear una plataforma de mayor superficie para establecer graneles, depósitos de combustibles líquidos y gaseosos, instalaciones de almacenamiento de áridos, vehículos, etc., junto al muelle existente frente al futuro Parque Tecnológico y de Actividad Económica Bahía de Formas, y dar mayor cobertura a toda la zona de actividad industrial, comercial y terciaria definida entre Telde y Vecindario. Dicha propuesta deberá estar analizada y desarrollada por un Plan Territorial Especial (PTE24), que establezca una ordenación de los usos, las infraestructuras portuarias y viarias, que complemente la desarrollada por el Plan Territorial Parcial de la Plataforma Litoral del Este.

El Estudio de Impacto Ambiental que amplíe la actual declaración de impacto o la que la sustituya, deberá estudiar la estabilidad de las playas próximas y los efectos de las nuevas infraestructuras portuarias sobre el litoral y ámbito marino entre Bahía de Formas y la desembocadura del Barranco de Tirajana; y compensar la pérdida de la Playa de Bahía de Formas, con actuaciones de rehabilitación costera o regeneración de alguna playa de la zona de afección.”

Este Centro Directivo carece de elementos de juicio suficientes para concretar si la propuesta de modificación a la que se refiere dicho precepto es el PUEP ya aprobado por el Ministerio de Fomento o la modificación a la que se ha hecho mención anteriormente.

En todo caso, a la vista del contenido del artículo 162.3 del PLOGC y de la regulación de los planes territoriales especiales (en adelante, PTE) que realiza la LOTENC en su artículo 14, este Centro Directivo comparte la consideración que se realiza en el proyecto de informe de que el instrumento elegido –PTE– no es el que más se acomoda a la finalidad del instrumento urbanístico que, según el artículo 18 de la LPMM, ha de desarrollar el PUEP. Ello es así por cuanto que el artículo 23.3 de la LOTENC, al referirse a los PTE, los describe en los siguientes términos:

“Los Planes Territoriales Especiales, que podrán tener ámbito regional, insular o comarcal, tendrán por objeto la ordenación de las infraestructuras, los equipamientos y cualesquiera otras actuaciones o actividades de carácter económico y social, pudiendo desarrollar, entre otras, las siguientes determinaciones:

- a) Definir los equipamientos, dotaciones e infraestructuras de uso público y recreativo vinculados a los recursos naturales y espacios protegidos.

- b) Ordenar los aprovechamientos de los recursos naturales de carácter hidrológico, minero, extractivo u otros”

El hecho de que el PTE trascienda el ámbito urbanístico y tenga por finalidad la ordenación de las infraestructuras (cometido por otra parte propio del PUEP), más que “las medidas y previsiones necesarias para garantizar una eficiente explotación del espacio portuario, su desarrollo y conexión con los sistemas generales de transporte” (que es el cometido que asigna al plan especial el artículo 18.3 de la LPMM), no se coherente con la finalidad (interpretada por el Tribunal Constitucional en los términos antes expuestos) propia del instrumento que tiene que desarrollar el PUEP.

La mención que en el antes transcrito artículo 162 del PIOGC se hace a que “la propuesta deberá estar analizada y desarrollada por un Plan Territorial Especial (...)” no encaja, entendida literalmente, con el planteamiento expuesto en el fundamento jurídico precedente sobre la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, especialmente, con la incidencia de las competencias sectoriales del Estado en el territorio. En efecto, no sería conforme con dicho sistema la mediatización del ejercicio de las competencias exclusivas del Estado para programar y planificar los puertos de interés general por la competencia autonómica sobre ordenación del territorio.

Por ello, hay que entender las previsiones del citado PIOGC en el sentido amplio de la inserción del puerto en el territorio que lo circunda, con el objeto de facilitar la integración de las competencias concurrentes de una manera armónica. Por último, la vinculación del PTE de desarrollo del PUEP al Plan Territorial Parcial de la Plataforma Litoral del Este (artículo 162.3 del PIOGC) debe entenderse en el contexto antes descrito, puesto que el plan de desarrollo del PUEP no puede estar jerárquicamente vinculado a ningún otro instrumento de planeamiento en aquello que afecta a las competencias exclusivas del Estado.

A ello se une, como se expresa en el proyecto de informe, el hecho de que no se encuentra expresamente prevista en la tramitación del PTE la participación efectiva de las Entidades Locales sobre cuyos términos municipales se sitúa la zona de servicio del puerto. La falta de participación efectiva de las Entidades Locales puede poner en riesgo el debido respeto a la autonomía local, cuya importancia ha sido tan destacada por el Tribunal Constitucional, dada la íntima vinculación entre el ámbito propio del desarrollo del PUEP y el urbanismo, que se concreta, por ejemplo, como se ha expuesto anteriormente, en la necesidad de que las obras que precise acometer la Autoridad Portuaria deban ser comunicadas a la instancia urbanística para que compruebe la conformidad con el plan especial de desarrollo o en la solicitud de licencias o autorizaciones urbanísticas por parte de los agentes privados que desarrollen sus actividades en el puerto.

Ante las dificultades derivadas del carácter supramunicipal de la zona de servicio del Puerto de Arinaga y las dimanantes de la configuración de los Planes Territoriales Especiales en general y, en particular, el previsto en el PIOGC pueden plantearse dos soluciones.

La primera sería optar por la figura del plan especial de ordenación del ya citado artículo 31 y concordantes de la LOTENC. La ventaja de esta solución es su mayor adaptación a las previsiones de la LPMM, que configura el desarrollo del PUEP con un carácter marcadamente urbanístico, no territorial, con el objeto de concretar sus decisiones, misión ésta que corresponde habitualmente a los Municipios. La dificultad planteada por el hecho de que el puerto afecta a dos términos municipales diferentes podría superarse por la redacción de un solo plan y su remisión simultánea para su tramitación y aprobación por ambas Entidades Locales.

La segunda solución vendría dada por la aplicación de la figura del PTE, tal y como prevé el PIOGC, remitiendo al Cabildo Insular el proyecto de plan para su tramitación. Esta opción permite superar las objeciones derivadas de la extensión supramunicipal del Puerto de Arinaga y tiene la ventaja de guardar coherencia con las decisiones adoptadas por las Instituciones, autonómicas y locales, Canarias, facilitando así una mejor integración de las competencias que concurren sobre el espacio portuario y su entorno. Por el contrario, esta

solución tiene el inconveniente de la menor adaptación de esta figura de planeamiento a las previsiones de la LPMM, e incluso, interpretado literalmente, a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, a lo que se une el hecho de que en su elaboración no aparece garantizada con la precisión necesaria la intervención de los Ayuntamientos de los dos términos municipales.

- III -

Las dos opciones planteadas se consideran, atendidas las circunstancias del caso, viables jurídicamente con las ventajas e inconvenientes de cada una de ellas.

A la hora de optar por una u otra, hay que valorar que, dado que la tramitación y aprobación del plan, sea cual sea éste, no depende de la voluntad de la Autoridad Portuaria (más allá de su intervención preceptiva y vinculante conforme anteriormente se expuso en salvaguarda de las competencias exclusivas del Estado), parece que lo más conveniente es utilizar la figura del Plan Territorial Especial previsto en el PIOGC, si bien con una serie de condicionamientos sustantivos y formales que a continuación se desarrollan, en coherencia con las consideraciones que se han ido formulando, todo ello en atención al debido respeto de las competencias estatales y locales. No puede omitirse que las autoridades autonómica y local con competencia urbanística han considerado esta modalidad planificadora como la más adecuada para el desarrollo del PUEP del Puerto de Arinaga.

Los condicionamientos que siguen han de guiar la formulación de la propuesta y, en su caso, hacerse valer en la intervención preceptiva de la Autoridad Portuaria a la que se refiere el artículo 18.2.c) la LPMM en el procedimiento de elaboración del plan, con carácter previo a su aprobación.

Por lo que se refiere a la propuesta o formulación del plan, su contenido debe someterse a las previsiones de la LPMM en la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, tal y como se ha expuesto anteriormente, es decir, debe constituir un desarrollo urbanístico de las decisiones plasmadas en el PUEP, que no pueden ser modificadas y a las que está subordinado en lo que se refiere a las competencias exclusivas del Estado. El ámbito del plan ha de limitarse al espacio al que se extiende la zona de servicio portuaria, sin perjuicio de su integración en el entorno inmediato.

Desde el punto de vista procedimental, de acuerdo con las previsiones de la LOTENC, la aprobación del PTE corresponde al Cabildo Insular de Gran Canaria, ante el que habrá de presentarse la propuesta, no detallándose expresamente el procedimiento a seguir.

Esto no obstante, debería recordarse, cuando vaya a remitirse la iniciativa, la necesidad, antes de la aprobación definitiva del Plan, de darse traslado de su contenido a la Autoridad Portuaria de Las Palmas para que ésta se pronuncie sobre los aspectos de su competencia, de acuerdo con el ya citado apartado 2.c) del artículo 18 de la LPMM. Es más, recibido por la Autoridad Portuaria el contenido del plan especial de acuerdo con lo establecido en este precepto, ésta habrá de remitirlo "a Puertos del Estado a fin de que formule las observaciones y sugerencias que estime convenientes", según prevé expresamente el párrafo segundo del art. 96.7 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

De la misma manera, debe subrayarse la importancia de la participación efectiva de las Entidades Locales afectadas en la elaboración del plan, también justificada anteriormente. A tales efectos, pueden alegarse específicamente las previsiones de los artículos 10 y 11 de la LOTENC que prevén la cooperación de todas las Administraciones afectadas, para canalizar la efectiva participación de los Ayuntamientos afectados en la elaboración del plan de desarrollo del PUEP, y para garantizar, tanto el debido ejercicio de sus competencias locales urbanísticas, como para evitar las dificultades que pudiera en el futuro plantear la

disconformidad de dichos Ayuntamientos con las decisiones urbanísticas que en el plan se adopten.

Sin embargo, no se considera procedente, y en esto se discrepa el proyecto de informe, el desarrollo ulterior del PTE por nuevos planes especiales de cada uno de los Ayuntamientos sobre los que se asienta el Puerto de Arinaga. Si se opta porque sea el PTE el instrumento llamado a realizar la ordenación urbanística de detalle del Puerto, no tiene sentido un ulterior plan especial cuyo ámbito territorial y sobre todo objetivo sería coincidente. Las especialidades del caso no justifican este doble desarrollo del PUEP.

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

CONCLUSIONES

Primera.- El desarrollo del vigente Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Interés General de Arinaga puede hacerse a través de un Plan Especial de Ordenación previsto en los artículos 31, 37 y concordantes de la Ley de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias (texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo) o a través del Plan Territorial Especial previsto en el artículo 14 y concordantes de dicho texto legal. En cualquier caso, dicho desarrollo se debe limitar a la zona de servicio actualmente existente, sin perjuicio de las modificaciones que puedan producirse en el futuro.

Segunda.- Aunque se considera que, por sus características, el instrumento de planeamiento más adecuado para el desarrollo de la zona de servicio del Puerto de Arinaga es el Plan Especial de Ordenación, el hecho de que la zona de servicio incluya dos términos municipales, unido a la expresa opción por parte del Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria de que el desarrollo del Plan de Utilización de Espacios Portuarios se efectúe a través de un Plan Territorial Especial hacen aconsejable seguir esta segunda solución. En este caso, no se entiende procedente un ulterior desarrollo del plan territorial por ulteriores planes especiales de cada Municipio.

Tercera.- En todo caso, en la formulación y elaboración del citado Plan Territorial Especial deberán tenerse en cuenta las previsiones tanto del artículo 96 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, como del artículo 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Así, deberán respetarse las decisiones adoptadas por el Plan de Utilización de Espacios Portuarios vinculadas al ejercicio de las competencias exclusivas del Estado y el respeto al procedimiento establecido en dichos artículos que exige la audiencia de la Autoridad Portuaria y de Puertos del Estado para la salvaguarda de las competencias del Estado; por otra parte, y dado que la aprobación del Plan Territorial Especial corresponde al Cabildo Insular de Gran Canaria, se considera que en la elaboración de dicho plan deben participar los Ayuntamientos de los términos municipales sobre los que se asienta el Puerto de Arinaga.

85.- Informe sobre determinadas cuestiones atinentes a los planes especiales o instrumentos equivalentes a que se refiere el artículo 18 de la Ley 27/1992- hoy 56 del Texto Refundido.

Resumen

Consulta sobre determinadas cuestiones atinentes a los planes especiales e instrumentos equivalentes a que se refiere el art. 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (desarrollan los sistemas generales portuarios)

El ente público Puertos del Estado ha de emitir informe en la elaboración de los instrumentos equivalentes a los planes especiales.

El referido ente público ha de informar no sólo los planes especiales e instrumentos de planeamiento equivalentes a los planes especiales, sino también las modificaciones de unos y otros.

Dicho Organismo público ha de informar las modificaciones de dichos planes e instrumentos que se produzcan tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003 aunque esos planes e instrumentos hubieren sido aprobados antes de la entrada en vigor de ese texto legal.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 68/07

Fecha: 21 de enero de 2008

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del Informe

a Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre determinadas cuestiones atinentes a los planes especiales o instrumentos equivalentes que se aprueben en desarrollo de los sistemas generales portuarios. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- | -

Se recaba, en primer lugar, el parecer de este Centro Directivo sobre si la intervención de la entidad pública Puertos del Estado que establece el artículo 96.7 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general en el procedimiento de elaboración de los planes especiales a que se refiere el artículo 18 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM) es también aplicable a los instrumentos equivalentes.

El artículo 18 de la LPEMM dispone lo siguiente:

- “1. 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.
2. Dicho sistema general portuario se desarrollará a través de un plan especial o instrumento equivalente, que se instrumentará de la siguiente forma:
 - a) La Autoridad Portuaria formulará dicho plan especial.
 - b) Su 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.

- c) Concluida la tramitación, y con carácter previo a la aprobación definitiva de dicho plan especial, la Administración competente en materia de urbanismo, en un plazo de quince días, a contar desde la aprobación provisional, dará traslado del contenido de aquél a la Autoridad Portuaria para que ésta, en el plazo de un mes, se pronuncie sobre los aspectos de su competencia.

En caso de que el traslado no se realice o de que la Autoridad Portuaria se pronuncie negativamente sobre la propuesta de la Administración competente en materia urbanística, ésta no podrá proceder a la aprobación definitiva del plan especial, debiendo efectuarse las consultas necesarias con la Autoridad Portuaria, a fin de llegar a un acuerdo expreso sobre el contenido del mismo.

(...)”

El precepto que acaba de transcribirse en lo pertinente ha de ser completado con el artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003, que dispone lo siguiente:

“Asimismo, recibido por la Autoridad Portuaria el contenido del plan especial de acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 18.2.c) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, ésta lo remitirá a Puertos del Estado a fin de que formule las observaciones y sugerencias que estime convenientes”

Poniendo en relación ambos preceptos es claro que, una vez efectuada la aprobación provisional, la Administración competente en materia urbanística ha de dar traslado a la Autoridad Portuaria para que ésta se pronuncie sobre aspectos de su competencia, así como que la propia Autoridad Portuaria (y esta es la innovación introducida por el artículo 96.7 de la Ley 48/2003) ha de remitir el plan al ente público Puertos del Estado para que este organismo público formule las oportunas observaciones y sugerencias.

Incardinada, en los términos indicados, la intervención de Puertos del Estado en el procedimiento administrativo que establece el artículo 18 de la LPEMM, considera este Centro Directivo que, aunque el apartado 2 del artículo 18 de la LPEMM y el artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003 sólo se refieren al plan especial que deba aprobarse en desarrollo del respectivo sistema general portuario, la intervención del ente público Puertos del Estado ha de tener también lugar cuando se trate de un instrumento (de planeamiento) equivalente al plan especial.

En efecto, no tendría sentido alguno que, disponiendo el artículo 18.2, inciso inicial, de la LPEMM que el sistema general portuario ha de desarrollarse a través de un plan especial o de un instrumento equivalente, se entendiese luego que la intervención de Puertos del Estado en los términos que precisa el artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003 queda únicamente circunscrita al supuesto de que el sistema general portuario se desarrolle mediante un plan especial y no al caso de que dicho sistema general se desarrolle mediante un instrumento de planeamiento equivalente al plan especial. Entenderlo de otra forma y considerar, por tanto, que la intervención de Puertos del Estado sólo tiene lugar cuando se trate de la elaboración de un plan especial y no de un instrumento de planeamiento equivalente a dicho plan especial equivaldría, como se dice en el escrito de consulta, a tomar en consideración únicamente una simple y mera razón de denominación (*nomem iuris*) y a prescindir por completo de la razón de ser de la norma del artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003 (que necesariamente ha de ser interpretado en relación con el artículo 18 de la LPEMM al ser aquel precepto complementario de este último), cual es la de dar intervención a Puertos del Estado en el procedimiento de elaboración del instrumento de planeamiento (sea éste un plan especial o un plan equivalente) a través del cual se desarrolla el sistema general portuario, y ello en atención a la posición institucional y a las funciones que la LPEMM atribuye al repetido Organismo público: si la intervención de Puertos del Estado por vía de la emisión del oportuno informe tiene por objeto garantizar el acierto de las previsiones que se adopten en el plan especial, esa misma garantía de acierto y, por tanto, la emisión del correspondiente informe por Puertos del Estado es igualmente predicable del instrumento (de planeamiento) equiva-

lente al plan especial desde el momento en que dicho instrumento equivalente desempeña la misma función que el plan especial, cual es la de desarrollo del sistema general portuario.

Debe, pues, concluirse que la intervención que el artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003 asigna a Puertos del Estado en el procedimiento de elaboración de los planes que desarrollen los sistemas generales portuarios, es decir, las zonas de servicio de los puertos estatales, tiene lugar tanto si estos planes tienen formalmente la denominación de planes especiales como si, con otra denominación, constituyen planes o instrumentos de planeamiento equivalentes a los planes especiales.

- II -

Plantea, en segundo lugar, el escrito de consulta la cuestión relativa a si el Organismo público Puertos del Estado debe informar no sólo los planes especiales (y, según lo razonado en el apartado anterior, los instrumentos de planeamiento equivalentes a los planes especiales), sino también las modificaciones de los mismos.

El anterior interrogante merece una contestación afirmativa, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, y desde una perspectiva general y teórica, es un principio general del Derecho el de que para dejar sin efecto o modificar un acto jurídico (dando a esta expresión un contenido muy amplio, comprensivo tanto del acto normativo o norma jurídica como del acto no normativo) es necesario un acto de contrario imperio de la misma solemnidad y elaborado o producido a través del mismo procedimiento que se siguió para la emanación del acto que se pretende modificar o dejar sin efecto –principio del *contrarius actus*–. Consiguientemente, y dentro de este plano general y teórico, ha de concluirse, en aplicación de dicho principio, que si para la elaboración del plan especial o instrumento de planeamiento equivalente que desarrolle el sistema general portuario (zona de servicio de un puerto estatal) de que se trate es preceptiva la intervención de Puertos del Estado (artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003) mediante la emisión del correspondiente informe, igualmente ha de ser preceptiva la intervención de la repetida entidad pública –mediante la emisión del oportuno informe– en los casos en que se pretenda la modificación del plan especial o instrumento de planeamiento equivalente.

En segundo lugar, y en un plano más concreto, cual es el de los planes e instrumentos de planeamiento a que se refiere el artículo 18 de la LPEMM, no puede negarse la intervención de Puertos del Estado en los supuestos de modificación del plan especial (o instrumento equivalente) atendiendo a la finalidad a que se ordena la intervención de dicha entidad pública. En efecto, si la regla del artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003 –participación de Puertos del Estado en la elaboración de los planes de que aquí se trata mediante la emisión del oportuno informe en el que se recojan sus observaciones– no es otra que la de garantizar el acierto de las previsiones que se contengan en el plan especial o instrumento equivalente, no hay razón alguna para excluir la intervención de Puertos del Estado cuando se trate de modificar el plan especial (o instrumento equivalente), puesto que en el caso de la modificación de un plan en vigor también será necesario que quede garantizado el acierto de la solución que se pretende establecer a través de la modificación del plan. Es más, si se tiene en cuenta que por vía de modificaciones, especialmente si éstas son sustanciales, pueden alterarse las directrices generales (y no sólo las previsiones concretas) de un plan especial o de un instrumento de planeamiento equivalente, ya aprobado y en vigor, carecería de toda justificación que en el procedimiento de elaboración del plan hubiese tenido intervención Puertos del Estado –para garantizar el acierto de las soluciones recogidas en el plan– y, en cambio, en el procedimiento de modificación del plan, esto es, en el procedimiento de modificación de las previsiones del plan no tuviese participación alguna la mencionada entidad pública.

En tercer lugar, y confirmando las consideraciones anteriores y el criterio a que conducen, no pueden dejar de traerse a colación, ya en el terreno del derecho positivo, las previsiones de la legislación urbanística. A estos efectos, debe indicarse ante todo que los planes especiales o instrumentos de planeamiento equivalentes a que se refiere el artículo 18 de la LPEMM tienen una innegable connotación urbanística y se incardinan en el planeamiento urbanístico. Así, dicho precepto legal parte de la calificación de la zona de servicio del puerto como sistema general portuario por los instrumentos generales de ordenación urbanística y la tramitación y aprobación de los planes de que se trata se efectúa de acuerdo con lo previsto en la legislación urbanística y por la Administración competente en materia de urbanismo. Pues bien, encuadrados los planes de que aquí se trata en la materia urbanística, no puede desconocerse que en la normativa sobre elaboración de planes urbanísticos rige, como no podía ser de otra forma, la regla de que la modificación de los planes o instrumentos de ordenación urbanística ha de ajustarse al mismo procedimiento que se siguió para su aprobación. Así, pueden traerse a colación las siguientes previsiones:

- 1) Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto 1396/2976, de 9 de abril (se cita como referencia general). El artículo 49.1 de este texto legal dispone que “las modificaciones de cualquiera de los elementos de los Planes, proyectos, programas, normas y ordenanzas se sujetarán a las mismas disposiciones enunciadas para su formación”, previsión que es reproducida literalmente por el artículo 161.1 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio.
- 2) Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio. El artículo 94 de este texto legal, en la redacción dada por el artículo 11 del Decreto-Ley 1/2007, de 16 de octubre, establece que “la modificación de cualquiera de los elementos de una figura del planeamiento urbanístico se sujeta a las mismas disposiciones que rigen la formación, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente y las particularidades siguientes: (...)”
- 3) Ley 15/2002, de 30 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Galicia, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural. El artículo 93.4, párrafo primero, preceptúa que “la revisión del planeamiento y las modificaciones de cualquiera de los elementos de los planes, proyectos, normas y ordenanzas se sujetarán a las mismas disposiciones enunciadas para su tramitación y aprobación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 62 de la presente Ley”.
- 4) Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de Ordenación Urbanística de Andalucía. El artículo 36.1 de este texto legal establece que “la innovación de la ordenación establecida por los instrumentos de planeamiento se podrá llevar a cabo mediante su revisión o modificación. Cualquier innovación de los instrumentos de planeamiento deberá ser establecida por la misma clase de instrumento, observando iguales determinaciones y procedimiento regulados para su aprobación, publicidad, publicación y teniendo idénticos efectos...”

Pues bien, si la normativa urbanística (estatal y de las Comunidades Autónomas) sigue la regla de que la modificación de un plan urbanístico ha de efectuarse observando el mismo procedimiento que el seguido para su aprobación, ha de concluirse que en la modificación del plan especial o instrumento de planeamiento equivalente a que se refiere el artículo 18 de la LPEMM –plan especial o instrumento de planeamiento equivalente que, como se ha dicho, se incardina en el planeamiento urbanístico– ha de seguirse igualmente el procedimiento establecido para su aprobación, por lo que si en ésta ha de intervenir el ente público Puertos del Estado (artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003), este mismo Organismo público ha de intervenir, emitiendo el correspondiente informe en el procedimiento que ha de seguirse para la modificación del plan especial o instrumento de planeamiento equivalente.

- III -

Contestada afirmativamente la cuestión relativa a si Puertos del Estado ha de informar las modificaciones de los planes especiales (o instrumentos de planeamiento equivalentes) a que se refiere el artículo 18 de la LPEMM, debe examinarse, como última cuestión que plantea el escrito de consulta, si el repetido Organismo público ha de informar las modificaciones de los planes especiales aprobados definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003.

Al no contener la Ley 48/2003, en sus disposiciones transitorias, ninguna previsión al respecto, la anterior cuestión ha de ser resuelta con arreglo a las normas generales de entrada en vigor de las leyes contenidas en el artículo 2 del Código Civil (“1. Las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa. (...) 3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusiesen lo contrario”).

Habiendo entrado en vigor la Ley 48/2003, conforme establece su disposición final cuarta, a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 27 de febrero de 2004 (su publicación en el Boletín Oficial del Estado tuvo lugar el 27 de noviembre de 2003), dicho texto legal rige desde la indicada fecha, por lo que la norma de su artículo 96.7, párrafo segundo, es aplicable a las modificaciones de planes especiales (e instrumentos de planeamiento equivalentes) que se produzcan con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 48/2003, es decir, con posterioridad al día 27 de febrero de 2004, aunque se trate de planes aprobados definitivamente con anterioridad a esa fecha, y ello en razón de que lo que ha de tomarse en consideración no es la aprobación definitiva del plan (o instrumento de planeamiento equivalente), sino la modificación, por lo que si ésta tiene lugar tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, sería este texto legal, más concretamente, su artículo 96.7, párrafo segundo, el que debe aplicarse; entender lo contrario y negar la aplicación de dicho precepto legal so pretexto de que el plan que se pretende modificar se aprobó definitivamente con anterioridad a la Ley 48/2003 equivaldría a posponer o retrasar la entrada en vigor de este texto legal respecto de una situación o estado de cosas –la modificación que se proyecta realizar o cuya tramitación se ha iniciado ya– que se produce o tiene lugar estando ya vigente la Ley 48/2003.

El anterior criterio queda confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que, realizando una interpretación restrictiva del principio o regla de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, excluye del concepto de retroactividad lo que la doctrina denomina retroactividad de grado mínimo, es decir, la incidencia de la nueva ley en los efectos producidos bajo su vigencia por situaciones jurídicas surgidas al amparo de la ley antigua pero no consumadas ni agotadas bajo aquélla.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 127/1988, de 24 de noviembre, declara en su fundamento jurídico lo siguiente:

“No hay retroactividad cuando la ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones –SSTC 42/1986, de 10 de abril y 99/1987, de 11 de junio–, una norma es retroactiva a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución cuando incide sobre ‘relaciones consagradas’ y ‘afecta a situaciones agotadas’ y lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la irretroactividad 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, y en esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003 (Ar. 5421) declara que:

“.. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional que arranca de la sentencia 6/1983, de 4 de febrero y se recoge en la jurisprudencia de esta Sala (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1999, 22 de junio de 1999, 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 consumados 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 grado mínimo es excluida por el Tribunal Constitucional y por 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, 94/1987, 277/1998, 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 por el Tribunal Supremo, el supuesto de que aquí se trata se subsume en la retroactividad de grado mínimo, excluida, por tanto, del campo de la retroactividad en sentido propio, dado que la Ley 48/2003 (artículo 96.7, párrafo segundo) se aplicaría a partir de su entrada en vigor, es decir, para el futuro (modificaciones de planes especiales o instrumentos de planeamiento equivalentes que se produzcan tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003) y no a situaciones agotadas o consumadas, pues difícilmente puede atribuirse el carácter de tal a la modificación de un plan, si se tiene en cuenta que es de esencia a todo plan y, particularmente, a los planes de urbanismo su modificación, modificación cuyo procedimiento y aprobación constituyen conceptualmente actos jurídicos distintos del procedimiento que en su día se siguió para la elaboración del plan y del acto que lo aprobó.

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 intervención, mediante la emisión del oportuno informe, que el artículo 96.7, párrafo segundo, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general asigna al ente público Puertos del Estado en el procedimiento de elaboración de los planes que desarrollen los sistemas generales portuarios ha de tener lugar tanto si estos planes adoptan formalmente la denominación de planes especiales como si, con otra denominación, constituyen planes o instrumentos de planeamiento equivalentes a dichos planes especiales.

Segunda.- Por las consideraciones recogidas en el apartado II del presente informe, ha de entenderse que el ente público Puertos del Estado debe informar no sólo los planes especiales y los instrumentos de planeamiento equivalentes a dichos planes especiales, sino también las modificaciones de unos y otros.

Tercera.- El repetido Organismo público ha de informar las modificaciones de los planes especiales y de los instrumentos de planeamiento equivalentes a dichos planes especiales que se produzcan tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, aunque dichos planes especiales e instrumentos de planeamiento equivalentes hubiesen sido aprobados definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de dicho texto legal.

86.- Informe sobre posibilidad de ejecución de unas obras en la dársena deportiva de un puerto en ausencia de Plan de Utilización de los Espacios Portuarios y de Plan Especial.

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 (Grupo Inmobiliario Hispania Europa, S.A. e Inmomelilla Obras y Promociones 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 opongán 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.

87.- Informe sobre los efectos que produce la anulación de un Plan especial de un puerto sobre un concurso convocado por la Autoridad Portuaria para el otorgamiento de una concesión.

Resumen

Consulta sobre los efectos que produce la anulación de un Plan Especial de un Puerto sobre un concurso convocado por la Autoridad Portuaria para el otorgamiento de una concesión con destino a la construcción y explotación de una zona terrestre y lámina de agua para usos náutico- recreativos, que son los autorizados precisamente en ese Plan Especial. A pesar de que la sentencia anulatoria no es firme, produce efectos respecto a las personas afectadas por el fallo, entre las que se encuentra la Autoridad Portuaria.

Las previsiones en materia de uso contenidas en el Plan Especial no pueden suplirse por las genéricas contenidas en el Plan Director de Infraestructuras ni por la Declaración de Impacto ambiental del proyecto de ampliación del Puerto, debiendo tenerse presente que el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios no permite esos usos sino únicamente los náutico deportivos. La ausencia de Plan Especial tampoco puede suplirse por el informe urbanístico municipal a que se refiere el artículo 110.3 de la Ley 48/2003.

Al no ser firme la sentencia o bien se suspende el concurso hasta su firmeza o se renuncia a la celebración del contrato indemnizando a los licitadores por los gastos en que hayan incurrido hasta ahora.

Ref.: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 29/10

Fecha: 14 de enero 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 consulta formulada por la Abogacía del Estado en Las Palmas, 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, en relación con la incidencia sobre el concurso convocado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas para el otorgamiento de una concesión con destino a la construcción y explotación de una zona terrestre y lámina de agua para usos náutico-recreativos en la dársena de Puerto de Naos, del Puerto de Arrecife de Lanzarote, de la sentencia, no firme, dictada el 25 de marzo de 2010 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que estima el recurso formulado contra el Plan Especial del Puerto de Arrecife, anulando el mismo por no haberse sometido a evaluación estratégica ambiental.

La consulta formulada viene acompañada del preceptivo proyecto de informe, así como de una serie de documentos relacionados con el concurso en cuestión, como los Pliegos de Bases y de Condiciones del mismo, habiéndose remitido igualmente otros documentos relacionados con la cuestión debatida como el Plan de Utilización de Espacios Portuarios del Puerto de Arrecife, el Plan Director Territorial, el Plan Especial y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 25 de marzo de 2010, que fue seguida de otras dos, en el mismo sentido, de 27 de mayo siguiente, así como de un informe de un despacho de abogados elaborado a instancia de una de las empresas solicitantes de la concesión.

Antes de entrar en el análisis de la cuestión suscitada, resulta oportuno, referirse a los antecedentes básicos de la misma y que pueden exponerse así:

ANTECEDENTES

1º) El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, por acuerdo de 30 de junio de 2004 y de conformidad con lo prevenido en el artículo 38 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), acordó iniciar los trámites de elaboración del Plan Director de Infraestructuras del Puerto de Arrecife (Lanzarote), que fue aprobado definitivamente el 21 de julio de 2005 por la Autoridad Portuaria de Las Palmas y ratificado por Puertos del Estado el 18 de julio de 2006 (artículo 36.3 de la Ley 48/2003).

2º) Con fecha 15 de noviembre de 2004 se inició el procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto "Ampliación del Puerto de Arrecife", procedimiento que culminó con la resolución de 29 de noviembre de 2006 (BOE de 26 de enero de 2007) de la Secretaría General para la Prevención de la Contaminación y el Cambio Climático, de declaración de impacto ambiental del citado proyecto, en los términos que se recogen en dicha resolución.

3º) Por resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 16 de diciembre de 2004 se acordó, al amparo del artículo 18.2.a) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), la formulación del Plan Especial del Puerto de Arrecife de Lanzarote. Posteriormente, el Ayuntamiento de Arrecife, por Decreto de la Alcaldía de 25 de julio de 2005, acordó la aprobación inicial de ese Plan, a la que siguió la aprobación provisional por el Ayuntamiento con fecha 6 de junio de 2006 y la aprobación definitiva del mismo por el ente local el 21 de julio siguiente.

4º) En fecha que se desconoce, pero, en todo caso, en 2006, la asociación "A" formuló recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias contra el acuerdo de aprobación definitiva del Plan Especial que culminó con sentencia estimatoria de 25 de marzo de 2010 y la consiguiente anulación del Plan por no haber sido sometido el mismo a evaluación estratégica ambiental.

A ese recurso siguieron el recurso contencioso-administrativo nº 129/2008, interpuesto por Dª B, y el recurso contencioso-administrativo nº 63/2009, interpuesto por D. C, en su condición de concejal del Partido Z del Ayuntamiento de Arrecife, ante el TSJ de Canarias y que culminaron igualmente con fallo estimatorio de 27 de mayo de 2010 y la consiguiente anulación del citado Plan.

Es de destacar que en ninguno de esos recursos, por evidentes razones cronológicas, fueron emplazadas ni fueron parte las empresas que, a consecuencia del concurso convocado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas para la construcción y explotación de zona terrestre y lámina de agua para usos náutico-recreativos en la dársena de Puerto de Naos, Puerto de Arrecife, presentaron la oportuna solicitud a la Autoridad Portuaria.

La primera de las referidas sentencias, de 25 de marzo de 2010, fue objeto de recurso de casación tanto por el Ayuntamiento de Arrecife como por la Autoridad Portuaria de Las Palmas, impulsora del Plan Especial, si bien esta última, por resolución de su Presidente de 4 de noviembre de 2010 y a raíz de la propuesta de la Abogacía del Estado en el Tribunal Supremo, acordó no sostener el recurso de casación con los efectos establecidos en el artículo 92.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). Por tanto, en estos momentos, el único recurrente es el Ayuntamiento de Arrecife. Se desconoce el iter procesal de las otras dos sentencias.

5º) Por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas de 18 de diciembre de 2009 se convocó un concurso para la construcción y explotación, en régimen de concesión de dominio público, de zona terrestre y lámina de agua para usos náutico-recreativos en la dársena de Naos, puerto de Arrecife, aprobándose al mismo tiempo los correspondientes Pliegos de Bases y de Condiciones.

El concurso, según se indica en el proyecto de informe remitido, ha seguido la tramitación prevista en el Pliego de Bases aprobado por el Consejo de Administración, encontrándose actualmente pendiente de valoración de los proyectos presentados.

6º) El pasado 5 de noviembre, el Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas se dirigió a la Abogacía del Estado en solicitud de informe respecto a la conveniencia de continuar el concurso de acuerdo con lo dispuesto en el Pliego de Bases y de Condiciones aprobados, dada la inseguridad jurídica existente, teniendo en cuenta la anulación del Plan Especial del Puerto por sentencia del TSJ de 25 de marzo de 2010 y la resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria de no sostener el recurso de casación interpuesto contra la misma.

El 15 de noviembre siguiente tiene entrada en la Abogacía del Estado de Las Palmas escrito del Director de la Autoridad Portuaria adjuntando informe jurídico emitido a solicitud de una de las empresas que concurren al concurso y entregado unos días antes a la citada Autoridad, en el que se concluye la viabilidad de la continuación del concurso aun en el supuesto de nulidad del Plan Especial del Puerto de Arrecife.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

La solicitud de informe formulada a la Abogacía del Estado en Las Palmas de Gran Canaria por el Director de la Autoridad Portuaria de Las Palmas plantea la cuestión de la conveniencia o no de la continuación de la tramitación del concurso convocado de acuerdo con los Pliegos de Bases y Condiciones aprobados por el Consejo de Administración de dicha entidad pública, teniendo en cuenta que, según dichos pliegos, los licitadores deben presentar un proyecto básico adaptado al Plan Especial de la Zona de Servicio del Puerto de Arrecife y que el objeto de la concesión es la construcción y la explotación de una zona terrestre y lámina de agua para usos náutico-recreativos, de acuerdo también con los usos y parámetros permitidos para esa zona en el Plan Especial, habiendo sido anulado judicialmente este Plan.

Esta Abogacía General del Estado ya adelanta que comparte esencialmente la conclusión básica a la que se llega en el proyecto de informe remitido, en el sentido de considerar oportuna la suspensión de la tramitación del concurso de referencia a la vista de la anulación del Plan Especial, que servía de soporte al mismo, por la sentencia del TSJ de Canarias de 25 de marzo de 2010, aunque no sea firme todavía al pender de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

No obstante, la importancia de la cuestión suscitada y la necesidad de matizar las conclusiones del informe relativas a la forma para poner fin al concurso hacen necesaria la formulación por este Centro Directivo de una serie de consideraciones jurídicas que completen el proyecto de informe remitido y se incorporen al informe definitivo a evacuar por la Abogacía del Estado consultante.

Pues bien, dado que se está cuestionando la continuidad de la tramitación del concurso por la anulación del Plan Especial que, según la Autoridad Portuaria y la Abogacía del Estado en Las Palmas, sirven de base al mismo, al definir los usos náutico-recreativos permitidos en el espacio portuario sobre el que ha de asentarse la concesión, es preciso poner de manifiesto que el concurso indicado tiene como sustento el Plan Especial, como se deduce, en primer término, de la Base 1ª.1.2 del Pliego de Bases que rige el concurso, en la que textualmente se indica:

“Los licitadores deberán presentar un proyecto básico, firmado por los técnicos competentes en cada materia, adaptado al Plan Especial de la Zona de Servicio del Puerto de

Arrecife y al Plan Director de infraestructuras de dicho Puerto, que defina las obras de infraestructura, instalaciones, edificación, rehabilitación, etc, a realizar por el concesionario”

Por su parte, la Condición 2ª del Pliego de Condiciones, que regula el desarrollo de la concesión de dominio público resultante del concurso, establece, en esta misma línea, que:

“El objeto de la concesión es la construcción y la explotación de zona terrestre y lámina de agua para usos náutico-recreativos en la Dársena de Naos, Puerto de Arrecife, sobre la superficie indicada en el plano de planta adjunto, de acuerdo con los usos y parámetros permitidos para esa zona por el Plan Especial de Ordenación de la Zona de Servicio del Puerto de Arrecife.

El concesionario no podrá destinar los terrenos de dominio público concedidos, ni las obras en ellos ejecutados, a usos distintos de los establecidos para esa zona por el Plan Especial de Ordenación de la Zona de Servicio del Puerto de Arrecife y que finalmente autorice el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria en la Resolución de otorgamiento de la oportuna concesión, siendo causa de caducidad el desarrollo de actividades que no figuren en el objeto del título concesional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 123.1.f) de la Ley 48/2003”

Por consiguiente, queda clara la vinculación de la futura concesión a otorgar por la Autoridad Portuaria, en lo que se refiere a los usos previstos en el objeto de la misma, a las determinaciones del Plan Especial de Ordenación de la zona especial de servicio del puerto que, como luego se verá, guardan una perfecta concordancia, sobre la base de la función asignada a cada uno, con las previsiones del Plan Director de Infraestructuras y el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios.

El sometimiento de las concesiones demaniales portuarias a las determinaciones del Plan Especial está previsto expresamente en el artículo 106.2 de la Ley 48/2003, en su redacción originaria –a la que se va hacer referencia siempre en este informe, por ser la norma aplicable cuando se convocó el concurso y se aprobaron los Pliegos–, según el cual “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...” Igualmente, el artículo 109 de la misma Ley, relativo a los requisitos de la solicitud a presentar por los interesados en el concurso para el otorgamiento de la concesión convocado al efecto por la Autoridad Portuaria, establece que a la solicitud se acompañará una serie de documentos, entre los que se encuentra: “1.c) Proyecto básico, que deberá adaptarse al plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto o, en su defecto, al plan de utilización de los espacios portuarios.” Por su parte, el artículo 109.2, añade 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...”

- II -

Dicho lo anterior, es necesario analizar, acto seguido, la función del Plan Especial de Ordenación de la zona de servicio del puerto, para lo que debe tenerse presente el artículo 18 de la LPEMM, primero de una Sección de la misma dedicada a la planificación, proyectos y construcción de instalaciones portuarias.

De acuerdo con dicho precepto, que lleva por rúbrica “Consideración urbanística de los puertos”, 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.

Dicho sistema general portuario –añade el artículo 18 de la LPEMM– se desarrollará a través de un plan especial o instrumento equivalente, plan que se formulará por la Autoridad Portuaria. 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, con las especialidades que detalla ese mismo precepto.

La propia Autoridad Portuaria, cuando pretenda realizar obras en el dominio público portuario, deberá adaptarse al Plan Especial o, en su defecto, al Plan de Utilización de Espacios Portuarios, tal y como estatuye el artículo 19, apartados 1 y 2, de la LPEMM.

Pues bien, en el caso que ha dado lugar a este informe, y como pone de manifiesto el antecedente de hecho 3º del mismo, se han seguido los pasos previstos en el artículo 18 del citado texto legal, aprobándose definitivamente el Plan Especial por el Ayuntamiento de Arrecife el 21 de julio de 2006.

Es importante resaltar que el artículo 39, apartado 4, de ese Plan Especial –relativo al Área de Remodelación de Naos (AN4), con un ámbito superficial de 13,3 Has (92.154 m² existentes más 41.210 m² previstos)–, permite, como acertadamente destaca la Abogacía del Estado consultante y a diferencia del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, aprobado por Orden Ministerial de 30 de enero de 2004, los llamados usos terciarios o, si se prefiere, recreativos; en concreto, se enumeran “todos los de equipamiento, especialmente culturales, servicios públicos, espacios libres y transporte e instalaciones técnicas portuarias. Comercio, oficinas, hostelería, restauración y ocio, en todas sus categorías”.

La posibilidad de incluir en el ámbito espacial portuario actividades de carácter recreativo está prevista en el artículo 3.6 de la LPEMM, según el cual, los puertos del Estado “podrán incluir en su ámbito espacios destinados a otras actividades no comerciales cuando éstas tengan carácter complementario de la actividad esencial, o a equipamientos culturales o recreativos, certámenes feriales y exposiciones, siempre que no se perjudique globalmente el desarrollo de las operaciones de tráfico portuario”, como también se resalta en ese proyecto de informe.

Ahora bien, la posibilidad de que existan o no esos espacios, como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 40/1998, de 19 de febrero (fundamento jurídico trigésimo segundo) “... dependerá en definitiva, de las determinaciones del plan especial del puerto, que se tramita y aprueba por la administración urbanística competente”.

Por su parte, el fundamento jurídico trigésimo cuarto de la misma sentencia declara que:

“.. el hecho de que el plan de utilización incluya también ‘los usos previstos para las diferentes zonas del puerto’ (art. 15.2 LPMM). No obstante, y como señala el Abogado del Estado, este precepto debe conectarse con el art. 18 de la Ley, en el que se regula la aprobación del plan especial, verdadero instrumento para la ordenación urbanística del puerto. El plan de utilización no supone sino la previsión, a grandes rasgos, de los distintos usos portuarios, exigiendo además el precepto que ahora analizamos que se incluya ‘la justificación de la necesidad o conveniencia de dichos usos’; no se trata de regular el uso urbanístico de los espacios portuarios sino, más sencillamente, de determinar cómo se van a distribuir las actividades portuarias dentro del recinto del puerto. Con ello no se vacían de contenido las competencias sobre ordenación del territorio y urbanismo de las Administraciones afectadas, pues, como acaba de señalarse, tales competencias 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, con las limitaciones que de inmediato veremos, es aprobado por las Administraciones urbanísticas competentes”.

Este claro pronunciamiento del Tribunal Constitucional deja poco lugar a la duda acerca del papel esencial del Plan Especial como instrumento de ordenación de los concretos usos urbanísticos de los espacios portuarios, aunque, como también ha indicado la importante sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2009, que resolvió definitivamente la

impugnación del Plan Especial del Puerto de Marín- Pontevedra (fundamento de derecho séptimo), “dicho Plan Especial se debe limitar a regular usos urbanísticos y no a legitimar las infraestructuras propiamente portuarias, resultando inadecuado para legitimar la creación o ampliación del puerto, y en especial las actuaciones sobre ámbitos exteriores a la competencia territorial municipal (como es la lámina de agua)...”

Según esa misma sentencia (fundamento jurídico séptimo):

“Es por el contrario el ‘plan de utilización de los espacios portuarios’ regulado en el artículo 15 de la citada Ley de Puertos el que legitima la implantación efectiva de los usos estrictamente portuarios en los puertos de interés general, en cuanto expresión de la competencia estatal sobre los mismos, correspondiéndole, además de la delimitación de la zona de servicio de los puertos, la ordenación propiamente portuaria, es decir, de los espacios de tierra y de agua necesarios para el desarrollo de los usos portuarios, así como de los de reserva para el desarrollo de dicha actividad. El Plan de Utilización determina la propia creación o ampliación del puerto, precediendo, por tanto, en el tiempo al Plan Especial, de naturaleza urbanística, en el que simplemente se ordenan los usos urbanísticos que se implantarán sobre la superficie del suelo portuario una vez exista.”

Es decir, el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios supone, de acuerdo con esas sentencias, una previsión a grandes rasgos de los distintos usos portuarios en los puertos de interés general o, si se prefiere, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96.1 de la Ley 48/2003, dedicado al mismo, la delimitación de 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, 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 ese artículo, correspondiendo al Plan Especial la ordenación concreta de los usos urbanísticos que se implantarán sobre la superficie del suelo portuario existente o que pueda existir en el futuro.

Por último, queda hacer referencia a “Plan Director de Infraestructuras”, regulado en el artículo 38 de la Ley 48/2003, de especial importancia en el caso sometido a informe de este Centro. Según este precepto, el citado Plan es necesario para la construcción de un nuevo puerto de titularidad estatal, la ampliación o realización de nuevas obras de infraestructura de uno existente, que alteren significativamente su configuración, debiendo incluirse en el mismo “la definición de las necesidades de desarrollo de un puerto durante un horizonte temporal de, al menos 10 años, la determinación de las distintas alternativas de desarrollo, el análisis de cada una de ellas y selección de la más óptima, estudios de impacto ambiental que procedan, previsión de desarrollo por fases, valoración y recursos, análisis financiero y de rentabilidad, y análisis de accesos terrestres”.

Como se observa, del tenor de ese precepto se concluye, a sensu contrario, que el Plan Director de Infraestructuras no define “usos” en el espacio portuario, sino que tiene por objeto definir las necesidades de desarrollo del puerto y la previsión y estudios de nuevas infraestructuras portuarias. El único instrumento para definir los usos urbanísticos en los espacios portuarios, previamente delimitados de una forma global por el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, es el Plan Especial que, por eso mismo y como antes se indicó, no puede ocupar el lugar del Plan Director de Infraestructuras ni puede legitimar por sí solo infraestructuras propiamente portuarias, resultando inadecuado para legitimar, por tanto, la creación o ampliación del puerto.

- III -

Dicho lo anterior, es necesario profundizar en las circunstancias concretas del caso sometido a informe de este Centro, comenzando por la sentencia del TSJ de Canarias de 25 de marzo de 2010 que, como se ha expuesto, anuló el Plan Especial que servía de soporte al

concurso convocado, por falta de la oportuna declaración de impacto ambiental, previa estimación de un recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo municipal de aprobación definitiva del mismo de 21 de julio de 2006. Dicho fallo no es firme, pendiendo de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo interpuesto, únicamente por el Ayuntamiento de Arrecife.

Pues bien, a los efectos de este informe, la falta de firmeza de este fallo anulatorio del Plan Especial no es un obstáculo para que, en este momento, esa anulación surta plenos efectos respecto a las personas afectadas por el fallo, el recurrente, el Ayuntamiento de Arrecife y la Autoridad Portuaria de Las Palmas que, además, ha decidido no sostener el recurso de casación preparado en la instancia, y que convocó el 18 de diciembre de 2009, por acuerdo de su Consejo de Administración, el concurso indicado.

En efecto, como ha indicado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de septiembre de 2008, reiterándolo en la de 26 de junio de 2009, los efectos de las sentencias estimatorias en la vía contencioso administrativa, como se infiere de lo dispuesto en el artículo 72 de la LJCA, son diferentes según se trate de sentencias que acogen pretensiones de anulación o de plena jurisdicción. La divergencia de efectos se concreta en los apartados 2 y 3 del citado artículo 72. En el caso de las sentencias estimatorias de una pretensión de anulación, como la que ha dado pie a este informe, “la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas”.

En este sentido, tanto el Ayuntamiento de Arrecife como la Autoridad Portuaria de Las Palmas, demandados en el recurso, tienen el carácter de “parte afectada,” de manera que sobre los mismos se proyectan los efectos de la sentencia anulatoria del Plan. La necesidad de la firmeza de la sentencia anulatoria para que produzca sus efectos no es predicable del inciso primero del artículo 72.2 de la LJCA en los términos expuestos. La firmeza, por el contrario, constituye un requisito referido a los incisos segundo y tercero del citado artículo sobre los efectos erga omnes de la sentencia estimatoria de recursos interpuestos contra disposiciones generales o en relación con los efectos de la nulidad de un acto administrativo que se proyecten sobre una pluralidad indeterminada de personas y ello por elementales razones de publicidad de las normas y por exigencias de la seguridad jurídica.

A mayor abundamiento, y en relación a los efectos de las sentencias, en la antes citada sentencia de 24 de septiembre de 2008 (fundamento de derecho quinto) se declara lo siguiente:

“Además, en relación con los efectos de las sentencias, como señala la STS 26 de junio de 2001 (recurso de casación 5400/1994), que se cita en la sentencia impugnada, ha matizado pronunciamientos anteriores al declarar, si bien en este caso sobre la ejecutividad y validez de un acto anterior, que ‘a quien impugna un acto administrativo y obtiene un pronunciamiento que declara su disconformidad a Derecho, aunque lo sea por vicio de mera anulabilidad, no le han de perjudicar los actos posteriores que, descansando en la validez, ya cuestionada, de aquél, se produzcan en el tiempo que media desde la impugnación al dictado de la sentencia anulatoria. Con acierto, cita la sentencia recurrida la de este Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 1988 , en cuyo fundamento de derecho tercero dijimos que “[...] Es cierto que en la doctrina, si no con unanimidad sí con habitualidad, se viene repitiendo que la nulidad de pleno derecho opera ex tunc en tanto que la anulabilidad juega ex nunc. Esta idea habría que matizarla pero desde luego es de advertir que incluso en los supuestos en los que el vicio apreciado en el acto administrativo sea de anulabilidad no podrán mantenerse las consecuencias perjudiciales para el administrado que se hayan producido con anterioridad a la sentencia que anula el acto [...]”.

En pocas palabras, la sentencia dictada por el TSJ de Canarias que anula el Plan Especial, a pesar de no ser firme todavía, ha producido plenos efectos respecto a las personas afectadas por la misma, la recurrente, el Ayuntamiento de Arrecife y la Autoridad Portuaria de Las Palmas, únicas personadas en la instancia, no siendo necesario, por tanto, esperar a su firmeza, requisito exigido para que produzca efectos erga omnes. Por consiguiente, la

Autoridad Portuaria de Las Palmas, que el 18 de diciembre de 2009 convocó un concurso tomando por base las determinaciones contenidas en el Plan Especial en cuanto a los usos permitidos, se ve claramente afectada por la sentencia que anula ese Plan. Los interesados en ese concurso, que presentaron la oportuna solicitud y que, como es obvio, no pudieron comparecer en los recursos contencioso-administrativos interpuestos con mucha anterioridad contra el Plan Especial, se van a ver por ello también afectados por la decisión que sobre el concurso en cuestión pueda adoptar la Autoridad Portuaria de Las Palmas, principal afectada por la sentencia anulatoria del Plan, cuyos concretos efectos es necesario precisar.

- IV -

La sentencia en cuestión anula el Plan Especial en su integridad por la falta de declaración de impacto ambiental, tal y como se razona en la misma. Esa anulación afecta, como es obvio, a los nuevos usos náutico-recreativos permitidos en el Área de Naos sobre la que estaba previsto que se asentase la nueva concesión a otorgar por la Autoridad Portuaria.

Como se ha expuesto, ese Plan Especial permite unos usos portuarios nuevos, los “usos náuticos-recreativos”, a diferencia de lo que hasta ese momento permitía el Plan de Utilización de Espacios Portuarios, aprobado por Orden Ministerial de 30 de enero de 2004. Como se encarga de resaltar adecuadamente la Abogacía del Estado consultante, en la zona objeto de concurso (parcela AN4 del Área III), el uso asignado por dicho Plan a esa zona es “deportivo-pesquero” (apartado b del punto 5.6.2).

Es más, cuando el apartado c) del punto 5.6.2 del Plan de Utilización de Espacios Portuarios se refiere al “Uso de Afección Portuaria”, que se asigna a aquellos tramos de costa que, debiendo incluirse en el ámbito de la gestión portuaria para garantizar el funcionamiento de las instalaciones portuarias aledañas o el movimiento de embarcaciones en la zona de aguas, no requieren el uso de su superficie terrestre, por lo que pueden destinarse a usos ciudadanos, añade “para el desarrollo de los usos ciudadanos previstos en estas áreas, será preceptivo la redacción por la Autoridad Portuaria de un Plan Especial de Ordenación que se someterá a la aprobación definitiva del Ayuntamiento”, lo cual viene a ratificar la necesidad de que, para el desarrollo de esos usos, la figura del Plan Especial se convierte en instrumento básico y fundamental, en la línea de los nuevos usos náuticos-recreativos que permite el Plan Especial en la zona donde está previsto establecerse la concesión.

En el informe jurídico emitido a instancia de uno de los solicitantes, y que se incluye en la documentación remitida, se considera intrascendente a esos efectos la anulación judicial de ese Plan Especial, pues, según dicho informe, los usos náutico-recreativos citados estaban ya previstos y autorizados en el Plan Director de Infraestructuras y en el Proyecto de Ampliación del Puerto de Arrecife, que cuentan además con la preceptiva declaración de impacto ambiental.

Contestando a esa argumentación, es preciso señalar que, como se dijo anteriormente, la función del Plan Director de Infraestructuras (cuya aprobación está prevista en los casos de construcción de un nuevo puerto, ampliación del existente o realización de nuevas obras de infraestructuras) no es otra que la señalada en el artículo 38 de la Ley 48/2003, es decir, “la definición de las necesidades de desarrollo de un puerto durante un horizonte temporal de, al menos 10 años, la determinación de las distintas alternativas de desarrollo, el análisis de cada una de ellas y selección de la más óptima, estudios de impacto ambiental que procedan, previsión de desarrollo por fases, valoración y recursos, análisis financiero y de rentabilidad, y análisis de accesos terrestres”. El Plan Director no define usos en ningún caso, sin que, a estos efectos, pueda considerarse definitorio de los usos a autorizar en el Área de Naos el hecho de que en el Punto 4.3.1 de ese Plan, referido a la Actuación Puerto-Ciudad, se contemple, genéricamente, como no podía ser menos, la reconversión-remodelación de dicha Área, creando un Centro de Recepción de visitantes de Lanzarote, diseñando instalaciones náutico

deportivas e implantando un área de servicios múltiples (al puerto deportivo, a cruceros, ocio ciudadano, comercial, hotelero, etc), o se hable del frente portuario de la ciudad como soporte de nuevos usos y actividades.

Todas esas previsiones contenidas en el Plan Director de Infraestructuras necesitan, en todo caso, ser precisadas y concretadas, desde el punto de vista urbanístico, con la elaboración por la Autoridad Portuaria y aprobación por la entidad municipal competente de un Plan Especial que desarrolle, desde ese punto de vista, el sistema general portuario. Ese Plan Especial se aprobó oportunamente y en él se definieron con precisión en las diversas áreas de actuación, los usos permitidos, además del ámbito y superficie afectada, condiciones de edificación, de acceso y aparcamiento y, por último, condiciones de desarrollo y proyecto, constituyendo todo ello un régimen jurídico completo sobre la utilización del Area en cuestión que no puede, como es obvio, verse sustituido, por el Plan Director de Infraestructuras, cuya función es muy distinta.

Es más, el propio artículo 38 de la Ley 48/2003, en su apartado 3, establece que la ejecución de las obras previstas en un Plan Director de Infraestructuras requerirá, en su caso, la modificación del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97 de dicho texto legal, modificación ya propuesta en 2007, pero no culminada, pues se encuentra en tramitación, lo cual, impide, de momento, al margen de que sea necesaria o no la oportuna declaración de impacto ambiental en esta modificación, que pueda legitimarse la ejecución de cualquier obra prevista en el Plan Director, a las que alude el informe de la Autoridad Portuaria de 2006 y el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del TSJ de 25 de marzo de 2010, como soporte básico para la implantación en la parcela resultante de las instalaciones y edificios de carácter náutico-recreativo a los que se refiere la concesión. La única base para el otorgamiento de la concesión, como se reconoce explícitamente en el Pliego de Bases y de Condiciones del concurso, es el Plan Especial y éste se encuentra anulado, lo que obligaría a tener en cuenta las previsiones del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios de 2004, que sólo permite los usos náutico-deportivos.

Lo mismo puede decirse del “Proyecto de Ampliación del Puerto de Arrecife”, que goza de la oportuna declaración de impacto ambiental y que, sobre el particular a que se refiere este informe, habla únicamente de que “las superficies ganadas al mar tendrán un uso acorde con la integración puerto- ciudad, basado en el proyecto ganador del concurso de ideas” (Punto 3. Fase II. Subfase II-A –nueva terminal de cruceros y puerto de Naos–). Es, por tanto, insuficiente, en ausencia de Plan Especial, para legitimar por sí mismo los usos náutico-recreativos en la parcela objeto de la concesión.

En estos momentos, anulado el Plan Especial, el único instrumento definidor de los usos portuarios del que se puede partir es el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios que, como se ha expuesto, sólo permite en esa zona los usos náutico-deportivos y no los usos náutico-recreativos. En este sentido, puede traerse a colación, de nuevo, el artículo 106. 2 de la Ley 48/2003, según el cual “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...”

En esa línea se manifiesta también el informe urbanístico municipal de 23 de julio de 2010, sobre la compatibilidad de los proyectos presentados al concurso con el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, solicitado por la Autoridad Portuaria, si bien erróneamente, a juicio de este Centro Directivo y dando por válido todavía el Plan Especial (al no ser firme la sentencia) informa favorablemente las dos propuestas presentadas por cumplir con las determinaciones urbanísticas de dicho Plan. Ya se ha dicho que, en estos momentos, aunque no sea firme, existe una sentencia anulatoria del Plan Especial, reiterada en otros dos pronunciamientos posteriores, que produce efectos en las personas afectadas y que fueron parte en el recurso, el Ayuntamiento de Arrecife, como ente que aprobó el Plan, y la Autoridad Portuaria de Las Palmas, como ente que lo elaboró y principal afectado por la decisión anulatoria, ente que ha

convocado un concurso basado exclusivamente en las determinaciones de ese Plan y que no puede desconocer el contenido de esa resolución judicial.

En el informe jurídico obrante en el expediente se trata de reforzar la tesis favorable a la resolución del concurso convocado al efecto apelando al hecho de que, una vez resuelto el mismo, la oferta seleccionada, según el artículo 111.6 de la Ley 48/2003, debe someterse a la tramitación prevista en el artículo 110 de este texto legal para el otorgamiento de la concesión y, en concreto, al trámite del informe urbanístico municipal del apartado 3 de ese artículo 110. Según este precepto, se recabará informe a las Administraciones urbanísticas, cuando no se encuentre aprobado el plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto.

En efecto, tal y como reza el precepto, para el otorgamiento de la concesión es necesario recabar ese informe de la Administración municipal “cuando no se encuentre aprobado el plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto.” Pues bien, con independencia de que en este caso existió el Plan Especial, si bien fue anulado judicialmente, aunque se pueda admitir que no existe plan aprobado, resulta obvio que el informe municipal, como acertadamente se indica en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado consultante, sólo puede versar sobre los parámetros urbanísticos de la parcela (edificabilidad, número de plantas, altura, etc), pero partiendo siempre de los usos permitidos en el momento de la emisión de ese informe que no son otros, como se ha dicho, que los previstos en el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios (usos náutico-deportivos), sin que el Ayuntamiento pueda, para emitir su informe, partir de los usos previstos en un Plan Especial, aprobado por el mismo Ayuntamiento de Arrecife, pero que se encuentra anulado, ni mucho menos permitir por sí mismo unos usos (los náutico-recreativos) que en este momento no son posibles.

- V -

Llegados a este punto, es necesario dar una salida a la cuestión planteada, teniendo en cuenta que, como ya se indicó en el antecedente quinto de este informe, el concurso convocado por acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de 18 de diciembre de 2009 se encuentra actualmente en la fase de valoración de los proyectos presentados.

Pues bien, una primera salida sería la suspensión del concurso. En efecto, dado que la sentencia del TSJ de Canarias de 25 de marzo de 2010, que anuló el Plan Especial en el que se basaba el concurso convocado, no es firme, estando pendiente de la decisión última que adopte en su momento el Tribunal Supremo y aunque el supuesto planteado no tenga encaje en alguno de los casos de suspensión del procedimiento que prevé el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo más razonable y prudente sería que el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria adoptase un acuerdo de suspensión del concurso convocado hasta que se dicte sentencia firme.

Sin perjuicio de lo dicho, podría haber una alternativa y ésta no es otra que la renuncia de la Autoridad Portuaria al concurso convocado. En efecto, por parte de la Autoridad Portuaria podría sopesarse la conveniencia de mantener en suspenso por tiempo indefinido el concurso convocado a expensas de la decisión definitiva del Tribunal Supremo acerca de la legalidad del acuerdo aprobatorio del Plan Especial, valorando otras posibilidades distintas a las previstas en el concurso convocado y que hagan aconsejable, por razones de interés público, renunciar al mismo.

En este sentido y dado el silencio de la Ley 48/2003 sobre el particular, se podrían tener en cuenta análogicamente las previsiones contenidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en concreto en su artículo 139, cuyo apartado 2 ha sido reformado recientemente por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Según el artículo 139, apartado 2, de la Ley de Contratos del Sector Público “la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por

los gastos en que hubieren incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración”. Por su parte, el apartado 3 de ese mismo artículo, añade que “sólo podrá renunciarse al contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.”

Con base en lo expuesto y siempre que se justifique debidamente en el expediente la existencia de razones de interés público que hacen aconsejable la misma, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria podría acordar la renuncia a la celebración del concurso convocado y no adjudicado todavía, compensando a los concursantes por los gastos en que hubiesen incurrido de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

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

CONCLUSIONES

Primera.- El concurso convocado por la Autoridad Portuaria de Las Palmas para el otorgamiento de una concesión con destino a la construcción y explotación de una zona terrestre y lámina de agua para usos náutico-recreativos en la dársena de Puerto de Naos, del Puerto de Arrecife de Lanzarote, tiene como fundamento, como pone de manifiesto la base 1ª.1.2 del Pliego de Bases y la condición 2ª del Pliego de Condiciones, el Plan Especial del Puerto de Arrecife que, en lo que aquí importa, permite el uso náutico-recreativo, en la zona de referencia.

Segunda.- El mencionado Plan Especial ha sido anulado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 25 de marzo de 2010, por falta de la declaración de impacto ambiental, resolución judicial que, a pesar de no ser firme, al haberse interpuesto recurso de casación por el Ayuntamiento del Arrecife de Lanzarote, surte efectos respecto a las personas afectadas por el fallo, entre las que se encuentra la Autoridad Portuaria de Las Palmas, impulsora del Plan.

Tercera.- Las previsiones en materia de usos contenidas en el Plan Especial (en concreto los usos náutico-recreativos), que sirvieron de base al concurso convocado, no pueden suplirse por las previsiones genéricas contenidas en el Plan Director de Infraestructuras del Puerto de Arrecife ni por la Declaración de Impacto del proyecto de “Ampliación del Puerto de Arrecife,” debiendo tenerse presente que el vigente Plan de Utilización de los Espacios Portuarios del Puerto de Arrecife no permite los citados usos, sino únicamente los náutico-deportivos.

Cuarta.- Aunque pudiera entenderse que en la actualidad no existe Plan Especial aprobado, su ausencia no puede suplirse con la emisión del informe urbanístico municipal a que se refiere el artículo 110.3 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, que sólo puede versar sobre los parámetros urbanísticos de la parcela, pero partiendo siempre de los usos permitidos en el momento de la emisión de ese informe que no son otros que los previstos en el vigente Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, no pudiendo el Ayuntamiento, en ese trámite de informe permitir usos náutico-recreativos.

Quinta.- Dado que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 25 de marzo de 2010, que anuló el Plan Especial en el que se basaba el concurso convocado, no es firme, estando pendiente de la decisión última que adopte en su momento el Tribunal Supremo, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria puede adoptar dos decisiones: o bien la suspensión del concurso convocado hasta que se dicte sentencia firme por el Tribunal Supremo, o bien la renuncia a la celebración del concurso por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, compensando en este último caso a los concursantes por los gastos en que hubiesen incurrido de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad patrimonial de la Administración.

IX.- MEDIO AMBIENTE Y SEGURIDAD

IX.- MEDIO AMBIENTE Y SEGURIDAD

88.- Informe sobre la delimitación de competencias entre las Autoridades Portuarias y la Administración Marítima para sancionar vertidos ilegales en las aguas comprendidas en las zonas de servicio de los puertos.

Resumen

Consulta sobre la delimitación de competencias entre las Autoridades Portuarias (A.P.) y la Administración Marítima (A.M.) para sancionar vertidos ilegales en las aguas comprendidas en las zonas de servicio de los puertos. Posibilidad de que dichos vertidos constituyan infracciones relativas al uso del puerto (cuya sanción corresponde a las A.P.) y, a la vez, infracciones relativas a la contaminación del medio marino (competencia de la A.M.), si bien sólo podrá tomarse en consideración la infracción que comporte mayor sanción (art. 119.2 Ley 27/92, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante). Tramitación de los respectivos procedimientos sancionadores. Competencias en materia de lucha contra la contaminación del medio marino.

Ref.: A.G. SERVICIOS JURÍDICOS PERIFÉRICOS 14/95

Fecha: 6 de marzo de 1996

Ponente: Luciano Mas Villarroel

Texto del Informe

La Dirección General del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta de V.S. sobre delimitación de competencias entre las Autoridades Portuarias y las Autoridades Marítimas para sancionar vertidos ilegales en las aguas comprendidas en las zonas de servicio de los puertos, y en relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

1º) El Servicio Jurídico del Estado en Cádiz emitió, el 25 de febrero de 1993, informe sobre la competencia para sancionar y adoptar medidas reparadoras de vertidos ilegales realizados por un buque de la marina de guerra marroquí. En el referido informe, tras indicarse que los vertidos constituyen infracción relativa al uso del puerto e infracción relativa a la contaminación del medio marino, se examinaban los diversos criterios aplicables para resolver este concurso de infracciones, entendiéndose que, de conformidad con el artículo 119.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, debe prevalecer la infracción que comporte la mayor sanción; se analizaban seguidamente las consecuencias procedimentales a que da lugar la aplicación del referido precepto, proponiéndose, como solución más conveniente para evitar la reiteración innecesaria de trámites y el riesgo de descoordinación que implica la dualidad de procedimientos a que conduce, en opinión del aludido Servicio Jurídico, la regla del artículo 119.2 del referido texto legal, la tramitación conjunta del procedimiento por las Administraciones competentes para conocer de una y otra infracción; finalmente, y en lo que respecta a la adopción de medidas de reparación del bien jurídico vulnerado, se concluía que en esta materia actuaba un criterio espacial de delimitación de competencias entre la Administración portuaria y la Administración marítima.

2º) En un segundo informe (que aparece sin fecha), el aludido Servicio Jurídico aborda el tema de la delimitación de competencias entre la Administración Portuaria y la Administración Marítima sobre eliminación de vertidos contaminantes, formulando, en síntesis, las siguientes conclusiones:

- 1.- El servicio público de lucha contra la contaminación de que se trata ha sido descentralizado en favor de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima.
 - 2.- Las Autoridades Portuarias no tienen obligación alguna de crear un servicio público de lucha contra la contaminación de las aguas de las zonas de servicio de los puertos; no obstante, y aunque no sea obligatoria la creación del referido servicio por las Autoridades Portuarias, pueden éstas implantarlo al amparo del artículo 37.k) de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
 - 3.- Rectificando el criterio mantenido en el informe de 25 de febrero de 1993, sobre delimitación de competencias entre la Administración Marítima y la Administración Portuaria para la adopción de medidas reparadoras de los bienes jurídicos vulnerados por la comisión de infracciones, entiende el aludido Servicio Jurídico que la competencia para adoptar las referidas medidas va unida a la incoación del procedimiento sancionador.
- 3º) Recabado por este Centro Directivo el parecer del Ente público "Puertos del Estado" y de la Dirección General de la Marina Mercante, aquella Entidad manifestó, en escrito de 22 de febrero de 1996, que "las competencias que la Administración Portuaria tiene atribuidas por la Ley 27/1992 en materia sancionadora se refieren a los vertidos procedentes de obras de dragado portuario en la zona interior de las aguas del puerto, a los derivados de obras de relleno portuario en las aguas incluidas en la zona de servicio del puerto y a los derivados de infracciones relativas a la prestación del servicio portuario de recepción de residuos sólidos y líquidos procedentes de buques, plataformas y otras instalaciones fijas situadas en el mar"; por su parte, la Dirección General de la Marina Mercante expuso, en escrito de 25 de enero de 1996, su criterio de que corresponde a la Autoridad Portuaria la competencia para sancionar aquellos vertidos no contaminantes efectuados en el puerto y, por tanto, susceptibles de autorización en el supuesto de que se careciese de ella, en tanto que corresponde a la Administración marítima la competencia para sancionar los vertidos contaminantes en todo caso y los vertidos no contaminantes cuando tenga lugar en aguas extraportuarias.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Comparte en lo sustancial este Centro directivo las acertadas consideraciones formuladas en los dos informes del Servicio Jurídico del Estado en Cádiz reseñados en los antecedentes.

Tal y como se apunta en el escrito de consulta, dos son los temas que han de examinarse:

Competencia para sancionar los vertidos ilegales en las aguas de las zonas de servicio de los puertos y

Competencia para la eliminación de los vertidos contaminantes en las referidas aguas.

Fijadas las cuestiones que han de examinarse, ha de hacerse una precisión. El supuesto de hecho que motivó los dos informes del Servicio Jurídico del Estado en Cádiz reseñados en los antecedentes y que han dado lugar a que dicho Servicio Jurídico eleve consulta a este Centro Directivo consistió en la realización de vertidos ilegales por un buque de la marina de guerra marroquí; no obstante, y a la vista de lo manifestado por el Ente público "Puertos del Estado" en su escrito de 22 de febrero de 1996 se examinarán también, como supuestos específicos, los de vertidos realizados por razón de obras portuarias de dragado y a los que cabe equiparar los realizados con motivo de obras de relleno.

- I -

Competencia para sancionar los vertidos ilegales en las aguas de las zonas de servicio de los puertos.

El tema de los vertidos ilegales se enmarca en el más amplio de la contaminación del medio marino, al constituir los referidos vertidos la causa principal, si no única, de la contaminación aludida.

La determinación de la competencia para sancionar vertidos ilegales en la zona de servicios portuarios exige, como paso previo, examinar el régimen de atribución de competencias en materia de contaminación marítima en el sistema de la ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) y, más concretamente, el deslinde entre las competencias de la Administración Marítima y las de la Administración Portuaria.

La LPMM dedica a la Administración marítima el Capítulo III de su Título III, atribuyendo en su artículo 86.2 al Ministerio de Obras Públicas y Transportes (actualmente, Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente -MOPTMA-) la competencia relativa “al salvamento de la vida humana en el mar, así como la limpieza de las aguas marítimas y la lucha contra la contaminación del medio 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 atribuyen 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 ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción”.

Por otra parte, la propia LPMM dedica a la Administración portuaria el Capítulo II de su Título I, atribuyendo el ejercicio de las competencias que corresponden a la Administración del Estado sobre los puertos e instalaciones de interés general de carácter civil a las Entidades públicas “Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias,” sin que entre las funciones que los artículos 26 y 37 del aludido texto legal atribuyen, respectivamente, a dichas Entidades aparezcan las relativas a la contaminación del medio marino; tan sólo el artículo 37.l) atribuye a las Autoridades Portuarias la función de “desarrollar estudios e investigaciones en materias relacionadas con la actividad portuaria y la protección del medio ambiente, así como colaborar en ello con otros puertos, organizaciones o Empresas, ya sean nacionales o extranjeras”.

De lo dicho hasta ahora puede concluirse que la competencia en materia de contaminación del medio marino corresponde a la Administración marítima y, como órganos periféricos de ella, a las Capitanías Marítimas, y no a las entidades que integran la Administración portuaria (“Puertos del Estado” y “Autoridades Portuarias”), conclusión que viene a quedar reforzada por el dato de que las competencias que el artículo 86 de la LPMM atribuye al MOPTMA se desenvuelven en el ámbito del artículo 74 del mismo texto legal, precepto este último que enumera los objetivos de la Marina Mercante, entre los que se comprende el de protección del medio ambiente marino.

Si, por las consideraciones precedentes, la competencia en materia de contaminación del medio marino corresponde a la Administración marítima y no a la Administración portuaria, es lógico entender, en principio, que la competencia para sancionar los vertidos ilegales en las aguas de las zonas de servicio de los puertos ha de corresponder a la Administración marítima, al ser los aludidos vertidos una de las causas principales de la contaminación del medio ambiente marino. Sin embargo, esta segunda conclusión suscita una reflexión más detenida, a la vista del régimen sancionador que establece la LPMM en sus artículos 113 a 128.

Los artículos 114, 115 y 116 de la LPMM tipifican las infracciones administrativas en el ámbito de la Marina Mercante y en el ámbito portuario estatal, clasificándolas, por razón de su entidad, en leves, graves y muy graves. Y a su vez, dentro de cada una de estas clases, la LPMM distingue, por razón del bien jurídico protegido, cuatro tipos de infracciones: 1) Infracciones relativas al uso del puerto y al ejercicio de actividades que se prestan en él; 2) Infrac-

ciones contra la seguridad marítima; 3) Infracciones contra la ordenación del tráfico marítimo; y 4) Infracciones relativas a la contaminación del medio marino (“producida desde buques o plataformas fijas y otras instalaciones que se encuentren en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción”, según especifican los artículos 115.4 y 116.4).

Esta clasificación de las infracciones por razón del bien jurídico protegido sirve de base para la delimitación de la competencia sancionadora. Así, en primer lugar, el artículo 123.1 de la LPMM atribuye al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria la competencia para sancionar las infracciones leves relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él, y a los Capitanes Marítimos la competencia para sancionar las infracciones también leves contra la seguridad marítima, la ordenación del tráfico marítimo y las relativas a la contaminación del medio marino producidas desde buques o plataformas fijas u otras instalaciones que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción. En segundo lugar, el apartado 1.c) del propio artículo 123 atribuye al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria y al Director General de la Marina Mercante, en el ámbito de sus competencias, la imposición de sanciones por infracciones graves, y el apartado 1.d) del mismo precepto atribuye al Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, a propuesta de “Puertos del Estado” o del Director General de la Marina Mercante, en el ámbito de sus competencias, la imposición de sanciones por infracciones muy graves en cuantía inferior a doscientos millones de pesetas, debiendo entenderse la locución “en el ámbito de sus competencias” utilizada por los subapartados c) y d) del artículo 123.1 en el sentido de diferenciar, por una parte, las infracciones relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que en él se prestan (competencia de la Autoridad Portuaria) y, por otra, infracciones contra la seguridad marítima, la ordenación del tráfico marítimo y relativas a la contaminación del medio marino (competencia de la Administración Marítima).

A primera vista, la interpretación del artículo 123 de la LPMM, en relación con la clasificación que de las infracciones hacen, por razón del bien jurídico tutelado, los artículos 114, 115 y 116 del aludido texto legal, no suscita especial cuestión por lo que respecta a la competencia para sancionar las infracciones en materia de contaminación del medio marino; la competencia sancionadora corresponde a los Capitanes Marítimos, al Director General de la Marina Mercante y al Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, a propuesta del Director General de la Marina Mercante, según la mayor o menor entidad o gravedad de la infracción. Ahora bien, la cuestión surge desde el momento en que los artículos 114, 115 y 116 tipifican como infracciones leves, graves y muy graves, relativas al uso del puerto y al ejercicio de actividades que en él se prestan, determinadas conductas que, indudablemente, guardan íntima relación con la contaminación del medio marino, afectando negativamente a su preservación; así, el artículo 114.1.i) tipifica como infracción leve “el incumplimiento de la normativa o de las instrucciones que en materia de seguridad marítima o de contaminación se dicten por los órganos competentes”; el artículo 115.1.b) prevé como infracción grave “el vertido no autorizado desde buques o artefactos flotantes de productos sólidos, líquidos o gaseosos en la Zona II, exterior de las aguas portuarias”, y, finalmente, el artículo 116.1.b) tipifica como infracción muy grave “el vertido no autorizado desde buques o artefactos flotantes de productos sólidos, líquidos o gaseosos en la Zona I, interior de las aguas portuarias”.

No cabe duda de que las infracciones a que se acaba de hacer referencia, aunque se califiquen como infracciones relativas al “uso del puerto y el ejercicio de las actividades que se prestan en él”, provocan o pueden provocar la contaminación del medio marino, siendo también susceptibles de calificarse como infracciones relativas a dicha contaminación.

En opinión de este Centro Directivo, no se aprecia fundamento jurídico suficiente para entender que el criterio diferenciador entre las infracciones relativas al uso del puerto y las infracciones relativas a la contaminación del medio marino esté constituido, en el caso de vertidos o emisiones, por el carácter contaminante o no de los productos sólidos, líquidos o gaseosos objeto del vertido, de forma que el vertido de productos no contaminantes pero

carente de autorización constituya única y exclusivamente una infracción relativa al uso del puerto tipificada, según los casos, como grave (artículo 115.1.b) o como muy grave (artículo 116.1.b), mientras que el vertido de productos contaminantes, que en ningún caso podría autorizarse, constituya única y exclusivamente infracción relativa a la contaminación del medio marino grave (artículo 115.4) o muy grave (artículo 116.4).

En principio, y puesto que el artículo 60.1 de la LPMM prohíbe los vertidos o emisiones contaminantes, ya sean de productos sólidos, líquidos o gaseosos, en el dominio público portuario, cabría entender que cuando los artículos 115.1.b) y 116.1.b) del aludido texto legal tipifican como infracciones relativas al uso del puerto el vertido no autorizado desde buques o artefactos flotantes de productos sólidos, líquidos o gaseosos, estos últimos preceptos se refieren al vertido de productos no contaminantes carente de autorización, es decir, y en otros términos, la infracción está constituida por la falta de obtención de autorización para realizar el vertido, vertido que podría autorizarse, pues los productos no son contaminantes.

Ahora bien, no es éste el criterio que sigue la LPMM. En efecto, ya resulta significativo que el artículo 114.1.i) tipifique como infracción leve relativa al uso del puerto “el incumplimiento de la normativa o de las instrucciones que en materia de seguridad marítima o de contaminación se dicten por los órganos competentes”; pero donde más se pone de manifiesto que la LPMM no sigue el criterio anterior es en el artículo 116.4. Este último precepto tipifica como infracciones muy graves relativas a la contaminación del medio marino:

“a)La evacuación deliberada desde buques o plataformas fijas u otras construcciones que se encuentran en aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, de residuos, desechos u otras materias cargadas a bordo o depositadas con tal propósito, salvo cuando cuente con la debida autorización de vertido o ésta no sea exigible según lo previsto en la legalización específica vigente.

b)Llevar a cabo con deliberación la contaminación del medio marino por el hundimiento de buques o la destrucción de plataformas fijas u otras construcciones que se encuentren en aguas situadas en zonas en la que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, con las mismas excepciones señaladas en el párrafo anterior.

(...)

d)La introducción deliberada, de modo indirecto o indirecto, en el medio marino de sustancias materiales o formas de energía que pueden constituir un peligro para la salud humana, perjudicar los recursos turísticos, paisajísticos o biológicos y la vida marina, reducir las posibilidades de esparcimiento u obstaculizar otros usos legales de los mares, en la medida en que dicha introducción fuera contraria a la legislación vigente o no contase con la debida autorización”

Tal y como resulta del precepto parcialmente transcrito, las conductas que en él se contemplan constituyen infracciones relativas a la contaminación del medio marino, salvo que los vertidos cuenten con la debida autorización (o la autorización no sea exigible según lo previsto en la legislación específica vigente).

Pues bien, puesto que en las conductas que el artículo 116.4 de la LPMM tipifica como infracciones muy graves relativas a la contaminación del medio marino se prevé, como circunstancia que excluye la infracción, que el vertido cuente con la debida autorización administrativa (o que ésta no se exigible según lo previsto en la legislación específica vigente), no es posible entender, partiendo de la premisa de que los vertidos de productos no contaminantes pueden autorizarse y los vertidos de productos contaminantes en ningún caso pueden autorizarse, que el artículo 116.4 del referido texto legal se refiere única y exclusivamente a vertidos o emisiones de productos contaminantes, pues de ser ello así no tendría ningún sentido que se prevea en dicho precepto la posibilidad de que los vertidos cuenten con la debida autorización o que ésta no sea exigible con arreglo a la legislación específica vigente.

Así las cosas, y en relación con las infracciones tipificadas en los artículos 114.1.i), 115.1.b) y 116.1.b) de la LPMM se suscita la cuestión de delimitar las respectivas competencias de la Administración portuaria y de la Administración marítima, sea para dictar el acuerdo sancionador, sea para proponer al Ministro de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente la resolución sancionadora que proceda, según la gravedad de la infracción.

Para la debida resolución de esta cuestión se considera necesario examinar los diferentes criterios que a estos efectos pueden proponerse.

A) Imposición conjunta de varias sanciones.

Las conductas descritas en los artículos 114.1.i), 115.1.b) y 116.1.b) de la LPMM están tipificadas formalmente como infracciones relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él, pero, al mismo tiempo, son susceptibles también de calificarse como infracciones relativas a la contaminación del medio marítimo. Así, la infracción del artículo 114.5.a) (infracción leve relativa a la contaminación del medio marino) es, en realidad, reiteración de la infracción leve relativa al uso del puerto tipificada en el artículo 114.1.i); por su parte, en las infracciones graves y muy graves, relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que en él se prestan, y que se contemplan en los artículos 115.1.b) y 116.1.b) pueden subsumirse perfectamente, dada la amplitud con que están contruidos sus respectivos tipos (“vertidos no autorizados desde buques o artefactos flotantes de productos sólidos, líquidos o gaseosos ...”), algunas de las infracciones graves y muy graves relativas a la contaminación del medio marino. Partiendo de esta premisa, podría sostenerse, “prima facie”, que la imposición de una doble sanción por unos mismos hechos no supondría infracción al principio “non bis in idem”, pues el fundamento de una y otra sanción sería distinto, toda vez que los bienes jurídicos que se pretende tutelar con unas y otras sanciones son distintos el regular uso del puerto y la preservación del medio ambiente marino, y así lo prueba la diferente concepción de la misma conducta constitutiva de infracción (infracciones relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que en él se prestan, por una parte, e infracciones relativas a la contaminación del medio marino, por otra). No puede desconocerse, en este sentido, que el artículo 133 de la Ley 30/1993, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) dispone que “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”; pues bien, existiendo diversidad de fundamento, y tal diversidad ha de apreciarse cuando los bienes jurídicos protegidos son distintos, no existiría, en principio, impedimento legal para la imposición de doble sanción por la comisión de un mismo hecho.

Sin embargo, este primer criterio de imposición de doble sanción debe descartarse ante una norma tan contundente como la del artículo 119.2 de la LPMM, según la cual “si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte la mayor sanción ...”

B) Delimitación de la competencia sancionadora por razón del lugar de comisión de la infracción.

Descartado, por las consideraciones precedentes, el criterio de la imposición de doble sanción, se ofrece, como segundo criterio posible para resolver la cuestión planteada, el de la determinación de la competencia en función del lugar de realización de la infracción; según este criterio correspondería a la Administración marítima la competencia para conocer de las infracciones relativas a la contaminación marítima cometidas fuera de la zona de servicio del puerto, en tanto que correspondería a la Administración portuaria la competencia para conocer de las infracciones relativas a la contaminación marítima cometidas en la aludida zona (tanto en la Zona I, interior de las aguas portuarias, como en la Zona II, exterior de las aguas portuarias).

En opinión de este Centro Directivo, este segundo criterio no resulta admisible, al tropezar con dos obstáculos fundamentales, tal y como seguidamente se indica.

En primer lugar, no existe en la LPMM base suficiente para entender delimitada la competencia para conocer de las infracciones relativas a la contaminación del medio marino con arreglo a un criterio espacial, en términos tales que, por razón de este criterio, pueda diferenciarse la competencia de la Administración marítima y de la Administración portuaria. La conceptualización genérica de las infracciones relativas a la contaminación del medio marino se establece mediante la referencia a las “infracciones relativas a la contaminación del medio marino producida desde buques o plataformas fijas u otras instalaciones que se encuentren en zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción” (vid arts. 115.4, 116.4 y 123.1.b).

Partiendo de esa conceptualización, ha de tenerse en cuenta que el artículo 7 de la LPMM dispone que “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”, indicando a continuación que “son aguas interiores españolas, a los efectos de esta Ley, las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, incluyéndose en ellas los ríos, lagos y las aguas continentales”. Pues bien, si son aguas interiores las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, y si por mar territorial se entiende 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, ha de entenderse que la superficie de agua incluida en la zona de servicio del puerto (artículo 15.1 de la LPMM) queda comprendida en la zona en la que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, pues no puede llegarse a otra conclusión a la vista de la determinación que efectúa el artículo 7 de los sucesivos espacios que conforman las zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción. Así lo confirma, de otra parte, el dato de que el artículo 7.2 define la navegación interior como la que “transcurre dentro del ámbito de un determinado puerto o de otras aguas interiores españolas”. La alusión a “otras aguas interiores españolas”, tras hacer referencia el precepto a la navegación que transcurre íntegramente dentro del ámbito de un determinado puerto, implica necesariamente que las aguas comprendidas en la zona de servicios del puerto son también “aguas interiores”, y, por tanto, zona en la que España ejerce soberanía, derechos soberanos y jurisdicción.

En definitiva, si el elemento espacial de las infracciones relativas a la contaminación marítima está constituido por la comisión de aquéllas en las zonas en las que el Estado español ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, y si la Administración marítima es la competente, con arreglo al artículo 123 de la LPMM, en materia de las infracciones de continua referencia, no existe en la LPMM base suficiente para admitir una delimitación de competencias entre la Administración marítima y la Administración portuaria en materia de infracciones relativas a la contaminación del medio marino por razón del lugar de comisión de estas infracciones dado que, conforme se ha razonado anteriormente, las aguas de las zonas de servicio de los puertos están comprendidas en las zonas sobre las que el Estado español ejerce su soberanía.

En segundo lugar, el análisis de la calificación que de las infracciones hacen los artículos 114, 115 y 116 de la LPMM por razón del bien jurídico tutelado en cada caso, lleva también a la conclusión de que no es posible delimitar la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora entre la Administración portuaria y la Administración marítima en relación con las infracciones relativas a la contaminación del medio marino con arreglo a un criterio espacial (lugar de comisión de la infracción). En efecto, cuando los artículos 115.1.b) y 116.1.b) de la LPMM tipifican, respectivamente, como infracción grave “el vertido no autorizado desde buques o artefactos flotantes de productos sólidos, líquidos o gaseosos en la Zona II, exterior de las aguas portuarias” y como infracción muy grave “el vertido no autorizado desde buques o artefactos flotantes de productos sólidos, líquidos o gaseosos en la Zona I, interior de las aguas portuarias” no están delimitando la competencia entre la Administración marítima y la Administración portuaria para sancionar las infracciones relativas a la contaminación marina con arreglo a un criterio espacial, de forma que a la Administración portuaria sólo le corresponda sancionar las infracciones relativas a la contaminación del medio marino cometidas

en las aludidas zonas, en tanto que a la Administración marítima le corresponda la sanción de esa clase de infracciones cuando se cometan en otros ámbitos espaciales. No puede aceptarse este criterio porque las infracciones que tipifican los artículos 115.1.b) y 116.1.b) de la LPMM no se consideran (en la sistemática de dichos preceptos) como infracciones relativas a la contaminación del medio marino, como sería, en principio, necesario para poder ver en los referidos preceptos un criterio espacial de delimitación de competencias entre una y otra Administración, sino que aparecen clasificadas en la categoría de infracciones relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que en él se prestan. En suma, puesto que se trata de infracciones relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que en él se prestan, y no de infracciones relativas a la contaminación del medio marino, no cabe apreciar en las referencias espaciales que se contienen en los tipos de aquéllas (Zonas I y II) un criterio de delimitación de competencias para sancionar las infracciones relativas a la contaminación del medio marino.

C) Competencia concurrente de la Administración marítima y de la Administración portuaria sobre la zona de servicios portuarios.

Descartadas, por las consideraciones expuestas, las soluciones anteriores, queda, como último criterio para resolver la cuestión planteada, el de admitir la competencia concurrente de una y otra Administración que, de esta forma, y sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, ejercerían sus potestades sancionadoras en atención al diferente bien jurídico cuya tutela se encomienda a cada una de ellas.

Ha de insistirse nuevamente en que las conductas descritas en los artículos 114.1.i), 115.1.b) y 116.1.b) de la LPMM tienen una doble significación o proyección por razón de los bienes jurídicos a que afectan; por una parte, desde el momento en que aparecen clasificadas en el aludido texto legal como infracciones relativas al “uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él”, no puede negarse su conceptualización como conductas que atentan contra el régimen jurídico a que se someten los usos del puerto y, desde esta perspectiva, la competencia para sancionarlas corresponde, de conformidad con el artículo 123 de la LPMM, a la Administración portuaria. Por otra parte, las aludidas conductas son también susceptibles de calificarse como infracciones relativas a la contaminación del medio marino, y, en este sentido, la competencia para su sanción corresponde a la Administración marítima, por cuanto que el tipo de la infracción del artículo 114.1.i) se viene a reiterar en el artículo 114.5.a) como infracción relativa a la contaminación del medio marino, y en las infracciones graves y muy graves previstas en los artículos 115.1.b) y 116.1.b) tienen cabida, dada la amplitud con que están contruidos sus respectivos tipos, algunas de las conductas constitutivas de infracciones relativas a la contaminación del medio marino y, en todo caso, es indudable el efecto contaminante de los vertidos no autorizados de productos sólidos, líquidos o gaseosos.

Ahora bien, si las conductas de continua referencia tienen, por razón de los bienes jurídicos a que afectan, esa doble tipificación, lo que justifica, en principio, la competencia concurrente de la Administración portuaria y de la Administración marítima, ello no puede dar lugar a la imposición de una doble sanción (por infracción relativa al uso del puerto, a imponer por la Administración portuaria, y por infracción relativa a la contaminación del medio marino, a imponer por la Administración marítima), pues tal posibilidad queda excluida por el más arriba citado artículo 119.2 de la LPMM que, para el supuesto de que un mismo hecho u omisión fuese constitutivo de dos o más infracciones, ordena tomar en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción.

Siendo éste el criterio que en opinión de este Centro ha de prevalecer, han de examinarse seguidamente sus repercusiones en el orden procedimental.

La regla de la prevalencia de la infracción que comporte la mayor sanción no suscita ninguna cuestión de índole procedimental cuando el mismo hecho constituya dos o más infracciones de la misma clase por razón del bien jurídico protegido, pues en tal caso la

competencia corresponderá exclusivamente a la Administración marítima o a la Administración portuaria, según la clase de infracción de que se trate, pero no ocurre lo propio cuando el mismo hecho sea constitutivo de infracciones de distinta clase, como acontece en los casos en que la misma conducta constituya infracción relativa al uso del puerto e infracción relativa a la contaminación del medio marino, pues en estos casos ambas Administraciones son competentes en sus respectivos ámbitos, pudiendo, por tanto, incoar cada una de ellas el oportuno procedimiento sancionador.

A juicio de esta Dirección General, y tal y como acertadamente se indica en el informe del Servicio Jurídico del Estado en Cádiz de 25 de febrero de 1993, la determinación de cuál sea la infracción que comporte la mayor sanción no puede efectuarse de forma apriorística, atendiendo exclusivamente al catálogo de sanciones que establece el artículo 120 de la LPMM, es decir, sin necesidad de instruir procedimiento sancionador. En efecto, ha de tenerse en cuenta, por una parte, que, con carácter general, las sanciones que el artículo 120 establece para las infracciones graves y muy graves relativas al uso del puerto a que se refieren los artículos 115.1.b) y 116.1.b) son menores que las sanciones que corresponden a esas mismas conductas consideradas como infracciones relativas a la contaminación marina, con lo que la determinación de cuál sea la infracción que lleve aparejada la mayor sanción mediante la exclusiva aplicación del catálogo de sanciones que establece el artículo 120 conduciría a la inaplicación de las infracciones tipificadas en los artículos 115.1.b) y 116.1.b) de la LPMM, que, por esta razón, resultarían preceptos inútiles. Por otra parte, no puede desconocerse que mientras las infracciones relativas al uso del puerto responden a un tipo objetivo, los tipos de las infracciones relativas a la contaminación marina toman en consideración el elemento subjetivo de la culpabilidad (“evacuación deliberada,” “evacuación negligente,” etc.), que da lugar a una distinta calificación por razón de la gravedad y, por tanto, a una mayor o menor sanción, elemento subjetivo cuya determinación sólo puede efectuarse en el oportuno procedimiento sancionador (así, el vertido no autorizado de productos sólidos, líquidos o gaseosos en la Zona I constituye infracción muy grave relativa al uso del puerto que lleva aparejada sanción de multa de hasta 100 millones de pesetas; constituyendo esa misma conducta infracción relativa a la contaminación del medio marino que, de haberse cometido deliberadamente, habrá de calificarse como infracción muy grave sancionada con multa de hasta 500 millones de pesetas, en tanto que, de haberse efectuado por negligencia, se estará en presencia de una infracción grave sancionada con multa de hasta 100 millones de pesetas).

La imposibilidad de determinar cuál sea la infracción que lleve aparejada la mayor sanción sin incoar procedimiento sancionador y el hecho de que concurren las competencias de la Administración Portuaria y de la Administración Marítima para conocer de unos mismos hechos, aunque desde diferentes perspectivas, da lugar, en opinión de este Centro, a que deban tramitarse, en principio, dos procedimientos sancionadores.

No siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 26.ñ) de la LPMM, puesto que la función de coordinación que este precepto encomienda a “Puertos del Estado” se predica únicamente de las sanciones por infracciones que sean de la competencia de las “Autoridades Portuarias”, y hasta tanto se promulgue el Reglamento para la ejecución de la LPMM y se regule en él esta cuestión, ha de entenderse que tan pronto como la Autoridad Marítima o la Autoridad Portuaria tenga conocimiento de un hecho que, a su juicio, sea constitutivo de infracción en materia de su competencia y, al mismo tiempo, pueda serlo también en la esfera de competencia de la otra Autoridad, deberá iniciar el oportuno procedimiento sancionador, poniendo los hechos en conocimiento de la Autoridad aludida en segundo lugar, a fin de que ésta inicie, si lo estima pertinente, un segundo procedimiento sancionador por razón de la presunta infracción cometida en el ámbito que le es propio. Una vez que el órgano competente de una u otra Autoridad finalice, en el procedimiento por ella incoado, su fase instructora y redacte la oportuna propuesta de resolución, deberá remitir copia de ésta y de las alegaciones que, en su caso, hubiese formulado el interesado, al órgano competente de la otra Autoridad que tramite el segundo procedimiento, a fin de que, una vez que aquel órgano formule si lo considera procedente la propuesta de resolución de este segundo procedimiento,

pueda determinarse, por aplicación del criterio establecido en el artículo 119.2 de la LPMM, la infracción que deba tomarse en consideración. De aceptarse por el órgano competente para resolver la propuesta de la mayor sanción, deberá dictarse en el otro procedimiento la oportuna resolución acordando su sobreseimiento y archivo con fundamento en lo dispuesto en el propio artículo 119.2 de la LPMM; de no aceptarse la mayor sanción propuesta y de entenderse procedente una sanción inferior a la propuesta en el otro procedimiento, habrá de seguir adelante la tramitación de este último.

Llegados a este punto, ha de examinarse lo relativo a los vertidos de productos procedentes de obras portuarias de dragado.

El artículo 21.3 de la LPMM dispone que “para la modificación o ampliación de puertos podrán realizarse obras de dragado o de relleno con materiales de origen terrestre o marítimo que por su naturaleza, disposición final o aislamiento protector no den origen a procesos de contaminación que superen los niveles exigibles por la normativa aplicable de calidad de las aguas marinas”.

Pues bien, la LPMM no resulta precisa a la hora de fijar la competencia para autorizar los vertidos de productos procedentes de obras portuarias de dragado. En efecto, su artículo 21.4 dispone que “los vertidos de productos procedentes de obras portuarias de dragado deberán ser autorizadas por la Autoridad Marítima, previo informe de la Dirección General de Costas”; por su parte, el artículo 62.2, párrafo segundo, dispone que “en el caso de que se produzcan vertidos de productos de dragado fuera de la zona interior de las aguas del puerto se estará a lo previsto en el artículo 21.4 de la presente Ley”. Así pues, mientras el artículo 62.2, párrafo segundo, se refiere a vertidos que tengan lugar fuera de la zona interior de las aguas del puerto para exigir en estos casos autorización de la Autoridad Marítima, dada la remisión que hace al artículo 21.4, este último precepto se refiere, para someterlos a autorización de la Autoridad Marítima, a vertidos de productos procedentes de obras de dragado sin especificar el lugar en que se realicen los referidos vertidos y sin distinguir, por tanto, entre zona interior de las aguas del puerto y zona exterior de dichas aguas.

A favor del criterio de que la autorización de la Autoridad Marítima sólo procede en los casos de vertidos de productos procedentes de dragado que tengan lugar fuera de la zona interior de las aguas del puerto milita el argumento que proporciona el tenor literal del artículo 62.2, párrafo segundo de la LPMM; en favor del criterio de que la autorización de la Autoridad Marítima ha de exigirse cualquiera que sea el lugar en que se realice el vertido actúa no sólo el artículo 21.4 que, como se ha indicado, no establece distinción por razón del lugar en que se realice el vertido, sino también la conceptualización de los vertidos de productos procedentes de obras de dragado como asunto que concierne primordialmente a la preservación del medio marino, como ponen de manifiesto los artículos 21.2, 3 y 4, 60.1 y 62, 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.

Por otra parte, el criterio de que la Autoridad Marítima sólo tiene competencia para autorizar los vertidos procedentes de obras de dragado que se realicen en la zona exterior de las aguas portuarias no resulta satisfactorio como criterio determinante de la competencia sancionadora de la referida Autoridad marítima, ya que la competencia de ésta en materia de preservación y lucha contra la contaminación del medio marino, en la que indudablemente queda comprendido el ejercicio de la potestad sancionadora, se extiende, conforme resulta, entre otros preceptos, del artículo 86.2 de la LPMM, a las “aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción”, ámbito espacial en el que, como se ha razonado más arriba, queda comprendida la zona interior de las aguas portuarias.

Así las cosas, y dada la imprecisión del criterio de determinar la competencia para sancionar los vertidos procedentes de obras portuarias de dragado en función de la competencia para autorizar esos vertidos por razón del lugar en que se realicen, se hace necesario acudir a las normas sobre régimen sancionador que contiene la LPMM.

Pues bien, a la vista de las consideraciones expuestas a lo largo del presente apartado, el vertido de productos procedentes de obras de dragado contraviniendo las prescripciones de la LPMM constituye una infracción relativa al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él, y, al mismo tiempo, infracción relativa a la contaminación del medio marino, sin que, por tanto, se advierta, a los efectos que aquí interesan, ninguna diferencia entre el vertido de productos procedentes de obras de dragado y los demás vertidos o emisiones.

Así, en primer lugar, la realización de los vertidos de productos procedentes de obras de dragado contraviniendo las prescripciones legales es susceptible de ser subsumido tanto en la infracción tipificada en el artículo 115.1.b) o 116.1.b), es decir, infracción grave o muy grave, relativa al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que en él se prestan, según se realice, respectivamente, en la zona exterior o interior de las aguas portuarias, como en la infracción tipificada en el artículo 115.4 o 116.4, es decir, infracción grave o muy grave relativa a la contaminación del medio marino, y ello en razón de la amplitud con que están contruidos los respectivos tipos de infracción. En segundo lugar, y como se ha indicado más arriba, no es posible delimitar la competencia sancionadora de la Administración portuaria y de la Administración marítima con arreglo a un criterio espacial.

En suma, los vertidos de productos procedentes de obras portuarias de dragado, a los que cabe equiparar los procedentes de obras portuarias de relleno, realizados en contravención de las prescripciones legales son susceptibles de calificarse como infracciones relativas al uso del puerto y ejercicio de las actividades que se prestan en él (competencia de la Administración portuaria) y como infracciones relativas a la contaminación del medio marino (competencia de la Administración marítima), lo que determina la aplicación de la regla consignada en el artículo 119.2 de la LPMM con las consecuencias que de ello se derivan en los términos expuestos precedentemente.

- II -

Competencia para la eliminación de vertidos contaminantes en las aguas de la zona de servicio del puerto.

Conforme se indicó en el fundamento jurídico I del presente informe, la competencia en materia de contaminación marina viene atribuida en la LPMM a la Autoridad Marítima y no a las Autoridades Portuarias.

Así, y recordando lo dicho, el artículo 74 de la LPMM señala, entre otros, como objetivo de la política de la Marina Mercante la protección del medio ambiente marino, y el artículo 86 atribuye al Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente (ramo de la Administración Marítima), además de las funciones relativas al salvamento de la vida humana en el mar, la limpieza de las aguas marítimas y la lucha contra la contaminación del medio marino producida desde buques o plataformas que se encuentren situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción; por su parte, el artículo 88.3.g) de la reiterada Ley, relativo a la esfera periférica de la Administración marítima, encomienda a las Capitanías Marítimas la lucha contra la contaminación del medio marino en aguas situadas en las zonas antes aludidas.

La lucha contra la contaminación del medio marino ha sido, por otra parte, objeto de una descentralización por servicios, mediante la creación, por el artículo 89 de la LPMM, de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR), configurada en el citado precepto como Entidad de Derecho público de las comprendidas en el artículo 6.1.b) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1991/1988, de 23 de septiembre. A tenor del artículo 90 de la LPMM, la citada Entidad tiene por objeto "la prestación de los servicios de búsqueda, rescate y salvamento marítimo, de prevención y lucha contra la contaminación del medio marino, de remolque y embarcaciones auxiliares, así como la de aquéllos complementarios de los anteriores". Por lo demás, el encuadramiento de

SASEMAR en el ramo de la Administración marítima es indudable, tanto por la interpretación sistemática de la LPMM como por razón de las funciones que se le encomiendan en régimen de gestión descentralizada y por el dato orgánico de ser su Presidente el Director General de la Marina Mercante.

Frente a preceptos tan explícitos que atribuyen a la Administración Marítima la competencia en materia de protección del medio ambiente marino, y su prestación, en régimen de gestión descentralizada, a SASEMAR, no se contiene en la LPMM ninguna referencia a esta misma materia como competencia de la Administración Portuaria ni en su artículo 26 ni en su artículo 37, que enumeran, respectivamente, las funciones de “Puertos del Estado” y de las “Autoridades Portuarias”. Tan sólo el artículo 66.1 de la LPMM, tras definir con carácter general los servicios portuarios como las actividades de prestación que tiendan a la consecución de los fines que a las “Autoridades Portuarias” se asignan por la presente Ley, establece como tal el de “recogida de basuras y recepción de residuos sólidos y líquidos contaminantes procedentes de buques, plataformas u otras instalaciones fijas situadas en el mar”. La conceptualización de esta actividad como servicio portuario permite entender que la actuación de las “Autoridades Portuarias” no tiene carácter reparador, sino preventivo; no va dirigida a la eliminación de los residuos sólidos o líquidos que ya hayan sido vertidos en las aguas marítimas (servicio de lucha contra la contaminación en sentido propio), sino a prevenir su vertido, tratándose de una actividad de prestación de servicios a buques, plataformas u otras instalaciones que pueden provocar la contaminación del medio marino. No cabe, pues, ver en el artículo 66 de la LPMM un precepto que imponga a las “Autoridades Portuarias” la implantación de un servicio de lucha contra la contaminación del medio marino más allá de un servicio de carácter preventivo, de recogida y recepción de residuos contaminantes de buques u otras instalaciones. Lo dicho queda confirmado, de otra parte, por la propia definición que de los servicios portuarios suministra el inciso inicial del artículo 66 de la LPMM, pues tales son, según dicho precepto, los que tienden a la consecución de los fines que la LPMM asigna a las “Autoridades Portuarias”, y los artículos 36 y 37 del texto legal de continua referencia no encomiendan a las “Autoridades Portuarias” la lucha contra la contaminación marítima.

En suma, y por las consideraciones precedentes, no es de la competencia de las “Autoridades Portuarias” la “lucha contra la contaminación del medio marino”, en el sentido propio ya apuntado. La circunstancia de que la contaminación se haya producido en la superficie de agua de la zona de servicio del puerto a que alude el artículo 15.1 de la LPMM no altera la anterior conclusión, ya que la competencia en materia de preservación del medio marino que corresponde a la Administración Marítima, sin perjuicio de la actuación de SASEMAR, se proyecta espacialmente sobre las zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, y en dichas zonas queda comprendida, a la vista del artículo 7 de la LPMM y según lo razonado en el fundamento jurídico I, la superficie de agua de la zona de servicio del puerto.

Las “Autoridades Portuarias” no están obligadas, por lo tanto, a disponer de un servicio de lucha contra la contaminación del medio marino, por no corresponderles legalmente esta competencia, pero debe examinarse todavía si, con carácter potestativo, pueden implantar el referido servicio.

En opinión de este Centro Directivo, se impone una contestación negativa. Es cierto que el artículo 37.k) de la LPMM encomienda a las Autoridades Portuarias la adopción “de cuantas medidas sean necesarias para la protección y adecuada gestión del dominio público portuario”, dominio en el que se comprenden, según el artículo 53.f), “los espacios de agua incluidos en la zona de servicios del puerto”. Ahora bien, el artículo 37.k) de la LPMM no puede ser considerado, a estos efectos, aisladamente, sino que ha de interpretarse en relación con el conjunto del aludido texto legal, y éste encomienda, según lo dicho más arriba, la lucha contra la contaminación del medio marino a la “Administración Marítima” y a SASEMAR, y no a las “Autoridades Portuarias”. Sería contrario al régimen de

competencias sobre lucha contra la contaminación del medio marino establecido por la LPMM que, atribuida la referida competencia a la Administración Marítima y a SASEMAR, pudiera luego cada Autoridad Portuaria asumir competencias en materia de lucha contra la contaminación del medio marino, pues a ello conduciría la creación por las “Autoridades Portuarias” de un servicio de lucha contra la contaminación. Cuestión distinta es que las Autoridades Portuarias puedan colaborar con las Autoridades Marítimas y con SASEMAR en la prestación del servicio de lucha contra la contaminación, poniendo a disposición de aquéllas los medios materiales con que cuenten, posibilidad a la que nada ha de objetarse en cuanto se trate de una colaboración que se desenvuelva en el orden interno de la prestación material del servicio y que no suponga la creación de un servicio de lucha contra la contaminación de titularidad de la Autoridad Portuaria correspondiente, lo que, según lo dicho, no resulta legalmente posible.

El criterio de que la lucha contra la contaminación por vertidos en las aguas de la zona de servicio del puerto no corresponde a las Autoridades Portuarias y la conclusión de que estas entidades no pueden crear servicios de lucha contra la contaminación no quedan alterados por lo dispuesto en el artículo 125.3 de la LPMM. Este precepto establece lo siguiente:

“No obstante lo anterior, para las infracciones relativas al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él, la incoación del procedimiento sancionador y la adopción de medidas de restauración del orden jurídico vulnerado se acomodará a lo establecido en la legislación de costas, sin otra particularidad que el órgano competente para acordarlas será la Autoridad Portuaria. En tales casos corresponde a ésta la adopción de las medidas de restauración.”

Si la comisión de una infracción administrativa lleva aparejada no sólo la imposición de la correspondiente sanción, sino también y, en su caso, la restauración o reparación del bien jurídico perturbado, el precepto transcrito no hace sino una aplicación del principio general de que la competencia para la imposición de la sanción comprende también la competencia para la exigencia al infractor de la reparación o restauración del bien jurídico infringido; así se deduce de la interpretación conjunta de los artículos 130.2 y 138.1 de la LRJ-PAC. Por consiguiente, si la Autoridad Portuaria es competente, con arreglo al artículo 125.3 de la LPMM, para la adopción de medidas de restauración del bien jurídico vulnerado por infracciones relativas al uso del puerto, ha de entenderse que, aunque no exista en la LPMM un precepto que expresamente así lo indique, la Administración Marítima será competente para acordar las medidas de restauración del bien jurídico vulnerado por infracciones relativas a la contaminación del medio marino.

El vertido no autorizado de productos contaminantes en las aguas de la zona de servicio del puerto constituye infracción relativa a la contaminación del medio marino, a la vista de lo dispuesto en los artículos 115.4 y 116.4 de la LPMM, y, a su vez, constituye infracción relativa al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que en él se prestan, conforme resulta de los artículos 115.1.b) y 116.1.b) del texto legal de continua referencia.

La circunstancia de que el vertido de productos contaminantes constituya las dos infracciones reseñadas da lugar, conforme dispone el artículo 119.2 de la LPMM, a que sólo se tome en consideración la infracción que comporte la mayor sanción.

Pues bien, en el caso de que la infracción que deba tomarse en consideración lo sea, por aplicación de la regla del artículo 119.2 de la LPMM, por contaminación del medio marino, es indudable que la reparación del daño causado, es decir, la restauración del orden jurídico vulnerado será de la competencia de la Administración Marítima, sin perjuicio de que la realización material de las operaciones de eliminación de los vertidos y limpieza de las aguas las efectúe SASEMAR, y sin perjuicio de que su coste sea sufragado por los responsables de la infracción.

En el caso de que los hechos deban considerarse, por aplicación del artículo 119.2 de la LPMM, como infracción relativa al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él, no cabe duda de que, con arreglo al artículo 125.3 de la LPMM la restauración del bien jurídico infringido será de la competencia de la Autoridad Portuaria. Ahora bien, ello no significa que sea ésta la que materialmente haya de efectuar las operaciones precisas para ello, ni que, por esa razón, deba disponer, como servicio portuario de su titularidad, de un servicio de lucha contra la contaminación, y por esta vía asumir la competencia en esta materia.

En efecto, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que lo que el artículo 125.3 de la LPMM impone en estos supuestos a las Autoridades Portuarias es “la adopción de las medidas de restauración del orden jurídico vulnerado”, fórmula que por su literalidad no implica necesariamente la ejecución material de las operaciones precisas para ello por la propia Autoridad Portuaria. En segundo lugar, la circunstancia de que los hechos deban considerarse como infracción relativa al uso del puerto y al ejercicio de actividades que se prestan en él no puede eliminar la realidad del efecto contaminante producido por el vertido; pues bien, sería un contrasentido que la LPMM haya atribuido a la Administración Marítima y no a la Administración Portuaria la competencia en materia de lucha contra la contaminación marina, creando una Entidad de Derecho público con este específico objeto, y, en cambio, luego resulte competente la Autoridad Portuaria para ese cometido y tenga que disponer de un servicio de lucha contra la contaminación del medio marino.

Las consideraciones que se acaban de hacer conducen a la conclusión de que en los casos en que los vertidos de productos contaminantes en las aguas de la zona de servicio del puerto deban considerarse como infracciones relativas al uso del puerto, la adopción del acuerdo de restauración del bien jurídico vulnerado corresponde, en aplicación del artículo 125.3 de la LPMM, a la Autoridad Portuaria y la ejecución del referido acuerdo, realizando las operaciones precisas para ello, a SASEMAR, a quien la Autoridad Portuaria habrá de dirigirse impartiendo las instrucciones precisas, sufragando en todo caso el coste de aquellas operaciones el responsable o responsables de la infracción.

Ha de señalarse, por otra parte, que, como fácilmente se comprende, el acuerdo de restauración del bien jurídico vulnerado no es un acuerdo que sólo pueda adoptarse y llevarse a efecto tras la conclusión del procedimiento sancionador, una vez determinada cuál de las dos infracciones deba tomarse en consideración, sino que también puede adoptarse durante la tramitación del referido procedimiento. Así, y con referencia a las infracciones por contaminación, el artículo 118.2.d), “in fine”, de la LPMM prevé que la Administración competente “pueda ejecutar o encomendar a su costa (se refiere a los responsables) las operaciones que, con carácter de urgencia, pudieran resultar necesarias para la preservación del medio ambiente”. Esta misma idea expresa, aunque referida a un supuesto distinto, el artículo 119.3: tras disponer la suspensión del procedimiento sancionador hasta que la Autoridad Judicial dicte sentencia o resolución que ponga fin al proceso, el párrafo tercero del precepto citado dispone que “en todo caso, deberán cumplirse de modo inmediato las medidas administrativas adoptadas para salvaguardar la actividad portuaria, la seguridad marítima y la ordenación del tráfico marítimo y la prevención de la contaminación del medio marino, sin que la suspensión del procedimiento sancionador pueda extenderse a la ejecutividad de las medidas para restablecer el orden jurídico vulnerado”.

Así las cosas, y hasta que se determine cuál de las dos infracciones deba tomarse en consideración, tanto la Administración Portuaria como la Administración Marítima, competente una y otra para incoar el oportuno procedimiento por razón de la infracción de su respectiva competencia, podrán e, incluso, deberán adoptar las medidas tendentes a la reposición del bien jurídico infringido, dirigiendo, a estos efectos, a SASEMAR las oportunas instrucciones.

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

CONCLUSIONES

Primera.- El vertido de productos contaminantes sólidos, líquidos o gaseosos en la Zona I (interior de las aguas portuarias) y II (exterior de las aguas portuarias) constituye infracción relativa al uso del puerto y al ejercicio de las actividades que se prestan en él, y, al mismo tiempo, infracción relativa a la contaminación del medio marino, si bien, y por aplicación del artículo 119.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, sólo podrá tomarse en consideración la infracción que comporte la mayor sanción.

Segunda.- La determinación de la infracción que comporte la mayor sanción no puede efectuarse al margen del procedimiento sancionador. Al resultar competente para la tramitación del referido procedimiento tanto la Autoridad Marítima como la Autoridad Portuaria, y hasta tanto se regule esta cuestión por el futuro Reglamento para la ejecución del aludido texto legal, una y otra deberán incoar, en el ámbito de su respectiva competencia, sendos procedimientos sancionadores y tramitarlos de la forma indicada en el fundamento jurídico I, apartado C), del presente informe.

Tercera.- La eliminación de productos contaminantes vertidos en las aguas de la zona de servicio del puerto deberá ser acordada, cuando el vertido deba considerarse como infracción relativa a la contaminación del medio marino, por la Autoridad Marítima y ejecutarse por la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima; en el caso de que el referido vertido deba considerarse como infracción relativa al uso del puerto y al ejercicio de la actividad que se presta en él, el oportuno acuerdo deberá ser adoptado por la Autoridad Portuaria y ejecutado, igualmente, por la Sociedad citada.

Cuarta.- El acuerdo de eliminación de los productos contaminantes vertidos, como medida de restauración del bien jurídico infringido, podrá adoptarse con anterioridad a la determinación de la infracción que deba tomarse en consideración y, por tanto, con anterioridad a la terminación del procedimiento sancionador, bien por la Administración Marítima, bien por la Autoridad Portuaria.

Quinta.- La competencia en materia de lucha contra la contaminación del medio marino en las zonas en que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción corresponde a la Administración Marítima, con arreglo a los artículos 74, 86.2 y 88.3.g) de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y no a las Autoridades Portuarias, a las que sólo corresponde la creación de un servicio de recogida de basuras y recepción de residuos sólidos y líquidos contaminantes procedentes de buques, plataformas u otras instalaciones fijas situadas en el mar, según el artículo 66.1 del referido texto legal.

Sexta.- La superficie de agua de la zona de servicio del puerto es zona en la que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción.

Séptima.- El servicio público de lucha contra la contaminación del medio marino ha sido objeto de descentralización en favor de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, en los términos señalados en el cuerpo de este informe.

Octava.- Las Autoridades Portuarias no pueden constituir un servicio de lucha contra la contaminación del medio marino, al no ostentar competencias en esta materia; no obstante, pueden colaborar con la Autoridad Marítima y con la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima poniendo a su disposición los medios materiales con que aquéllas cuenten, por ser ello una actuación que se desenvuelve en el orden interno de la prestación material del servicio y que, en cuanto tal, no supone la creación del referido servicio como de titularidad de las propias Autoridades Portuarias.

89.- Informe sobre el alcance de competencias de las Autoridades Portuarias en materia de protección civil, especialmente en materia de prevención y control de emergencias en las que intervienen varias Administraciones Públicas.

A.G. ENTES PÚBLICOS 44/13 (r-459/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la solicitud de informe formulada por la Presidencia de Puertos del Estado sobre el alcance de las competencias de las Autoridades Portuarias en materia de protección civil, especialmente en materia de prevención y control de emergencias en las que intervienen varias Administraciones Públicas. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

El artículo 25.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 (TRLPEMM) establece, como competencia propia de las Autoridades Portuarias, “la prestación de los servicios generales, así como la gestión y control de los servicios portuarios para lograr que se desarrollen en condiciones óptimas de eficacia, economía, productividad y seguridad, sin perjuicio de la competencia de otros organismos”:

De una forma más precisa, el artículo 26.1 de dicho texto legal dispone que:

“Para el ejercicio de las competencias de gestión atribuidas por el artículo anterior, las Autoridades Portuarias, tendrán las siguientes funciones:

(...)

- j) Controlar en el ámbito portuario, el cumplimiento de la normativa que afecte a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancía peligrosas, al igual que los sistemas de seguridad y de protección ante acciones terroristas y antisociales, contra incendios y de prevención y control de emergencias en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de las Administraciones públicas, así como colaborar con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación”

Por su parte, el artículo 65 del propio TRLPEMM, relativo a los planes de emergencia y seguridad preceptúa:

“1. La Autoridad Portuaria controlará en el ámbito portuario el cumplimiento de la normativa que afecte a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas, y de la normativa que afecte a los sistemas de seguridad, incluidos los que se refieran a la protección ante actos antisociales y terroristas, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de las Administraciones públicas, y de las responsabilidades que en esta materia correspondan a los usuarios y concesionarios del puerto.

(...)

- 2.- De acuerdo con lo previsto en la legislación vigente sobre prevención y control de emergencias, cada Autoridad Portuaria elaborará un Plan de Emergencias Interior para cada puerto que gestiona, el cual, una vez aprobado de acuerdo con la normativa aplicable, formará parte de las Ordenanzas Portuarias”

Por último, el artículo 106 del TRLPEMM, bajo la rúbrica de “Servicios generales” (del puerto), definidos como aquellos servicios de los que se benefician los usuarios del puerto sin necesidad de solicitud, así como aquellos necesarios para el cumplimiento de las funciones de las Autoridades Portuarias, establece que las Autoridades Portuarias prestarán en la zona de servicio del puerto, entre otros, los siguientes servicios:

“(…)

- g) Los servicios de prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación.

(…)”

El antecedente más próximo del artículo 106.g) del TRLPEMM lo constituye, con casi igual redacción, el artículo 58.2.g) de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios en los puertos de interés general.

Pues bien, para poder precisar, como se solicita a este Centro Directivo, el alcance concreto de las competencias que asumen las Autoridades Portuarias en materia de protección civil y, especialmente, en materia de prevención y control de emergencias en las que intervienen también otras Administraciones Públicas, es necesario determinar, en primer término, en qué consiste exactamente la “prevención y control de emergencias, en los términos establecidos en la normativa sobre protección civil” y que constituye, como se ha visto, uno de los servicios generales que deben prestar las Autoridades Portuarias en la zona de servicio del puerto.

- II -

El artículo 106.g) del TRLPEMM cuando atribuye a las Autoridades Portuarias los servicios de “prevención y control de emergencias en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil”, está realizando un claro reenvío a esa normativa para precisar el alcance del servicio atribuido a aquellas entidades públicas.

La norma básica estatal está constituida por la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil (LPC), en cuya Exposición de Motivos se declara (apartado I) que “la magnitud y trascendencia de los valores que están en juego en las situaciones de emergencia exige poner a contribución de los recursos humanos y materiales pertenecientes a todas las Administraciones públicas, a todas las organizaciones y empresas, e incluso a los particulares, a los que, por tal razón, mediante Ley, con arreglo al artículo 30.4 de la Constitución, podrán imponérseles deberes para hacer frente a los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, auténticos presupuestos de hecho de la protección civil”.

Sobre esta base, el artículo 1 de la LPC ofrece una visión suficientemente precisa del objeto de la protección civil, al disponer que “la acción permanente de los poderes públicos en materia de protección civil, se orientará al estudio y prevención de las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública y a la protección y socorro de personas y bienes en los casos en que dichas situaciones se produzcan” (apartado 1), añadiendo que “la protección civil es 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” (apartado 2).

Pasando al plano organizativo, el artículo 2 de la LPC, en concordancia con lo señalado en el apartado II de su Exposición de Motivos, atribuye la competencia en materia de protección civil, a la Administración civil del Estado y, en los términos establecidos en la Ley, a las restantes Administraciones Públicas, siendo sus mecanismos de actuación, básicamente, técnicas de planificación y de coordinación a nivel superior.

Por su parte, el Capítulo II de la LPC, relativo a los deberes y obligaciones en materia de protección, después de señalar en su artículo 4 que “todos los ciudadanos, a partir de la mayoría de edad, están sujetos a la obligación de colaborar personal y materialmente, en la protección civil, en caso de requerimiento por las autoridades competentes”, establece, en sus artículos 5 y 6, lo siguiente:

Artículo 5

- “1.- El Gobierno establecerá un catálogo de las actividades de todo orden que puedan dar origen a una situación de emergencia, así como de los centros, establecimientos y dependencias en que aquéllas se realicen.
- 2.- Los titulares de los centros, establecimientos y dependencias o medios análogos dedicados a las actividades comprendidas en el indicado catálogo estarán obligados a establecer las medidas de seguridad y prevención en materia de protección civil que reglamentariamente se determinen.”

Artículo 6

- “1.- Los Centros, establecimientos y dependencias a que se refiere el artículo precedente dispondrán de un sistema de autoprotección, dotado con sus propios recursos y del correspondiente plan de emergencia para acciones de prevención de riesgos, alarma, evacuación y socorro.

Por el Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior y previo informe de la Comisión Nacional de Protección Civil se establecerán las directrices básicas para regular la autoprotección.

- 2.- Se promoverá la constitución de organizaciones de autoprotección entre empresas de especial peligrosidad, a las que la Administraciones públicas, en el marco de sus competencias, facilitarán asesoramiento técnico y asistencia.”

Por lo que se refiere al sistema de autoprotección, de especial importancia en el campo de la protección civil, merece destacarse el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LPC en donde se declara que “la tarea fundamental del sistema de protección civil consiste en establecer el óptimo aprovechamiento de las posibles medidas de protección a utilizar. Consecuentemente, debe plantearse no sólo de forma que los ciudadanos alcancen la protección del Estado y de los otros poderes públicos, sino procurando que ellos estén preparados para alcanzar por sí mismos tal protección”.

Pues bien, tanto las actividades de infraestructura del transporte como los puertos de interés general con usos comerciales y usos complementarios o auxiliares definidos en los artículos 3 y 4 del TRLPEMM y gestionados por las respectivas Autoridades Portuarias se incluyen en el catálogo de actividades que pueden dar origen a una situación de emergencia, estando las citadas Autoridades obligadas a disponer de un sistema de autoprotección en los términos que se detallan en el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, que, en desarrollo de las previsiones contenidas en los artículos 5 y 6 de la LPC, aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia.

En efecto, el artículo 2 del Real Decreto 393/2007, relativo al ámbito de aplicación, establece que “las disposiciones de este Real Decreto se aplicarán a todas las actividades comprendidas en el Anexo I de la Norma Básica de Autoprotección, aplicándose con carácter supletorio en el caso de las Actividades con Reglamentación Sectorial Específica, contempladas en el punto 1 de dicho Anexo”.

El Anexo I contiene el Catálogo de actividades a las que resulta de aplicación el Real Decreto. El punto 1 de dicho Anexo, dedicado a las “Actividades con reglamentación sectorial específica”, incluye en su apartado b) –“Actividades de infraestructura de transporte”– a los “Puertos Comerciales: Los puertos de interés general con uso comercial y sus usos comple-

mentarios o auxiliares definidos en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General”.

Ahora bien, al margen de la indudable aplicación a las Autoridades Portuarias de las previsiones contenidas en el Real Decreto 393/2007, no se puede perder de vista la existencia de una normativa más específica, dados los términos del artículo 2 del Real Decreto.

En este sentido, y dada la concreta mención que se hace a la misma a los artículos 26.1.j) y 65 del TRLPEMM, no puede desconocerse la incidencia de la normativa que afecta a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas, constituida, esencialmente, por el Real Decreto 145/1989, de 20 de enero, que aprueba su Reglamento y cuyo artículo 1, relativo al campo de aplicación, señala que “las presentes normas serán de aplicación en las zonas portuarias cuando en las mismas se realicen operaciones con mercancías clasificadas como peligrosas, según se definen en los artículos siguientes”.

Pues bien, el Título VI del Reglamento en cuestión se dedica a los “Planes de Emergencia y Autoprotección”, mereciendo destacarse los artículos 123 y 124 que preceptúan lo siguiente:

“Art. 123. Seguridad, autoprotección y Plan de Emergencia Interior. -Las zonas en que sea de aplicación este Reglamento, en consideración a su actividad general, y especialmente cuando se manipulen y almacenen en las mismas mercancías peligrosas, serán considerados lugares dedicados a actividades potencialmente peligrosas a los efectos previstos en los artículos 5 y 6 de la Ley 2/1985, de 21 de enero), sobre Protección Civil.

A tal fin, con independencia de las medidas de protección de personas y bienes que deban establecerse con carácter general en los puertos, cuando además se realicen en los mismos operaciones de manipulación, almacenamiento y transporte interno de mercancías peligrosas, se dispondrá para las zonas en que dichas mercancías se manipulen o almacenen 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”.

“Art. 124. Plan de Emergencia Exterior en zonas portuarias.- El Plan de Emergencia Interior de cada puerto se integrará en el correspondiente Plan de Emergencia Exterior en zonas portuarias que será elaborado, aprobado y homologado por las autoridades competentes en la materia y en el que se establecerán las previsiones de actuación de los mismos y de los servicios dependientes de ellos, en apoyo de la organización de autoprotección del respectivo puerto, cuando las circunstancias lo requieran por la importancia del accidente ocurrido en éste o cuando la emergencia afecte al entorno del mismo.

El Plan de Emergencia Interior y el Plan de Emergencia Exterior de las zonas portuarias constituirán un plan integral. La integración de estos planes se llevará a cabo mediante un documento común en el que se establecerán los procedimientos de enlace e información, entre ambos, y las correspondientes acciones conjuntas”

La normativa reguladora de la prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales, a la que se refiere el artículo 123, in fine, está constituida por el Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, de medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, dictado asimismo en desarrollo de los artículos 5, 6 y 12 de la LPC.

De dicho Real Decreto merece destacarse el artículo 9, relativo al informe de seguridad. Tras disponer este precepto que “los industriales de establecimientos en los que están presentes sustancias peligrosas en cantidades iguales o superiores a las especificadas en el Anexo 1, estarán obligados a elaborar un informe de seguridad con un contenido determinado”, el apartado 5 de dicho precepto dispone que “en el caso de que el establecimiento esté ubicado en dominio público portuario, el informe de seguridad será tenido en cuenta por la Autoridad Portuaria correspondiente para la elaboración del plan de emergencia interior del puerto de acuerdo con la legislación sectorial aplicable”

El artículo 16.5 de dicho Real Decreto, relativo a las Autoridades competentes, menciona entre ellas, a las Autoridades Portuarias para:

- a) La recepción de la información prevista en los artículos 6, 7, 9, 10 y 11 del presente Real Decreto, que deberá proporcionarles el industrial, además de a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en los casos en los que los establecimientos se encuentren ubicados en el dominio público portuario.
- b) La adopción de medidas de protección de riesgos mediante la colaboración con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en la elaboración del plan de emergencia exterior, en relación con aquellos establecimientos que se encuentren ubicados en el dominio público portuario”

Por su parte, el artículo 9.3, consciente, como el artículo 124 in fine del Real Decreto 145/1989, de la existencia de varios planes, estudios o informes que inciden sobre materias conexas, establece que:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, el informe de seguridad y cualesquiera otros estudios o informes de naturaleza análoga que deban realizar los industriales, en virtud de la legislación sectorial aplicable, podrán fusionarse en un documento único a los efectos del presente artículo, cuando dicha fusión permita evitar duplicaciones innecesarias de la información y la repetición de los trabajos realizados por el industrial o la autoridad competente, siempre que se cumplan todos los requisitos del presente artículo”

En esta misma línea, el artículo 3 del Real Decreto 393/2007, relativo a las Normas de Autoprotección dispone que:

- “1.- Las obligaciones de autoprotección establecidas en el presente Real Decreto serán exigidas como norma mínima o supletoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1
- 2. Los planes de autoprotección previstos en esta Norma y aquellos otros instrumentos de prevención y autoprotección impuestos por otra normativa aplicable, podrán fusionarse en un documento único cuando dicha unión permita evitar duplicaciones innecesarias de la información y la repetición de los trabajos realizados por el titular o la autoridad competente, siempre que se cumplan todos los requisitos esenciales de la presente Norma y de las demás aplicables de acuerdo con el artículo 2.1”

En resumen, puede decirse que, tras la entrada en vigor del Real Decreto 393/2007, los estudios de seguridad, informes y planes de emergencia a los que se refieren los Reales

Decretos 145/1989 y 1254/1999 deben entenderse integrados en un documento único, el Plan de Autoprotección de las Autoridades Portuarias, que, tras la incorporación de esos documentos de forma coordinada, ha de dar respuesta a todas las situaciones de emergencia derivadas de las actividades de infraestructura de transporte en general, incluida la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas, y la derivada de la prevención de accidentes mayores en determinadas actividades industriales.

Aunque no se trata de reproducir los preceptos del Real Decreto 393/2007 relativos a la autoprotección, merecen destacarse, a los fines del presente informe, los siguientes:

- 1) El artículo 4, relativo a la elaboración de los Planes de Autoprotección, donde se indica, en primer lugar, que la elaboración, implantación, mantenimiento y revisión de los mismos es responsabilidad del titular de la actividad, en segundo lugar, que los centros, establecimientos, espacios, instalaciones y dependencias que deban disponer de plan de autoprotección deberán integrar en su plan los planes de las distintas actividades que se encuentren físicamente en el mismo, así como contemplar el resto de actividades no incluidas en la Norma Básica de Autoprotección y, por último, que los titulares de las distintas actividades, en régimen de arrendamiento, concesión o contrata, que se encuentren físicamente en los centros, establecimientos, espacios, instalaciones y dependencias que deban disponer de plan de autoprotección, de acuerdo con lo establecido en el Anexo I, deberán elaborar, implantar e integrar sus planes, con sus propios medios y recursos.
- 2) La Norma Básica 1 de Autoprotección de los Centros, Establecimientos y Dependencias, dedicados a actividades que pueden dar origen a situaciones de emergencia.
 - 2.a) El apartado 1.1 de dicha Norma, relativo al “Objeto de la Norma Básica de Autoprotección”, establece que la misma tiene por objeto “el establecimiento de los criterios esenciales, de carácter mínimo, para la regulación de las autoprotección, para la definición de las actividades a las que obliga, y para la elaboración, implantación material efectiva y mantenimiento de la eficacia del Plan de Autoprotección, en adelante plan de autoprotección”.
 - 2.b) El apartado 1.2 da un concepto de autoprotección diciendo que “se entiende como autoprotección el sistema de acciones y medidas encaminadas a prevenir y controlar los riesgos sobre las personas y los bienes, a dar respuesta adecuada a las posibles situaciones de emergencia y a garantizar la integración de estas actuaciones con el sistema público de protección civil”.
 - 2.c) El apartado 1.4 se refiere a las obligaciones de los titulares de las actividades reseñadas en el Anexo I, entre las que destaca la elaboración del Plan de Autoprotección, su presentación al órgano de la Administración Pública competente para otorgar la licencia o permiso determinante para la explotación o inicio de la actividad, y el desarrollo de las actuaciones para la implantación y el mantenimiento de la eficacia del Plan, de acuerdo con el contenido del mismo y de los criterios establecidos en la Norma Básica de Autoprotección.
- 3) La Norma 3 relativa al Plan de autoprotección.
 - 3.a) El apartado 3.1 define el Plan de Autoprotección como “el documento que establece el marco orgánico y funcional previsto para un centro, establecimiento, espacio, instalación o dependencia, con el objeto de prevenir y controlar los riesgos sobre las personas y los bienes y dar respuesta adecuada a las posibles situaciones de emergencia, en la zona bajo responsabilidad del titular de la actividad, garantizando la integración de estas actuaciones con el sistema público de protección civil. El Plan de Autoprotección aborda la identificación y evaluación de los riesgos, las acciones y medidas necesarias para la prevención y control de riesgos, así como las medidas de protección y otras actuaciones a adoptar en caso de emergencia”.

- 3.b) La Norma 3.3.7, referida a uno de los documentos básicos del Plan de Autoprotección, el Plan de Actuación de Emergencias que debe detallar los posibles accidentes o sucesos que pudieran dar lugar a una emergencia y los relacionará con las correspondientes situaciones de emergencia establecidas en el mismo, así como los procedimientos de actuación a aplicar en cada caso. Entre esos procedimientos, lo cual resulta de sumo interés para lo que más adelante se dirá, está “la solicitud y recepción de ayuda externa de los servicios de emergencia” (Norma 8, in fine).
- 4) El Plan de Actuación de Emergencias constituye el Capítulo 6 del documento del Plan de Autoprotección, según el Anexo II del Real Decreto 393/2007, conteniendo los procedimientos de actuación ante emergencias (apartado 6.2), entre los que se encuentran los “modos de recepción de las Ayudas externas”.
- 5) Por último, el Anexo III del Real Decreto 393/2007, relativo a las definiciones de los conceptos y términos empleados en el mismo, establece lo siguiente:
- “Plan de actuación en emergencias”: Documento perteneciente al plan de autoprotección en el que se prevé la organización de la respuesta ante situaciones de emergencias clasificadas, las medidas de protección e intervención a adoptar, y los procedimientos y secuencia de actuación para dar respuesta a las posibles emergencias.
 - “Prevención y control de riesgos”: Es el estudio e implantación de las medidas necesarias y convenientes para mantener bajo observación, evitar o reducir las situaciones de riesgo potencial y daños que pudieran derivarse. Las acciones preventivas deben establecerse antes de que se produzca la incidencia, emergencia, accidente o como consecuencia de la experiencia adquirida tras el análisis de las mismas.
 - “Puertos Comerciales”: Los que en razón a las características de su tráfico reúnen condiciones técnicas, de seguridad y de control administrativo para que en ellos se realicen actividades comerciales portuarias, entendiéndose por tales 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.

Pues bien, del tenor del Real Decreto 393/2007 y sus Anexos, dictado en desarrollo de la LPC, se deduce que los “servicios de prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil”, servicio general atribuido a las Autoridades Portuarias por el artículo 106.g) del TRLPEMM, se concretan en la elaboración por parte de las mismas, de acuerdo con el contenido del citado Real Decreto, de un Plan de Autoprotección, en el que, además, se integrarán los planes régimen de arrendamiento, concesión o contrata, que se encuentren físicamente en los centros, establecimientos, espacios portuarios, instalaciones y dependencias que deban disponer del plan de autoprotección, amén de los estudios, informes y planes a los que se refieren los artículos 123 y 124 del Real Decreto 145/1989, de 20 de enero, que aprueba el Reglamento de admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas, y los artículos 9 y 11 del Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, de medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

Dicho Plan de Autoprotección tendrá por objeto, de acuerdo con el artículo 106.g) del TRLPEMM y tal y como dispone la norma 3.1 del Real Decreto 393/2007, “prevenir y controlar los riesgos sobre las personas y los bienes y dar respuesta adecuada a las posibles situaciones de emergencia en la zona (...)”, abordando “la identificación y evaluación de los riesgos, las acciones y medidas necesarias para la prevención y control de riesgos, así como las medidas de protección y otras actuaciones a adoptar en caso de emergencia”, formando parte del mismo el “Plan de actuación ante emergencias”, con el contenido que se detalla en el Real Decreto 393/2007.

En resumen, la responsabilidad de las Autoridades Portuarias en relación con los “servicios de prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil”, que están obligadas a prestar en la zona de servicio del puerto –artículo 106.g) del TRLPEMM–, se concreta en la elaboración del Plan de Auto-protección, con el contenido indicado y en el desarrollo de las actuaciones necesarias para la implantación y el mantenimiento de la eficacia del mismo y demás obligaciones del titular de la actividad, en los términos a los que se refiere el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, dictado en desarrollo de las previsiones contenidas en los artículos 5 y 6 de la LPC, de 21 de enero, de Protección Civil.

- III -

Ahora bien, el propio artículo 106.g) del TRLPEMM, después de atribuir a las Autoridades Portuarias los servicios de prevención y control de emergencias en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, cuyo alcance ha sido objeto de análisis en el apartado anterior, añade que ello es “en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación”. Como ya se indicó, el artículo 26.1.j) del propio TRLPEMM atribuye a las Autoridades Portuarias la función de controlar en el ámbito portuario el cumplimiento de la normativa de prevención y control de emergencias en los términos establecidos por la normativa de protección civil, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de las Administraciones Públicas, “así como colaborar con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamentos y lucha contra la contaminación”.

Antes de analizar con detalle el alcance de esa colaboración en cada uno de los ámbitos expresamente mencionados, resulta oportuno realizar una serie de consideraciones previas acerca del principio de cooperación y sus diferencias con el principio de coordinación.

En este sentido, de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (sentencias nos 32/1983, de 28 de abril; 27/1987, de 27 de febrero; 214/1989, de 21 de diciembre) aplicada por el Tribunal Supremo (se pueden citar, entre otras, las sentencias de 18 de julio de 1997 y 15 de julio de 2003), la diferencia existente entre las técnicas de cooperación y coordinación se encuentra en que, si bien tanto unas como otras se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, sin alterar, en ninguno de los casos, la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación, las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables, puesto que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado, lo que es de por sí un elemento diferenciador de primer orden que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otra fórmulas.

Pues bien, partiendo, del hecho básico de que, tanto las Autoridades Portuarias, en la prestación del servicio de prevención y control de emergencias en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, como el resto de las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación, con las que deben colaborar las primeras, se encuentran en un plano de igualdad en el ejercicio de las respectivas competencias, con la salvedad que más adelante se indicará respecto de la prevención y extinción de incendios en los espacios de agua en la zona de servicio del puerto, es necesario pasar ya al análisis concreto de esa colaboración en cada uno de los ámbitos indicados en el artículo 106.g) TRLPEMM.

- IV -

El primero de esos ámbitos se refiere a la "...colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil".

Como ya se indicó anteriormente, el artículo 2 de la LPC, en concordancia con lo señalado en el apartado II de su Exposición de Motivos, atribuye la competencia en materia de protección civil a la Administración civil del Estado y, en los términos establecidos en la propia Ley, a las restantes Administraciones Públicas.

Sobre esa base, y tal y como ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal Constitucional en sus sentencias nos 123/1984 y 133/1990:

"Por la misma naturaleza de la protección civil, que persigue la preservación de personas y bienes en situaciones de emergencia, se produce en esta materia un encuentro o concurrencia de muy diversas Administraciones Públicas (de índole o alcance municipal, supramunicipal o insular, provincial, autonómica, estatal) que debe aportar sus respectivos recursos y servicios. Desde esta perspectiva, y en principio, la competencia en materia de protección civil dependerá de la naturaleza de la situación de emergencia, y de los recursos y servicios a movilizar. Ello puede suponer, de acuerdo con los términos de los respectivos Estatutos, que la Administración Autonómica sea competente en esta materia.

No obstante, y a tenor de lo dicho anteriormente, esta competencia autonómica se encuentra con determinados límites, que derivan de la existencia de un posible interés nacional o supraautonómico que pueda verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia: Bien por la necesidad de prever la coordinación de Administraciones diversas, bien por el alcance del evento (afectando a varias comunidades Autónomas) o bien por sus dimensiones, que pueden requerir una dirección nacional de todas las Administraciones públicas afectadas, y una aportación de recursos de nivel supraautonómico. Y, como consecuencia, e íntimamente en relación con tal posibilidad, no pueden negarse al Estado las potestades necesarias para obtener y salvaguardar una coordinación de distintos servicios y recursos pertenecientes a múltiples sujetos, así como (si fuera necesario) para garantizar una dirección y organización unitarias: Esto es, tanto competencias de tipo normativo (disponiendo e instrumentando técnicas de coordinación) como de tipo ejecutivo, asumiendo las instancias estatales tareas de dirección. Las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas encuentran pues, su límite, en la policía de seguridad pública que la Constitución reserva a la competencia estatal en su art. 149.1.29, en cuanto tal seguridad pública presenta una dimensión nacional, por la importancia de la emergencia, o por la necesidad de una coordinación que haga posible prevenir y, en su caso, reducir los efectos de posibles catástrofes o emergencias de alcance supraautonómico" (fundamento jurídico 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 133/1990).

Por tanto, se trata de una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, atribuyéndose, en principio, competencia a la Administración del Estado cuando exista un posible interés nacional o supraautonómico que pueda verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia, y a las Comunidades Autónomas y, en su caso, entes locales, en los demás supuestos.

Sobre esa base, las distintas Comunidades Autónomas, en cumplimiento de las previsiones contenidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía, han aprobado diversas leyes de protección civil y gestión de emergencias en las que se fijan sus competencias en este campo, así como las obligaciones y deberes de las mismas, de los entes locales y de los ciudadanos, centros, establecimientos y empresas en general. Sirvan como ejemplos de ellas, la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía; la Ley 1/2007, de 1 de marzo, de Protección Civil y Gestión de Emergencias en Cantabria; la Ley 3/2006, de 30 de marzo, de Protección Civil y Gestión de Emergencias de Baleares; o la Ley 1/1996, de 3 de abril de Emergencias del País Vasco, entre otras.

Por consiguiente, para concretar el alcance de la colaboración entre las Autoridades Portuarias y las Administraciones competentes sobre protección civil, habrá que estar a la LPC, al Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, que aprueba la Norma Básica de Protección Civil, a lo dispuesto en las leyes de las Comunidades Autónomas donde se ubican los respectivos puertos de interés general gestionados por las Autoridades Portuarias, normas todas ellas que consideran Administraciones competentes a la Administración General del Estado, a las Comunidades Autónomas y a los entes locales, precisándose en las mismas las competencias respectivas de unos y otros.

En cualquier caso, debe destacarse que la Norma Básica de Autoprotección 1.4.h), aprobada por Real Decreto 393/2007, considera como uno de los deberes de los titulares de las actividades obligadas a elaborar el Plan de Autoprotección, entre los que se encuentran, según se ha dicho, las Autoridades Portuarias, la de “colaborar con las autoridades competentes de las Administraciones Públicas, en el marco de las normas de protección civil que sean de aplicación”, por lo que al propio Plan de Autoprotección y a las normas antes citadas habrá que estar para concretar el alcance de la colaboración de las Autoridades Portuarias con las Administraciones competentes en la materia.

En esta misma línea, la Norma Básica de Autoprotección 1.3 del Real Decreto 393/2007 detalla las funciones de las Administraciones Públicas, teniendo presente las competencias atribuidas a las mismas en el Real Decreto 393/2007. De esa forma se enumeran las competencias de la Dirección General de Protección Civil y Emergencias del Ministerio del Interior, de los órganos competentes de las Administraciones Públicas para el otorgamiento de licencias y permisos para la explotación o inicio de la actividad, así como de los órganos competentes en materia de Protección Civil en el ámbito local, autonómico o estatal, según corresponda, y que habrá de tener presente como forma de concretar y hacer efectivo, en suma, el principio de colaboración.

- V -

Procede examinar seguidamente el alcance de la intervención de las Autoridades Portuarias en la prestación de los servicios de prevención y control de emergencias consistentes en incendios.

El artículo 66.1 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPPEM), derogado expresamente por la Ley 48/2013, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general conceptuaba como servicios portuarios, entre otros, “los servicios contra incendios (...) sin perjuicio de los que correspondan (...) a otras Administraciones Públicas”, haciendo así una clara atribución de competencias a las Autoridades Portuarias en materia de servicios contra incendios.

El artículo 66 de la LPPEM fue sustituido por el artículo 58.2 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, que conceptuó, entre los servicios portuarios generales, “los servicios de prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre Protección Civil (...) en colaboración con las Administraciones competentes sobre prevención civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación”. Este precepto pasó a quedar recogido, con pequeñas modificaciones, por el artículo 106 g) de TRLPPEM que conceptúa como servicios generales “los servicios de prevención y control de emergencias en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil, en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación”.

Teniendo en cuenta los preceptos de que se ha hecho mención y por razón de las consideraciones que seguidamente se exponen, ha de afirmarse la competencia de las Autoridades Portuarias en materia de prevención y extinción de incendios en las zonas de servicio de los respectivos puertos.

- 1) En primer lugar, y considerando solamente la redacción del artículo 66.1 de la LPEMM y la redacción del artículo 106 g) del TRLPEMM (dado que la redacción del artículo 58.2 g), de la Ley 48/2003 y la del artículo 106 g) del TRLPEMM son sustancialmente análogas), debe indicarse que, si bien el artículo 66.1 de la LPEMM hacía una expresa atribución de competencias a las Autoridades Portuarias en materia de prevención y extinción de incendios, no puede decirse que, a la vista del artículo 106 g) del TRLPEMM, esa competencia haya desaparecido, teniendo en cuenta que, si bien no se alude expresamente a la prevención y extinción de incendios, se utiliza un concepto más amplio en el que, sin duda, quedan comprendidos los incendios, como es el término “emergencias”. Así lo viene a confirmar la circunstancia de que la calificación como servicios de prevención y control de emergencias y su atribución a las Autoridades Portuarias la refiere el artículo 106 g) del TRLPEMM a “los términos establecidos por la normativa sobre protección civil”, y en la norma que encabeza el bloque o grupo normativo sobre Protección Civil, cual es la LPC, se hace expresa mención, como no podía ser de otra forma, a los incendios, como es el caso de sus artículos 4.5 y 14 c).

Partiendo de la anterior premisa, si la función de prevención de emergencias y, por tanto, la función de prevención de incendios es competencia de las Autoridades Portuarias, puesto que el artículo 106 g) del TRLPEMM califica como servicio general del puerto el servicio de prevención de emergencias, debe entenderse que es también competencia de la respectiva Autoridad Portuaria la función de intervenir en la extinción del incendio. En efecto, el artículo 106 g) del TRLPEMM no se limita a calificar como servicio general del puerto (y, por tanto, a hacer atribución de competencia a las Autoridades Portuarias) el servicio de prevención de emergencias, sino que agrega el control de emergencias. Pues bien, en la locución “control de emergencias” deben entenderse comprendidas las actuaciones materiales conducentes a la eliminación (o, al menos, atenuación) de la emergencia, esto es, a la extinción del incendio en el caso de que sea éste la emergencia, pues así resulta, de una parte, del sentido lógico (no cabe pensar en el control de una emergencia sin realizar las actuaciones correspondientes a su eliminación) y del sentido gramatical del término “control” que ofrece la doble significación de “intervención” y de “dominio” (acepciones 1ª y 2ª del Diccionario de la Real Academia Española).

- 2) En segundo lugar, la competencia de la Autoridades Portuarias respecto de la función de prevención y control de emergencias y, por tanto, de incendios, queda confirmada por la circunstancia de que el artículo 106 g) del TRLPEMM hace atribución de estas funciones (al calificarlas como servicios generales del puerto) a las Autoridades Portuarias “en colaboración con las Administraciones competentes sobre (...) prevención y extinción de incendios”. Pues bien, el propio concepto de colaboración (colaboración con otras Administraciones competentes) fundamenta que la competencia corresponda a todas las Administraciones a las que se impone el deber de colaborar y, por tanto, y entre ellas, a las Autoridades Portuarias. A estos efectos, puede traerse a colación, como criterio o punto de referencia, la configuración que del concepto de colaboración (competencial) ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus sentencias nos 11/1986, de 28 de enero; 186/1988, de 17 de octubre; y 146/1996, de 19 de septiembre. Así, en esta última sentencia se dice lo siguiente (fundamento jurídico 5).

“Sobre esta fórmula estatutaria «competencia exclusiva en colaboración en el Estado», el Tribunal Constitucional tiene declarado, en relación con su utilización respecto a las denominaciones de origen, que es obligada una interpretación integradora de la calificación estatutaria de la competencia autonómica como «exclusiva», que aparentemente no guarda entera coherencia con la locución «en colaboración con el Estado» (SSTC 11/1986, 186/1988, 209/1989, 21/1990, 112/1995). De acuerdo con la doctrina constitucional elaborada en las resoluciones citadas, resumidamente expuesta, la competencia autonómica exclusiva en colaboración con el Estado no es una competencia compartida conforme a la técnica de bases estatales versus desarrollo y ejecución autonómicos, ni tampoco es una competencia concurrente, ni una competencia estatal de coordinación de las competencias autonómicas,

sino que implica una actuación que debe ser realizada bilateralmente en régimen de cooperación específica, sin que ello suponga duplicidades o actuaciones intercambiables; se trata, en definitiva, de una regla de deslinde de funciones consistente en que «lo que puede hacer uno de los entes colaboradores no lo debe hacer el otro, de manera que sus actuaciones no son intercambiables, sino complementarias».

Resulta claro, a la vista del criterio sentado por el Tribunal Constitucional, que la técnica de la colaboración entre Administraciones Públicas presupone, y de ello parte, la competencia de todas ellas, por lo que, como se ha indicado, cuando el artículo 106 g) del TRLPEMM define (y hace la correspondiente atribución de competencia a las Autoridades Portuarias) como servicio general del puerto el servicio de prevención y control de emergencias (incendios en caso de que se trata) “en colaboración con las Administraciones competentes sobre (...) prevención y extinción de incendios...”, dicho precepto legal presupone la competencia de la respectiva Autoridad Portuaria en esas funciones de prevención y control de emergencias y, por tanto, de incendios.

Afirmada la competencia de las Autoridades Portuarias en materia de prevención y control de emergencias y, por tanto, en materia de prevención y extinción de incendios, debe examinarse seguidamente el alcance de esta competencia o función por referencia a otras Administraciones Públicas, dado que, como se viene diciendo, el artículo 106 g) del TRLPEMM refiere la prestación de aquellos servicios “en colaboración con las Administraciones Públicas competentes sobre (...) prevención y extinción de incendios...”.

Pues bien, cuando el artículo 106 g) del TRLPEMM alude a las Administraciones competentes resulta incontrovertible que dicho precepto se refiere, ante todo y fundamentalmente, a los Municipios en cuyos respectivos términos municipales se incluyan los puertos de interés general, por ser estas Administraciones Públicas las que tienen atribuida la competencia sobre la materia.

En efecto, el artículo 25.2.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) atribuye en todo caso competencia al municipio en materia de prevención y extinción de incendios, imponiendo el artículo 26.1.c) la prestación de los servicios de prevención y extinción de incendios en los 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” –artículo 31.2.a)–, a cuyo efecto compete a la provincia “la coordinación de los servicios municipales entre sí” y “la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal” –artículo 36.1 de la LRBRL–.

Por su parte, las diversas leyes autonómicas sobre protección civil y gestión de emergencias han atribuido a las Entidades Locales los servicios de prevención y extinción de incendios, detallando, en algunos casos, las funciones específicas en este campo (en este sentido, los artículos 36 y 38 de la Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía; el artículo 14 de la Ley 13/2010, de 23 de noviembre, de Protección Civil y Gestión de Emergencias, de la Comunidad Valenciana; el artículo 48 de la Ley 1/2007, de 1 de marzo, de Protección Civil y Gestión de Emergencias en Cantabria; el artículo 45 de la Ley 3/2006, de 30 de marzo, de Protección Civil y Emergencias de Baleares; o los artículos 28 y siguientes de la Ley 1/1996, de Emergencias del País Vasco, entre otras).

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 LRBRL) y que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional y con la doctrina del Consejo de Estado (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1980; sentencias del Tribunal Constitucional nos 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 67 del TRLPEMM) y que por ello se han de entender comprendidos dentro del ámbito territorial sobre el que el municipio ejerce sus competencias.

Así lo entendió la sentencia del Tribunal Supremo 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 la resolución judicial 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, con base en los cuales el Alto Tribunal 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 confucionismo 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 sentencia nº 149/1991, de 24 de julio, que resolvió varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Costas y que con cita de las anteriores sentencias nos 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”.

Ahora bien, si, por las razones indicadas, no existe obstáculo legal alguno para que en los espacios de tierra comprendidos en la zona de servicio del puerto el Ayuntamiento respectivo, al que corresponde legalmente competencia en materia de prevención y extinción de incendios, ejerza esta competencia en colaboración con la Autoridad Portuaria como resulta del artículo 106 g) del TRLPEMM, mayor dificultad suscita determinar si este mismo régimen es igualmente aplicable a los casos en que la emergencia consistente en un incendio se produzca en los espacios de agua de la zona I (interior de las aguas portuarias) o II (exterior de las aguas portuarias) comprendidos en la zona de servicio del puerto, y ello

en razón de que, siendo el término municipal el territorio en que el Ayuntamiento ejerce sus competencias (cfr. artículo 12.1 de la LRBRL), el término municipal, conforme resulta de este precepto y de las normas concordantes del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, no alcanza las aguas marítimas, por lo que sobre éstas el Ayuntamiento no ostenta ni ejerce competencia alguna.

Entiende este Centro Directivo que la resolución de la anterior cuestión, suscitada en relación con los incendios que se produzcan en los espacios de agua de la zona de servicios del puerto, exige diferenciar dos facetas o aspectos: 1) la titularidad de la competencia sobre prevención y extinción de incendios en esos espacios; y 2) el deber de colaboración en las operaciones de extinción de dichos incendios.

1) Titularidad de la competencia sobre prevención y extinción de incendios en los referidos espacios.

Debe entenderse, sin perjuicio de la matización que más adelante se indicará, que la titularidad de la competencia sobre prevención y extinción de incendios en los espacios de agua de las zonas I y II a que se refiere el artículo 69 del TRLPEMM corresponde a la Autoridad Portuaria y no al Ayuntamiento. Se fundamenta este criterio en la consideración de que el Ayuntamiento tiene como ámbito espacial en el que ejerce las competencias que le asignan los artículos 25 y 26 de la LRBRL y, entre ellas, la de prevención y extinción de incendios su término municipal, conforme resulta del artículo 12.1 de dicho texto legal, sin que en el término municipal queden comprendidas las aguas marítimas. A esto se añade, como consecuencia propia de ello, que no dispondrá el Ayuntamiento de medios precisos (buques u otros artefactos flotantes) que deban utilizarse en las labores de extinción de los incendios de que se trata. Así las cosas, y dado que el TRLPEMM no asigna a la denominada Administración Marítima competencia en materia de prevención y extinción de incendios, debe concluirse que la Administración o entidad pública competente es únicamente la Autoridad Portuaria.

2) Deber de colaboración en las operaciones de extinción de incendios producidos en los espacios de agua de la zona de servicios del puerto.

Correspondiendo por las razones indicadas la titularidad de la competencia de que se trata únicamente la Autoridad Portuaria, esa titularidad no excluye, y aquí se halla la matización antes apuntada, que el Ayuntamiento deba colaborar con los medios de que disponga con la Autoridad Portuaria, en el bien entendido de que ni esta colaboración supone una coparticipación en la competencia que ostenta la Autoridad Portuaria ni, menos aún, el desplazamiento de la competencia de la Autoridad Portuaria a favor del Ayuntamiento, pues, como se ha indicado, el Ayuntamiento no ostenta ninguna competencia fuera de su término municipal (en el que no se incluyen las aguas marítimas). Este deber de colaboración del Ayuntamiento se fundamenta en una doble consideración: a) el deber general de colaboración o cooperación entre Administraciones Públicas que sanciona el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y b) la intensificación o reforzamiento que de ese deber general de colaboración entre Administraciones Públicas resulta del principio que preside el régimen jurídico que establece la normativa sobre protección civil y que sanciona el artículo 1.2 de la LPC ("la protección civil es un servicio público en cuya organización, funcionamiento y ejecución participan las diferentes Administraciones Públicas...").

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho hasta ahora sobre competencia en materia de prevención y control de emergencias consistentes en incendios, cabe entender:

a) Que respecto de la prevención y extinción de incendios producidos en los espacios de tierra comprendidos en la zona de servicios del puerto, ostentan competencia tanto la Autoridad Portuaria como el Ayuntamiento en cuyo término municipal esté ubicado el puerto, debiendo ejercerse la competencia por ambas Administraciones Públicas en colaboración.

- b) Que respecto de la prevención y extinción de incendios producidos en los espacios de agua, la competencia corresponde a la Autoridad Portuaria y no al Ayuntamiento, sin perjuicio de que éste deba colaborar, con los medios de que disponga, con aquélla y sin que por ello asuma competencia la Corporación Local.

Dicho lo anterior, y por lo que respecta al alcance de la intervención de ambas Administraciones Públicas –Autoridad Portuaria y Ayuntamiento–, deben distinguirse, en coherencia con lo dicho, esos dos mismos supuestos de localización de la emergencia consistente en incendio.

En el caso de prevención y extinción de incendios en el espacio de tierra de la zona de servicio del puerto, manteniéndose, como se ha dicho, la competencia de las aludidas Administraciones Públicas, el concreto alcance de cada una de ellas no puede venir determinado, por la propia naturaleza de las cosas, por un criterio jurídico, sino por un criterio técnico y la determinación, con base en este criterio técnico, de la intervención de cada una de esas Administraciones es el que se establezca en cada caso en el correspondiente Plan de Autoprotección; a estos efectos, debe recordarse, que, como se dijo antes, el capítulo 4 del Plan de Autoprotección (anexo II del Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo) debe recoger el “Inventario y descripción de las medidas y medios humanos y materiales que dispone la entidad para controlar los riesgos detectados, enfrentar las situaciones de emergencia y facilitar la intervención de los Servicios Externos de Emergencias.”

En el caso de incendios producidos en los espacios de agua de la zona de servicio del puerto, dado que, por una parte, la competencia corresponde a la Autoridad Portuaria sin que la ostente el Ayuntamiento y que, por otra parte, la competencia de aquella entidad pública no excluye el deber de colaboración del Ayuntamiento, cabe razonablemente entender que la intervención del Ayuntamiento se limitará a prestar la ayuda (con los medios de que disponga) que le requiera la Autoridad Portuaria.

- VI -

Por último, es preciso referirse al alcance de la intervención de las Autoridades Portuarias en la prestación de los servicios de prevención y control de emergencias del artículo 106 g) del TRLTMM en colaboración con las Administraciones competentes sobre salvamento y lucha contra la contaminación.

El artículo 265 del TRLPMM establece en su apartado 1º que el servicio público de salvamento de la vida humana en la mar y de la lucha contra la contaminación del medio marino se prestará por la Administración General del Estado, así como por las restantes Administraciones públicas competentes, añadiendo en su apartado 2, párrafo primero, que “el Gobierno, a propuesta del Ministro de Fomento aprobará el Plan Nacional de Servicios Especiales de Salvamento de la vida humana en la mar y de lucha contra la contaminación del medio marino”; previamente, el artículo 263 b) del citado texto legal establece como competencia del Ministerio de Fomento “las relativas al salvamento de la vida humana en la mar, así como la limpieza de las aguas marítimas y la lucha contra la contaminación del medio marino...”

Por su parte, el artículo 266.4.g) del TRLPEMM atribuye, en el ámbito periférico, al Capitán Marítimo, entre otras funciones, las relativas al salvamento marítimo y lucha contra la contaminación en aguas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, y en las que quedan incluidas las aguas de las zonas de servicio de los puertos.

Por último, el artículo 89 de la LPEMM creó la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR) que, entre otras funciones, tiene por objeto la prestación de los servicios públicos de salvamento de la vida humana en el mar y lucha contra la contaminación del medio marino (artículo 268.1 del TRLPEMM). Actualmente se configura, según el artículo 267.1 de este texto legal, como una entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de

Fomento. Por lo demás, el encuadramiento de SASEMAR en el ramo de la Administración marítima es indudable, tanto por la interpretación sistemática del TRLPEMM como por razón de las funciones que se le encomiendan en régimen de gestión descentralizada y por el dato orgánico de ser su Presidente el Director General de la Marina Mercante.

A las previsiones del TRLPEMM de que se ha hecho mención, debe añadirse que este texto legal prevé expresamente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman (en sus respectivos Estatutos de Autonomía) competencia para la ejecución de la legislación del Estado en materia de salvamento marítimo en las aguas territoriales correspondientes a su litoral (artículo 264.5), así como que aprueben planes en materia de salvamento de la vida humana en el mar, en cuyo caso deberán acomodarse a las directrices sobre movilización y coordinación de recursos que figuren en el Plan Nacional de Servicios Especiales de Salvamento (artículo 265.2, párrafo segundo). A ello debe añadirse, en relación con la lucha contra contaminación, que el artículo 263. B) deja a salvo las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas en los casos de vertidos procedentes de tierra.

A la vista de las normas legales a que se ha hecho referencia, cabría entender, en principio, que las Autoridades Portuarias no tienen competencia en materia de salvamento y lucha contra la contaminación, ya que en los citados preceptos legales esas entidades públicas no parecen mencionadas, criterio que quedaría reforzado por la consideración de que los artículos 25 y 26 del TRLPEMM en los que se enumeran las competencias y funciones de las Autoridades Portuarias, respectivamente, no recogen las relativas al salvamento de la vida humana en el mar ni a la lucha contra la contaminación del medio marino.

Ahora bien, el anterior criterio –falta de competencia de las Autoridades Portuarias en las materias de que se trata– no es correcto, y ello en razón de que los preceptos del TRLPEMM de que se ha hecho mención deben interpretarse conjuntamente con el artículo 106 g) del dicho texto legal que, reiterando lo dicho, califica como servicio general del puerto, imponiendo su prestación a las Autoridades Portuarias, “los servicios de prevención y control de emergencias en los términos establecidos en la normativa sobre protección civil, en colaboración con las Administraciones competentes sobre protección civil, prevención y extinción de incendios, salvamento y lucha contra la contaminación”.

Pues bien, reiterando los argumentos antes expuestos a propósito del servicio de prevención y control de emergencias consistentes en incendios, ha de entenderse que las Autoridades Portuarias ostentan también competencia –posteriormente se determinará su alcance– en materia de salvamento y lucha contra la contaminación, y ello en atención a la ponderación conjunta de las siguientes consideraciones:

- 1) El artículo 106 g) del TRLPEMM, al calificar como servicio general del puerto, e imponer su prestación a las Autoridades Portuarias, el servicio de prevención y control de emergencias está haciendo expresa atribución de competencia a las Autoridades Portuarias, obviamente en la zona de servicio del puerto, de la competencia en materia de prevención y control de emergencias, pues sería un contrasentido afirmar que esos servicios son servicios generales del puerto y luego negar la competencia de las Autoridades Portuarias respecto de los mismos.
- 2) Resulta incontrovertible que en el término “emergencias” que emplea, sin establecer distingo o matización alguna, el artículo 106 g) del TRLPEMM quedan comprendidos todos aquellos hechos, accidentes o contingencias que hagan necesario el salvamento de la vida humana en el mar o la lucha contra la contaminación. A ello debe añadirse que el precepto legal no circunscribe su contenido a la función preventiva, sino que se extiende a la función consistente en la realización de las actividades conducentes a la eliminación o, al menos, atenuación de la emergencia, dado que la repetida norma legal alude a “servicios de prevención y control de emergencias;” debiendo darse por reproducidas aquí las consideraciones expuestas en el apartado V de este informe sobre el sentido del término “control”

- 3) La competencia de las Autoridades Portuarias respecto de la función de prevención y control de emergencias y, por tanto, y dentro de ella, la competencia en materia de salvamento y lucha contra la contaminación queda confirmada por la circunstancia de que el artículo 106 g) del TRLPEMM hace atribución de esa función a las Autoridades Portuarias “en colaboración con las Administraciones competentes sobre (...) salvamento y lucha contra la contaminación. Pues bien, el propio concepto de colaboración (colaboración con otras Administraciones competentes) fundamenta, por ser una exigencia implícita del mismo, que la competencia corresponde a todas las Administraciones a las que se impone el deber de colaborar, debiendo darse por reproducidas aquí las consideraciones expuestas, al tratar de la competencia de esas entidades públicas en materia de prevención y extinción de incendios, sobre el concepto y sentido de la técnica de colaboración tal y como la ha precisado el Tribunal Constitucional. Así las cosas, y puesto que la colaboración que a las Autoridades Portuarias impone el artículo 106 g) del TRLPEMM es con las “Administraciones competentes sobre (...) salvamento y lucha contra la contaminación”, ello viene a confirmar que se reconoce aquellas entidades públicas competencia en materia de salvamento y lucha contra la contaminación, pues, en otro caso y a tenor de lo dicho, no tendría sentido que se impusiese esa colaboración con las Administraciones competentes en materia de salvamento y lucha contra la contaminación.
- 4) Finalmente, no puede desconocerse que, si bien en la LPEMM no existía fundamento para atribuir a las Autoridades Portuarias competencia en materia de salvamento y lucha contra la contaminación, y así se entendió por este Centro Directivo en un informe de 6 de marzo de 1996 (ref. A.G. Servicios Jurídicos Periféricos 14/95), la LPEMM fue profundamente modificada por la Ley 48/2003, quedando derogado el artículo 66.1 del texto legal primeramente citado y sustituido por el artículo 58.2 de la Ley 48/2003 que pasó a quedar recogido en el artículo 106 g) del vigente TRLPEMM. Pues bien, de la comparación entre el artículo 66 de la LPEMM y el artículo 106 g) del TRLPEMM se observa un incremento de la competencia las Autoridades Portuarias, ya que el precepto primeramente citado –artículo 66 de la LPEMM– aludía (prescindiendo de los servicios de vigilancia, seguridad y policía que actualmente quedan recogidos bajo la denominación de servicio de policía en la letra d) del artículo 106 del TRLPEMM) a servicios contra incendios en tanto que el segundo precepto citado –artículo 106. g) del TRLPEMM– se refiere a servicios de prevención y control de emergencias, locución que denota una mayor amplitud.

Ahora bien, afirmada, por las razones indicadas, la competencia de las Autoridades Portuarias en materia de salvamento y lucha contra la contaminación, no puede verse en ella una competencia plena o absoluta en el sentido de que esas entidades públicas, en el ámbito de los espacios de agua de las zonas I y II, puedan crear o implantar servicios de salvamento y lucha contra la contaminación con la misma entidad que los establecidos por la Administración General del Estado (a través de sus órganos centrales–Ministerio de Fomento– y periféricos –Capitanías Marítimas– y de la entidad pública empresarial SASEMAR), ya que la regla del artículo 106. g) TRLPEMM no puede considerarse aisladamente, sino que ha de ser puesta en relación e interpretada conjuntamente con los artículos 263, 264 y 266 de dicho texto legal que, como se ha dicho, atribuyen con carácter general la competencia en las materias de que se trata a la Administración del Estado. Poniendo, por tanto, en relación el artículo 106 g) del TRLPEMM con los artículos 263, 264 y 266 de este texto legal, debe entenderse que el alcance o medida de la competencia de las Autoridades Portuarias en materia de salvamento y lucha contra la contaminación viene dado por la regla del artículo 264.1 del propio TRLPEMM, conforme al cual “El servicio público de salvamento de la vida humana en la mar y de la lucha contra la contaminación del medio marino se prestará por la Administración General del Estado, así como por las restantes Administraciones públicas competentes, de acuerdo con el principio de coordinación, instrumentado a través de los planes y programas correspondientes. Estos contemplarán de forma integrada las actuaciones de cada Administración, así como los medios para desarrollarlas con independencia de su titularidad, de su adscripción funcional o de su localización territorial”; es por ello por lo que la

competencia de las Autoridades Portuarias en las materias de que se trata tiene por alcance o medida su actuación o intervención de acuerdo con lo previsto en los planes y programas a que se refiere el precepto transcrito.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho, puede concluirse en que la intervención o actuación de las Autoridades Portuarias en materia de salvamento y lucha contra la contaminación se caracteriza por las siguientes notas: 1) no responde a un deber de colaboración que con carácter general impone el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino que encuentra su fundamento en la competencia que les atribuye el artículo 106. g) del TRLPEMM; 2) esta competencia no es una competencia plena o absoluta, sino limitada por razón de la atribución de competencias que en esta misma materia hacen los artículos 263 b), 264, 266 g) y 268 del TRLPEMM a la Administración del Estado; y 3) la medida o alcance de la competencia de las Autoridades Portuarias viene dada por el artículo 264.1 del propio TRLPEMM: su actuación o intervención es la que se determine en los correspondientes planes y programas a que se refiere este precepto legal.

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 responsabilidad de las Autoridades Portuarias en relación con los “servicios de prevención y control de emergencias, en los términos establecidos por la normativa sobre protección civil”, se concreta en la elaboración del correspondiente Plan de Autoprotección y en la realización de las actuaciones necesarias para la implantación y el mantenimiento de su eficacia en los términos a los que se refiere el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, dictado en desarrollo de las previsiones contenidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil.

Segunda.- Para concretar el alcance de la colaboración entre las Autoridades Portuarias y las Administraciones competentes sobre protección civil, prevista en el artículo 106.g) 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, ha de estarse, en primer término, a la Ley 2/1985, de Protección Civil, al Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, que aprueba la Norma Básica de Protección Civil, y, en segundo lugar, a lo dispuesto en la normativa sobre protección civil promulgada por las Comunidades Autónomas en donde se ubican los respectivos puertos de interés general.

En este sentido, la Norma Básica de Autoprotección 1.1.4.h), aprobada por Real Decreto 393/2007, considera como una de los deberes de los titulares de las actividades obligadas a elaborar el Plan de Autoprotección el de “colaborar con las autoridades competentes de las Administraciones Públicas, en el marco de las normas de protección civil que sean de aplicación”, por lo que al propio Plan de Autoprotección y a las normas antes citadas habrá que estar para concretar el alcance de la colaboración de las Autoridades Portuarias con las Administraciones competentes en la materia.

Tercera.- Por lo que respecta a la actuación de las Autoridades Portuarias en materia de prevención y extinción de incendios, deben diferenciarse dos supuestos:

- a) Incendios en los espacios de tierra comprendidos en la zona de servicio del puerto. En este primer supuesto, son competentes tanto la Autoridad Portuaria como el Ayuntamiento en cuyo término municipal esté ubicado el puerto, debiendo ejercerse la competencia por ambas Administraciones Públicas en colaboración. El concreto alcance de la intervención de cada una de ellas no puede venir determinado por un criterio jurídico,

sino técnico, cual es el que se establezca en cada caso en el correspondiente Plan de Autoprotección.

- b) Incendios en los espacios de agua de la zona de servicio del puerto. En este segundo supuesto, la competencia corresponde a la Autoridad Portuaria y no al Ayuntamiento, lo que no excluye el deber de colaboración de este último y que se concretará en la prestación a la Autoridad Portuaria de la ayuda que esta entidad pública le requiera a aquél.

Cuarta.- La intervención de las Autoridades Portuarias en la prestación de los servicios de prevención y control de emergencias en colaboración con las Administraciones competentes sobre salvamento de la vida humana en el mar y lucha contra la contaminación se caracteriza por las siguientes notas: 1) no responde a un deber de colaboración que con carácter general impone el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino que encuentra su fundamento en la competencia que les atribuye el artículo 106. g) del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante 2) esta competencia no es una competencia plena o absoluta, sino limitada por razón de la atribución de competencias que en esta misma materia hacen los artículos 263 b), 264, 266 g) y 268 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante a la Administración del Estado; y 3) la medida o alcance de la competencia de las Autoridades Portuarias viene dada por el artículo 264.1 del citado texto legal: su actuación o intervención es la que se determine en los correspondientes planes y programas a que se refiere este precepto legal.

90.- Informe sobre atribución a las Autoridades Portuarias de la función de control de cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades establecida en el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, a la vista del artículo 65.1 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, consecuencia de la modificación introducida en el artículo 132.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, por la Ley 33/2010, de 5 de agosto.

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 62/13 (R-585/2013)

Texto del informe

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado la consulta formulada por la Presidencia del ente público Puertos del Estado acerca del alcance del artículo 65.1 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, respecto de la función que corresponda a las Autoridades Portuarias en materia de coordinación de actividades empresariales. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

El artículo 65 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), que lleva por rúbrica “Planes de emergencia y seguridad”, dispone en su apartado 1 lo siguiente:

“La Autoridad Portuaria controlará en el ámbito portuario el cumplimiento de la normativa que afecte a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas, y de la normativa que afecte a los sistemas de seguridad, incluidos los que se refieran a la protección ante actos antisociales y terroristas, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de las Administraciones públicas, y de las responsabilidades que en esta materia correspondan a los usuarios y concesionarios del puerto.

A los efectos previstos en este apartado, corresponderá a los titulares de concesiones y autorizaciones el cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades empresariales en calidad de titulares del centro de trabajo. En los espacios no otorgados en régimen de concesión o autorización, el consignatario que actúe en representación del armador responderá del cumplimiento de las obligaciones de coordinación durante las maniobras de atraque, desatraque y fondeo del buque, y en general durante la estancia del mismo en el puerto salvo para las operaciones de carga, estiba, desestiba, descarga o transbordo de mercancías o de embarque o desembarque de pasajeros. Si se realizan estas operaciones o las de entrega, recepción, almacenamiento, depósito y transporte horizontal de mercancías en espacios no otorgados en concesión o autorización, responderá del cumplimiento de las obligaciones de coordinación la empresa prestadora del servicio correspondiente”.

Este precepto desarrolla una de las funciones que el artículo 26 del propio TRLPEMM atribuye a las Autoridades Portuarias, cual es la contenida en el apartado 1.j) de dicho precepto: “controlar en el ámbito portuario, el cumplimiento de la normativa que afecte a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas, al igual que los sistemas de seguridad y de protección ante acciones terroristas y antisociales, (...)”.

En la solicitud de informe formulada se indica que el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) regula la coordinación de actividades empresariales estableciendo las medidas necesarias para coordinar situaciones en las que en un mismo centro de trabajo desarrollen su actividad dos o más empresas y el titular de dicho centro actúe como empresario principal, poniendo en relación dicho precepto con el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 65 del TRLPEMM. Las dudas surgen en la aplicación de ambos preceptos, pues se desconoce hasta qué punto la Autoridad Portuaria concurre con otros empresarios en función de una serie de variables que se detallan en el propio escrito de consulta para concluir diciendo que la interpretación en derecho del artículo 65.1, segundo párrafo, del TRLPEMM, en relación con el artículo 24 de la LPRL, servirá para determinar el alcance de las medidas a adoptar por las Autoridades Portuarias y las condiciones o requisitos que habrían de cumplir las empresas y trabajadores que desarrollan total o parcialmente su actividad en la zona de servicio del puerto.

- II -

A fin de determinar el alcance de las previsiones contenidas en el artículo 65.1 del TRLPEMM, especialmente en su párrafo segundo, es conveniente hacer referencia a los antecedentes del mismo.

El artículo 65.1 del TRLPEMM tiene su antecedente en el artículo 132.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, precepto que en su redacción originaria disponía lo siguiente:

“La Autoridad Portuaria controlará en el ámbito portuario el cumplimiento de la normativa que afecte a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas, así como el cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades establecido en el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y de la normativa que afecte a los sistemas de seguridad, incluidos los que se refieran a la protección ante actos antisociales y terroristas, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de las Administraciones públicas y de las responsabilidades que en esta materia correspondan a los usuarios y concesionarios del puerto”

Pues bien, el artículo tercero.24 de 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 modificó el artículo 132.1 de este último texto legal que pasó a tener la siguiente redacción:

“1.- La Autoridad Portuaria controlará en el ámbito portuario el cumplimiento de la normativa que afecte a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas, y de la normativa que afecte a los sistemas de seguridad, incluidos los que se refieran a la protección ante actos antisociales y terroristas, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de las Administraciones públicas, y de las responsabilidades que en esta materia correspondan a los usuarios y concesionarios del puerto.

A los efectos previstos en este apartado, corresponderá a los titulares de concesiones y autorizaciones el cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades empresariales en calidad de titulares del centro de trabajo. En los espacios no otorgados en régimen de concesión o autorización, el consignatario que actúe en representación del armador responderá del cumplimiento de las obligaciones de coordinación durante las maniobras de atraque, desatraque y fondeo del buque, y en general durante la estancia del mismo en el puerto salvo para las operaciones de carga, estiba, desestiba, descarga o transbordo de mercancías o de embarque o desembarque de pasajeros. Si se realizan estas operaciones o las de entrega, recepción, almacenamiento, depósito y transporte horizontal de mercancías en espacios no otorgados en concesión o autorización, responderá del cumplimiento de las obligaciones de coordinación la empresa prestadora del servicio correspondiente”

Así pues, el artículo 132.1 de la Ley 48/2003, tras la reforma introducida en el mismo por la Ley 33/2010, ha pasado a ser el actual artículo 65.1 TRLPEMM. Basta una simple comparación del texto originario del artículo 132.1 de la Ley 48/2003 y del actual artículo 65.1 del TRLPEMM, consecuencia de la reforma introducida en el primero por la citada Ley 33/2010, para apreciar las diferencias entre uno y otro, a saber:

El artículo 132.1 de la Ley 48/2003, en su redacción originaria, atribuía a las Autoridades Portuarias, además del control del cumplimiento de la normativa que afecte a la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas y de la normativa que afecte a los sistemas de seguridad, incluidos los que se refieran a la protección ante actos antisociales y terroristas, el control del cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades establecido en el artículo 24 LPRL, función esta última que ha desaparecido del artículo 132.1 de la Ley 48/2003, tras la modificación del mismo por la Ley 33/2010 y, por supuesto, del actual artículo 65.1 del TRLPEMM.

Aunque no sea una consecuencia directa de la supresión de la función de control del cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades establecido en el artículo 24 de la LPRL, la modificación del precepto que se examina por la Ley 33/2010 ha determinado que se añadiera un nuevo segundo párrafo en el que se precisa la función o intervención de diversos operadores portuarios en el cumplimiento, no en su control, de las obligaciones de coordinación de actividades empresariales del artículo 24 de la LPRL, precepto que, sin embargo, no llega a citarse en el nuevo texto.

De lo expuesto puede deducirse, a falta de cualquier referencia a las razones de esa modificación en el preámbulo de la Ley 33/2010, que se ha querido eliminar cualquier atribución a las Autoridades Portuarias de la función de control de cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades establecido en el artículo 24 LPRL, que debe entenderse que pasa a ser una función más de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con arreglo al artículo 9.1.a) de la LPRL, especificándose, en aras de una mayor claridad en el propio artículo 65.1, segundo párrafo, a qué operadores portuarios corresponde el cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades empresariales que establece artículo 24 de la LPRL.

- III -

El artículo 24 de la LPRL se refiere a la “Coordinación de actividades empresariales”, estableciendo que, cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Acto seguido, establece determinadas reglas sobre la forma en que debe llevarse a cabo la coordinación, quedando desarrollada dicha norma legal por el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, dictado en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 6 del propio artículo 24.

Como antes se ha indicado, del texto del artículo 65.1 TRLPEMM, fiel trasunto de lo dispuesto en el artículo 132.1 de la Ley 48/2003, en la redacción dada a este precepto por la Ley 33/2010, ha desaparecido cualquier referencia a la función de control de cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades empresariales establecido en el artículo 24 de la LPRL como función atribuida a las Autoridades Portuarias. Así pues, y a diferencia de lo que acontecía con anterioridad, no corresponde a las Autoridades Portuarias controlar el cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades empresariales que establece el artículo 24 de la LPRL aunque estas actividades se realicen en la zona de servicio del puerto.

A pesar de ello, surge la duda acerca de la función que incumbe a las Autoridades Portuarias y, especialmente, si es posible hablar de concurrencia de las mismas con otros empresarios a los efectos de lo dispuesto en el artículo 65.1 del TRLPEMM.

Para dar una respuesta fundada en Derecho a esta cuestión, es necesario profundizar en el alcance de la llamada “coordinación de actividades empresariales” que aparece regulada en el artículo 24 de la LPRL; este precepto dispone lo siguiente:

- “1. Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores, en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 18 de esta Ley.
2. El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.
3. Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.
4. Las obligaciones consignadas en el último párrafo del apartado 1 del artículo 41 de esta Ley serán también de aplicación, respecto de las operaciones contratadas, en los supuestos en que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal.
5. Los deberes de cooperación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo.
6. Las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente.”

Como antes se ha indicado, este precepto ha sido desarrollado por el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, cuyo artículo 2 contiene las definiciones básicas, disponiendo lo siguiente:

“A los efectos de lo establecido en este Real Decreto, se entenderá por:

- a) Centro de trabajo: cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deben permanecer o a la que deben acceder por razón de su trabajo.
- b) Empresario titular del centro de trabajo: la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo.
- c) Empresario principal: el empresario que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollen en su propio centro de trabajo.”

Fijadas estas definiciones, el Real Decreto 171/2004 regula los objetivos de la coordinación (artículo 3); la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro de trabajo (Capítulo II); la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo del que un empresario es titular (Capítulo III), donde lo esencial es el deber de información a los empresarios concurrentes; la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un centro de trabajo cuando existe un empresario principal (Capítulo IV), referido a los supuestos de existencia de empresas contratistas o subcontratistas de obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo; los medios de coordinación (Capítulo V) y los derechos de los representantes de los trabajadores (Capítulo VI).

Pues bien, para que en puridad se produzca el supuesto de hecho que determina la obligación de cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales contenida en el artículo 24.1 de la LPRL, es necesario que en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas. En este caso, el llamado empresario titular del centro de trabajo (persona que tiene capacidad para poner a disposición y gestionar el centro de trabajo) ha de adoptar las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en el centro de trabajo de aquél reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, de conformidad todo ello con lo dispuesto en el Real Decreto 171/2004.

En el caso de las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas (artículo 24.3 del LPRL) y que se efectúen en sus propios centros de trabajo, la obligación del empresario titular del centro de trabajo de adoptar las medidas necesarias para que los empresarios que realicen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo (artículo 24.2 de la LPRL) se transforma, dada su condición de empresario principal, en deber de vigilancia del cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, de acuerdo también con lo prevenido en el Real Decreto 171/2004.

- IV -

Llegados a este punto, es necesario delimitar la función y el nivel de responsabilidad de las Autoridades Portuarias al desconocerse hasta qué punto las mismas concurren con otros empresarios en función de determinadas variables.

Dichas variables, según se indica en la solicitud de informe, son, en primer lugar, lo que se denomina elementos o zonas susceptibles de generar concurrencia: edificios, instalaciones, espacios concesionados de uso privativo, zonas comunes, espacios dedicados a actividades lúdicas, terminal de pasajeros, lonjas, viales, ferrocarril; en segundo lugar, servicios que se prestan en los puertos y, por último, obra nueva o de mantenimiento por cuenta de las Autoridades Portuarias y de los concesionarios.

Para responder a esta cuestión debe tenerse presente que las Autoridades Portuarias son organismos públicos de los previstos en la letra g) del apartado 1 del artículo 2 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, así como con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, ajustando, con carácter general, sus actividades al ordenamiento jurídico privado (artículo 24.1 del TRLPEMM).

Para el cumplimiento de esos fines, el artículo 25 del TRLPEMM atribuye a las Autoridades Portuarias diversas competencias y funciones de cuyo ejercicio, cuando se encomienden a terceros, puede surgir la coordinación de actividades empresariales a la que se refiere el artículo 24 de la LPRL.

Con el fin de dar una respuesta adecuada a las diversas situaciones que pueden producirse, deben distinguirse los siguientes supuestos: 1) prestación de servicios generales; 2) actividades realizadas en espacios otorgados en régimen de concesión y autorización; 3) actividades específicas realizadas en espacios no otorgados en régimen de concesión o autorización; 4) prestación de servicios portuarios; y 5) realización de obras y servicios por cuenta de las Autoridades Portuarias.

1) Prestación de servicios generales.

Definidos los servicios generales en el artículo 106 del TRLPEMM, su prestación corresponde a las Autoridades Portuarias sin perjuicio de que su gestión pueda encomendarse

a terceros cuando no se ponga en riesgo la seguridad o impliquen ejercicio de autoridad (artículo 107.1 del citado texto legal).

Cuando sea la propia Autoridad Portuaria la que con sus propios medios personales y materiales preste dichos servicios generales, resulta obvio que, no existiendo ningún supuesto de concurrencia, bastará a aquélla con dar cumplimiento a las prevenciones generales en materia de riesgos laborales contenidas en la LPRL y normativa de desarrollo y que, como a todo empresario respecto del personal a su servicio, le competen. Si, en un momento determinado, en el seno de esa actividad prestacional realizada por la Autoridad Portuaria en su zona de servicio desarrollasen actividades trabajadores de otras empresas, surgiría el deber de cooperación previsto en el artículo 24.1 de la LPRL, estando obligada la Autoridad Portuaria, como empresaria titular del centro de trabajo, a dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 2 de este último precepto legal.

En el caso de que la Autoridad Portuaria hubiera encomendado la gestión de alguno de esos servicios generales a un tercero (cfr. artículo 107.1 del TRLPEMM), correspondería a este último, por su condición de empresario titular del centro de trabajo, definido en el artículo 2 del Real Decreto 171/2004, dar cumplimiento a la normativa de prevención de riesgos laborales respecto a los trabajadores que ocupe y si, en el mismo centro de trabajo, realizasen actividades trabajadores de dos o más empresas, debería dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 24.2 de la LPRL –proporcionar a los otros empresarios la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes y con las medidas de protección y prevención, así como las medidas de emergencia–, sin que, por tanto, ninguna obligación, en el sentido previsto en precepto legal, alcance a las Autoridades Portuarias.

2) Actividades realizadas en espacios otorgados en régimen de concesión y autorización.

El artículo 65.1 del TRLPEMM establece que “a los efectos previstos en este apartado, corresponderá a los titulares de concesiones y autorizaciones el cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades empresariales en calidad de titulares del centro de trabajo”.

A la vista de esta regla, los titulares de concesiones y autorizaciones que realicen una determinada actividad en la zona de servicio del puerto, como titulares de centros de trabajo (área objeto de concesión o autorización) que son, deberán adoptar, de acuerdo con el artículo 24.2 de la LPRL, las medidas necesarias para que, aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo, reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a los respectivos trabajadores, sin que, en consecuencia, alcance a las Autoridades Portuarias ninguna obligación al respecto.

3) Actividades específicas realizadas en espacios no otorgados en régimen de concesión y autorización.

El artículo 65.1, párrafo segundo, del TRLPEMM establece reglas especiales para determinadas actividades que el propio precepto describe y cuya nota común es la de realizarse en espacios no otorgados en régimen de concesión ni autorización. Cabe así distinguir los siguientes supuestos:

- a) Operaciones de atraque, desatraque y fondeo del buque. En este primer supuesto, el cumplimiento de las obligaciones de coordinación durante la realización de esas operaciones corresponde al consignatario que actúe en representación del armador. No corresponde, por tanto, ninguna obligación a las Autoridades Portuarias.
- b) Operaciones de carga, estiba, desestiba, descarga, transbordo de mercancías, embarque y desembarque de pasajeros, entrega, recepción, almacenamiento, depósito y transporte horizontal de mercancías. En este segundo supuesto, el cumplimiento de las obligaciones de coordinación durante la realización de esas operaciones corres-

ponde a la empresa prestadora del servicio correspondiente. En consecuencia, tampoco corresponde a las Autoridades Portuarias obligación al respecto.

4) Prestación de servicios portuarios.

En este apartado quedan comprendidos los servicios portuarios definidos en el artículo 108.1 del TRLPEMM y enumerados en el apartado 2 de dicho precepto, con excepción de los indicados en el punto 3 anterior de este apartado IV.

Hecha la anterior precisión y aunque el artículo 65.1, párrafo segundo, de dicho texto legal nada especifique al respecto, debe entenderse que si se dan los presupuestos fácticos para la aplicación del artículo 24 de la LPRL, del cumplimiento de las obligaciones de coordinación responde la empresa prestadora del servicio.

En efecto, partiendo de la amplia definición que de centro de trabajo establece el artículo 2.a) del Real Decreto 171/2004 –“cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo”– y teniendo en cuenta el concepto de empresario titular del centro de trabajo que fija el artículo 2.b) de dicho Real Decreto –“la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo”–, debe entenderse que esta condición corresponde al titular de la empresa a la que la Autoridad Portuaria ha otorgado la oportuna licencia para la prestación del servicio portuario de que en cada caso se trate. Así las cosas, será la empresa titular de esta licencia a la que, de darse el presupuesto fáctico que establece el artículo 24, apartados 1 y 2, de la LPRL, le corresponderá al cumplimiento de las obligaciones impuestas por este precepto legal. Este criterio queda confirmado por el sentido del artículo 65.1, párrafo segundo, del TRLPEMM, pues lo que este precepto establece es la imposición de la obligación de coordinación a los titulares de las empresas que desarrollen su actividad en el puerto: en el caso de actividades realizadas en espacios otorgados en régimen de concesión y autorización, los titulares de las concesiones y autorizaciones; en el caso de operaciones de atraque, desatraque y fondeo del buque, la empresa consignataria que actúe en representación del armador; en el caso de operaciones de carga, estiba, desestiba, descarga, transbordo de mercancías, embarque y desembarque de pasajeros, etc., las empresas que preste estos servicios.

En cuanto al servicio de señalización marítima, prestado directamente por cada Autoridad Portuaria en la zona geográfica que tenga asignada a estos efectos (artículo 137.1 del TRLPEMM) con sus medios personales y materiales, resulta obvio que, no existiendo supuesto de concurrencia, deberá aquélla dar cumplimiento a las prevenciones en materia de riesgos laborales contenidas en la LPRL y su normativa de desarrollo y que, como a todo empresario respecto del personal a su servicio, le compete.

5) Realización de obras y servicios por cuenta de las Autoridades Portuarias.

Comenzando por las obras y servicios de las Autoridades Portuarias, es preciso señalar, en primer término, que una de las competencias de las Autoridades Portuarias es “la planificación, proyecto, construcción, conservación y explotación de las obras y servicios del puerto” –artículo 25.c)– del TRLPEMM. Para el ejercicio de esa competencia de gestión, el artículo 26.f) del propio TRLPEMM atribuye a las Autoridades Portuarias la función de “proyectar y construir las obras necesarias en el marco de los planes y programas aprobados”. La construcción de dichas obras será objeto del oportuno procedimiento de contratación, de acuerdo con las previsiones al respecto contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, teniendo la Autoridad Portuaria el carácter de poder adjudicador.

Pues bien, en estos casos de contratación de una obra por parte de una Autoridad Portuaria en el marco de los planes y programas aprobados, en los que aparece un contratista adjudicatario de la misma, resultará aplicable la previsión contenida en el artículo 24.3 de la LPRL en el sentido de que la Autoridad Portuaria que contrata con un tercero la realización de una obra correspondiente a su propia actividad –asumiendo así el concepto de empresario

principal– y que, además, se desarrolla en su propio centro de trabajo –zona de servicio de puerto–, deberá vigilar el cumplimiento por el contratista de la normativa de prevención de riesgos laborales, en los términos del artículo 10 del Real Decreto 171/2004.

A mayor abundamiento, al tratarse de una obra en construcción, siendo la Autoridad Portuaria la promotora de la misma, será aplicable el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, con las matizaciones contenidas en la disposición adicional primera del Real Decreto 171/2004, que desarrolla el artículo 24 de la LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales.

En el supuesto de que la empresa adjudicataria-contratista de la obra subcontratase la ejecución de parte de ésta, corresponderá a dicha empresa, en relación con el subcontratista, el cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 24.3 de la LPRL; así resulta de la aplicación concordada de este precepto legal, de la definición contenida en el artículo 2, apartado 1, letras h) y j), del Real Decreto 1627/1997 y de la previsión contenida en la disposición adicional primera, letra b), del Real Decreto 171/2004.

En el caso de que la construcción de la obra fuese promovida por el titular de una concesión, y lo mismo cabría decir si fuese promovida por el titular de una autorización, (debe recordarse que entre las condiciones del otorgamiento de la misma debe figurar, en su caso, el “proyecto básico de las obras e instalaciones autorizadas”, proyecto que ha de ser aprobado por la Autoridad Portuaria y que se ajustará, 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, según resulta del artículo 87, apartados 1.d) y 2, del TRLPMM), la posición de empresario principal y al mismo tiempo de empresario titular del centro de trabajo corresponde al concesionario, por lo que a él le compete el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 24.3 de la LPRL, sin que, por tanto, alcance obligación alguna a la Autoridad Portuaria.

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

CONCLUSIONES

Primera.- La vigente redacción el artículo 65.1 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, consecuencia de la modificación introducida en el artículo 132.1 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, ha supuesto la eliminación de la atribución a las Autoridades Portuarias de la función de control de cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades establecida en el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Segunda.- En relación con la función que corresponde a las Autoridades Portuarias respecto de las obligaciones establecidas en el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, deberían tenerse en cuenta los criterios establecidos en los apartados 1 a 5 del fundamento jurídico IV del presente informe.

91.- Informe sobre la posible derogación del artículo 24 del Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Explosivas en los Puertos por el artículo 265 del Reglamento de Explosivos.

Resumen

Consulta sobre la posible derogación del artículo 24 del Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Explosivas en los Puertos por el artículo 265 del Reglamento de Explosivos en lo relativo a las atribuciones del Ministerio de Defensa en materia de explosivos en los puertos. Posible efecto derogatorio tácito del primero por el segundo.

El artículo 24 del Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Peligrosas en los Puertos, aprobado por Real Decreto 145/1989, de 20 de enero, en lo relativo a la competencia del Ministerio de Defensa, a propuesta del Organismo portuario, para la designación del lugar del puerto donde se efectúen las operaciones de carga o descarga periódica de explosivos de la División 1.1 a que se refiere el artículo 15.7 en cantidades superiores a los 400 kilogramos por escala, debe entenderse derogado tácitamente por el artículo 265 b) del Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero.

La competencia para la regulación de la admisión, manipulación y almacenamiento de explosivos, incluida la designación del lugar del puerto, especialmente apartado, donde se efectúen las operaciones de carga o descarga periódica de explosivos de la División 1.1 a que se refiere el artículo 15.7 en cantidades superiores a los 400 kilogramos por escalas, corresponde al Ministerio de Fomento, de acuerdo con el artículo 265 b) del Reglamento de Explosivos.

Ref: A.G. ENTES PÚBLICOS 28/14 (R-481/14)

Fecha: 17 de septiembre 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 posible derogación del artículo 24 del Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Peligrosas en los Puertos por el artículo 265 del Reglamento de Explosivos en lo relativo a las atribuciones del Ministerio de Defensa en materia de explosivos en los puertos.

A la vista de esa consulta y de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

La cuestión básica sobre la que se solicita el parecer de la Abogacía General del Estado- Dirección del Servicio Jurídico del Estado versa sobre la presunta incompatibilidad entre el artículo 24 del Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Peligrosas en los Puertos aprobado por Real Decreto 145/1989, de 20 de enero (RAMAMP) y el artículo 265 del Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero (RE), con el consiguiente efecto derogatorio tácito del primero por el segundo.

El artículo 24 del RAMAMP, integrante del Título I (“disposiciones generales”), Capítulo I-5 (“ataques y fondeaderos especialmente habilitados”) del mismo y que lleva por rúbrica “Caso especial de los explosivos;” dispone que “cuando en un puerto se carguen o descarguen periódicamente explosivos de la División 1.1. a que se refiere el artículo 15.7 en cantidades superiores a los 400 kilogramos por escala, la designación del lugar del puerto especialmente

apartado donde se efectuarán las operaciones, con independencia de la existencia de los atraques habilitados para mercancías peligrosas, será realizada por el Ministerio de Defensa, a propuesta razonada del Organismo Portuario”

Por su parte el artículo 265 del RE, integrado en el Título VII (transportes) del capítulo V (transporte marítimo), señala que la competencia de las materias reguladas en el presente capítulo corresponderá a los siguientes Departamentos: “.. b) Al Ministerio de Fomento en aquellos aspectos que le estén expresamente atribuidos, y específicamente en la regulación de la admisión, manipulación y almacenamiento en la zona de servicio de los puertos” Este precepto no menciona, pues, al Ministerio de Defensa.

La Subdirección General de Minas del Ministerio de Industria, Energía y Turismo fue la primera que puso de manifiesto la posible incompatibilidad de ambos preceptos, considerando que la regulación contenida en el artículo 265 b) del RE y la atribución de competencias hecha en el mismo al Ministerio de Fomento para la regulación de la admisión, manipulación y almacenamiento en la zona de servicio de los puertos entraba en clara contradicción con la atribución que hacía el artículo 24 del RAMAMP al Ministerio de Defensa para, en el caso especial recogido en dicho precepto, designar el lugar del puerto especialmente apartado donde se efectúen las operaciones de carga y descarga de explosivos. Para ello tiene presente la disposición derogatoria única del RE que, además de derogar expresamente el antiguo Reglamento, aprobado por Real Decreto 2114/1978, de 2 de marzo, deroga “.....cualquier otra norma de igual o inferior rango que se oponga a lo establecido en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto”

A favor de la vigencia del artículo 24 del RAMAMP se ha manifestado expresamente, aparte del Director de la Autoridad Portuaria de las Islas Baleares, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa. En contra, considerando derogado ese precepto por el artículo 265 y por la Instrucción Técnica Complementaria número 25 del RE, asumiendo los informes emitidos al efecto por Dirección General de la Marina Mercante y por el ente público Puertos del Estado, se ha pronunciado la Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento.

- II -

A fin de analizar jurídicamente la posible existencia de incompatibilidad entre ambos preceptos y, por ende, la posible derogación tácita del artículo 24 del RAMAMP por el artículo 265 del RE es fundamental tener presente el contenido del artículo 2.2 del Código Civil, según el cual “las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”

Del artículo 2.2 citado se infieren dos clases de derogación: expresa y tácita. En la expresa, el fin perseguido por la norma es precisamente producir la derogación de una o varias normas legales anteriores, identificándose de forma precisa, en este sentido, el objeto concreto (ley en general o preceptos en particular) del efecto derogatorio.

La derogación tácita, la más problemática y objeto de especial análisis por la doctrina, se produce en los supuestos en los que, pese a no haber ninguna determinación expresa derogatoria por parte del legislador, existe una incompatibilidad de la norma anterior con la dictada posteriormente por el mismo. Al operador jurídico y, en definitiva, a los jueces y tribunales corresponde determinar (en el marco de los principios de jerarquía y concurrencia de esta modalidad de derogación) si existe o no la referida incompatibilidad entre las dos normas o, dicho de otra forma, si es posible aplicar una sin vulnerar lo dispuesto en la otra.

Desde un punto de vista doctrinal se ha indicado que la incompatibilidad, y, por ende, el efecto derogatorio, exige la existencia de una identidad en el supuesto de hecho o ámbito regulado por ambas normas desde el punto de vista temporal, subjetivo, espacial y material

(“sobre la misma materia” dice el Código Civil). El Tribunal Supremo (sentencia de 26 de marzo de 1998) ha incidido en ello, declarando que “... para que se admita la derogación de la nueva disposición respecto de la anterior, han de cumplirse una serie de presupuestos cuales son: a) la igualdad en la materia de ambas leyes, b) la identidad de los destinatarios de los mandatos legales y c) la contradicción e incompatibilidad entre los fines de los referidos preceptos”.

Abundando en lo expuesto, se ha indicado que hay incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin respetar otra. La existencia de antinomia requiere que la incompatibilidad sea total y que, por tanto, el ámbito de regulación (temporal, espacial, personal y material) de ambas normas sea idéntico. De no ser así, la incompatibilidad sería aparente o, en su caso, parcial, ya que se podría aplicar una norma respetando la otra o, dicho de otro modo, se podría concebir una aplicación simultánea de ambas normas, dado que los supuestos de hechos respectivos no serían enteramente coincidentes.

Para resolver la antinomia existen tres criterios: el jerárquico, el cronológico y el de especialidad. En el presente caso, siendo las normas objeto de análisis del mismo rango, habría de abandonarse el criterio de jerarquía, por lo que la cuestión debería resolverse atendiendo al criterio de cronología (la norma posterior prima sobre la anterior) aunque con matices, como se observará y, fundamentalmente, aunque también con los matices oportunos, al criterio de especialidad, según el cual, en caso de incompatibilidad entre normas, debe aplicarse aquella que tenga un ámbito de regulación más restringido o, dicho de otro modo, aquella cuyo supuesto de hecho constituya una precisión o especificación en relación con la otra. La especie prevalece sobre el género.

Por último, es posible analizar la incompatibilidad en términos de conflicto de normas. Ello sucede cuando la norma posterior tiene un alcance más amplio que la anterior, la cual deviene, por tanto, especial en relación con aquélla. En estos casos, la cuestión se resuelve tradicionalmente con el aforismo jurídico *legi speciali per generalem non derogatur*, lo cual otorga prioridad a la ley especial sobre la ley general. Todo ello, claro está, dejando a salvo la voluntad en sentido contrario del legislador.

- III -

Con esta base normativa y doctrinal es preciso analizar la cuestión suscitada, comenzando por la cita oportuna de los preceptos del primero de los Reglamentos aprobados, que no es otro que el RAMAMP, aprobado por Real Decreto 145/1989, de 20 de enero, y que, con carácter general, regula las competencias de las autoridades portuarias en materia de admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas en los puertos, con una específica mención al caso especial de los explosivos.

En efecto, el artículo 1 del Reglamento, relativo al “Ámbito de aplicación”, comienza diciendo que “las presentes normas serán de aplicación en las zonas portuarias cuando en las mismas se realicen operaciones con mercancías clasificadas como peligrosas, según se define en los artículos siguientes”. El artículo 4, primero del Capítulo I-3 dedicado a las atribuciones de las autoridades portuarias, atribuye al Capitán del puerto (hoy Capitán marítimo) la admisión de los buques que transportan mercancías peligrosas y al Director del puerto la admisión de mercancías peligrosas en la zona de servicio del puerto.

Por lo que se refiere a la manipulación de mercancías peligrosas y, en particular, la de los explosivos, el artículo 39 del RAMAMP, primero del Título III (Manipulación de mercancías peligrosas), dispone que “la admisión de explosivos en los puertos estará sujeta a las disposiciones generales contenidas en el título I de este Reglamento, en lo que resulte de aplicación y en las específicas que establecen los preceptos que figuran a continuación”, lo que reconduce, con carácter general, la atribución de competencia sobre la admisión de los mismos en los puertos a las autoridades portuarias. Es importante resaltar que el artículo 40 relativo a los

límites de admisión, dispone que, en los puertos que no dispongan del muelle alejado a que hace referencia el artículo 24, el Organismo portuario determinará las cantidades máximas de explosivos de cada división que podrán admitirse en el mismo.

Por último, el Título V del RE se dedica al almacenamiento de mercancías peligrosas no a granel en los puertos, atribuyendo la competencia para autorizar la permanencia o almacenamiento al Director del Puerto (artículos 116 y 117), con una mención específica a los explosivos en el artículo 120.2.1 en lo relativo a las condiciones de permanencia o almacenamiento de aquéllos y que, con carácter general, deben contar con la autorización previa del Gobierno Civil, Intervención de Armas de la Guardia Civil o de las Autoridades Militares que responderán de su vigilancia.

De lo expuesto hasta ahora, puede afirmarse que el RAMAMP, reconoce, con carácter general, la competencia de las autoridades portuarias para todo lo relacionado con la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas en los puertos, incluidos los explosivos.

En estrecha relación con la admisión de mercancías peligrosas en los puertos se encuentra el atraque de los buques que contienen esas mercancías. En este sentido, el artículo 18, primero del Capítulo I-5 del Reglamento dedicado a atraques y fondeaderos especialmente habilitados, dispone que “en los puertos obligados al cumplimiento de este Reglamento, se habilitará por el órgano rector del puerto, dentro de la zona de servicio del puerto y en los puntos más alejados y aislados posibles de los de frecuente trabajo o de núcleos habitados, un atraque destinado con preferencia a los buques que operen con mercancías peligrosas (...)”

Por su parte, el artículo 21 atribuye al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (hoy Ministerio de Fomento) la competencia para dictar las normas técnicas que deban cumplir las obras e instalaciones de los muelles o atraque de terminales habilitados para mercancías peligrosas.

Por último, y dentro de ese mismo Capítulo, se encuentra el artículo 24, que, como se ha visto, establece una previsión concreta para el caso especial de carga o descarga periódica de explosivos de una determinada clase, atribuyendo únicamente la competencia para la designación del lugar concreto del puerto especialmente apartado para realizar esas operaciones al Ministerio de Defensa, a propuesta razonada del Organismo portuario.

- IV -

Por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, se aprobó el RE. El artículo 1.2 de dicha disposición fija el ámbito de aplicación del RE que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, regula los requisitos y condiciones de la fabricación, circulación, almacenamiento, comercio y tenencia de los explosivos, determinando el cumplimiento de tales requisitos y condiciones. El Título VIII del Reglamento se dedica al transporte y, dentro de él, el Capítulo V, al transporte marítimo.

Pues bien, el primero de los artículos del Capítulo V, el artículo 264, dispone que “el transporte marítimo de las materias reglamentadas (entre las que están los explosivos – artículo 1.1.-) se atenderá, con carácter general, a lo establecido en el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS), en el Código Marítimo Internacional de Mercancías Peligrosas, en el Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Peligrosas en los Puertos, aprobado por Real Decreto 145/1989, de 20 de enero, y en el Real Decreto 1253/1997, de 24 de julio, sobre condiciones mínimas exigidas a los buques que transporten mercancías peligrosas o contaminantes, con origen o destino en puertos marítimos nacionales.” “Asimismo --concluye su apartado 2-- será de general aplica-

ción lo previsto en la Ley y Reglamento de Seguridad Privada y disposiciones concordantes y lo dispuesto en este capítulo y en la instrucción técnica complementaria número 25”

Como se observa, el propio RE, al referirse, en primer término, a la normativa aplicable en materia de transporte marítimo de explosivos, está reconociendo la vigencia y aplicación, cuando se trata de la admisión, manipulación y almacenamiento de explosivos en los puertos, del RAMAMP, siendo igualmente aplicable lo dispuesto en la Instrucción Técnica Complementaria número 25 que, tal y como reza la misma, desarrolla el capítulo V del Título VIII del propio RE y sirve de complemento al RAMAMP. A ella se hará referencia con detalle más adelante.

El artículo 265 del RE, precepto cuya presunta incompatibilidad con el artículo 24 del RAMAMP suscita la cuestión planteada, realiza una atribución general de competencias de las materias reguladas en el Capítulo V a distintos Departamentos Ministeriales, estableciendo, por lo que aquí importa, la competencia del Ministerio de Fomento “en aquellos aspectos que le estén expresamente atribuidos y, específicamente en la regulación de la admisión, manipulación y almacenamiento en la zona de servicio de los puertos” (apartado b).

Los restantes preceptos del Capítulo V se refieren de forma genérica a las competencias de control del transporte marítimo de las materias reglamentadas, supervisión de la custodia de las citadas materias y de las actividades con ellas relacionadas, entrada y estancia en el recinto portuario, y a las autoridades competentes en cada caso, especialmente a las Autoridades Portuarias, sin referencia expresa al supuesto concreto de designación por el Ministerio de Defensa del lugar del puerto especialmente apartado para realizar las operaciones de carga y descarga de explosivos.

Es importante hacer mención también en este momento a la Instrucción Técnica Complementaria número 25, mencionada expresamente en el artículo 264.2 del RE y aplicable en la materia. Esta Instrucción Técnica Complementaria, que forma parte del RE y lleva por rúbrica “Normas de seguridad para la carga y descarga en puertos, desarrolla (así se indica literalmente) el Capítulo IV del Título VIII del RE y complementa el RAMAMP, estableciendo la normativa aplicable en muelles, puertos, embarcaderos e instalaciones y servicios asociados durante las operaciones de carga y descarga de las mercancías reguladas en el RE.

Pues bien, después de dedicar el apartado 1 a las Normas generales, el apartado 2 se refiere a las “Cantidades máximas concentradas admisibles en los puertos” y dicho apartado comienza diciendo que “ a efectos de lo dispuesto en los artículos 24 y 40 del citado Reglamento de Admisión, Almacenamiento y Manipulación de Mercancías Peligrosas en los Puertos, la cantidad neta concentrada admisible vendrá determinada por las distancias existentes desde la zona en que se encuentre dicha carga a edificios habitados (...)”

Por último, 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), especialmente citado por el Ministerio de Fomento (Dirección General de la Marina Mercante) en su informe, considera como integrante de la Marina Mercante, la seguridad marítima (artículo 6 d) , advirtiendo que el cumplimiento de ese objetivo alcanza a todas las aguas marítimas en las que el Estado español ejerce soberanía, incluidas las aguas interiores de los puertos (artículo 8). El artículo 263, sobre esa base, atribuye al Ministerio de Fomento las competencias relativas a la seguridad de la vida humana en la mar respecto de todos los buques civiles que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía. Por su parte, el artículo 266 atribuye a las Capitanías Marítimas, por razón de seguridad marítima, las funciones relacionadas con la determinación de las zonas de fondeo y de maniobra situadas en las zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción (apartado g) así como la determinación de los criterios que determinen las maniobras, incluido el atraque, a realizar por buques que porten mercancías peligrosas o presenten condiciones excepcionales (apartado.d).

- V -

Con este bagaje normativo, procede analizar la cuestión suscitada, para lo que hay que tener presente las pautas interpretativas sobre la incompatibilidad de las dos regulaciones y el posible efecto derogatorio de la segunda sobre la primera a las que se ha hecho anteriormente referencia.

Bajo esas premisas, lo primero que debe destacarse es que para que pueda hablarse de incompatibilidad de normas a efectos de una posible derogación tácita es necesario que exista un tratamiento preciso de la cuestión sobre la que, en principio, existiría la antinomia en ambas normas o, lo que es lo mismo, que exista una incompatibilidad total, que se producirá cuando el ámbito de regulación temporal, espacial, personal y material sea idéntico.

Pues bien, comenzando con el análisis del artículo 24 del RAMAMP, debe indicarse que el precepto en cuestión, dedicado al caso especial de carga o descarga de determinados explosivos en los puertos, tiene una doble regla: material y formal (regla de competencia).

La regla o contenido material del precepto, y determinante de la aplicación del mismo, no es otro que la carga o descarga periódica de explosivos de la División 1.1. a que se refiere el artículo 15.7 del propio RAMAMP en cantidades superiores a 400 kilogramos por escala. La regla o contenido formal del precepto es una regla de competencia que se refiere al órgano administrativo al que corresponde la designación del lugar del puerto especialmente apartado donde se ejecutarán las operaciones, (el Ministerio de Defensa a propuesta razonada del Organismo portuario).

Aprobado el RE, este texto reglamentario regula, entre otros extremos, el transporte marítimo de explosivos en el Capítulo V de su Título VIII (artículos 264 a 274).

El primero de estos preceptos, el artículo 264 se dedica a determinar la normativa aplicable para esta clase de transporte, mencionando expresamente entre las normas que hay que tener presente al RAMAMP. Acto seguido, el artículo 265 determina los órganos competentes en las materias reguladas en el propio Capítulo. Entre ellos se encuentra el Ministerio de Fomento, al que se atribuye específicamente la competencia en la regulación de la admisión, manipulación y almacenamiento en la zona de servicio de los puertos, sin que se contenga referencia alguna al Ministerio de Defensa.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, en la regulación de la materia de explosivos en los puertos, más correctamente, del transporte marítimo de explosivos, la especialidad del RE se impone a la generalidad de la regulación de la admisión, manipulación y almacenamiento de mercancías peligrosas en esos puertos del RAMAMP, incluido el caso especial del artículo 24.

Si bien el artículo 264 del RE menciona expresamente entre las normas a las que ha de atenerse el transporte marítimo de explosivos al RAMAMP, lo cierto es que, cuando el artículo 265 del RE determina los órganos competentes en las materias reguladas en el Capítulo dedicado precisamente al transporte marítimo de explosivos, únicamente atribuye al Ministerio de Fomento (apartado b) la competencia específica para regular la admisión, manipulación y almacenamiento en la zona de servicio de los puertos.

Esta específica atribución competencial al Ministerio de Fomento, unida a la falta de mención en el artículo 265 al Ministerio de Defensa en relación con el transporte marítimo de explosivos, deja clara la voluntad del autor de la norma reglamentaria de encomendar todas las competencias en materia de explosivos en la zona de servicio de los puertos al Ministerio de Fomento, existiendo, por tanto, una antinomia entre la regla competencial del artículo 24 del RAMAMP y la regla competencial del artículo 265 del RE, sin que, por otra parte, en los restantes preceptos del Capítulo V del Título VIII del propio RE

exista, con referencia al supuesto de hecho que contempla el artículo 24 del RAMAMP, una excepción a la regla de competencia que establece el artículo 265 b) del RE. Pues bien, apreciándose esa antinomia entre las reglas formales de competencia del artículo 24 del RAMAMP y el artículo 265 b) del RE, dicha antinomia ha de resolverse a favor de la regla de competencia del artículo 265 b) del RE, ya que, teniendo ambas normas en conflicto (en el extremo relativo a la regla de competencia) igual rango jerárquico, prima o prevalece la norma posterior.

A la anterior conclusión no se opone la referencia que se hace al artículo 24 del RAMAMP en la Instrucción Técnica Complementaria número 25 del RE y también citada como norma aplicable en el artículo 264.2 del RE.

Como se dice en ella, la citada Instrucción Técnica complementa el RAMAMP, dedicando concretamente su apartado 2 a las “Cantidades máximas concentradas admisibles en los puertos” y comienza diciendo que “a efectos de lo dispuesto en los artículos 24 y 40 del citado RAMAMP, la cantidad neta concentrada admisible ...”

Pues bien, la mención que se hace al artículo 24 del RAMAMP en el apartado 2 de la Instrucción Técnica Complementaria número 25 se limita única y exclusivamente al contenido o regla material del artículo 24 del RAMAMP, es decir, a la cantidad máxima concentrada admisible en los puertos, estableciendo determinados criterios técnicos sobre este extremo, pero no afecta al contenido o regla competencial --órgano competente para la designación del lugar en el que han de efectuarse las operaciones de carga y descarga de los explosivos-- del artículo 24 del RAMAMP que, como se ha expuesto, se ha visto afectado por la entrada en vigor del RE y por la atribución que este texto reglamentario hace de la competencia para la regulación de la admisión, manipulación y almacenamiento de explosivos en la zona de servicio de los puertos al Ministerio de Fomento y no al Ministerio de Defensa .

El criterio que aquí se mantiene --derogación de la regla formal o de competencia del artículo 24 del RAMAMP por la regla de competencia que establece el artículo 265 b) del RE, correspondiendo, por tanto, la competencia al Ministerio de Fomento para designar el lugar del puerto en el que han de realizarse las operaciones de carga y descarga de explosivos a que se refiere el precepto reglamentario primeramente citado—queda confirmado por lo dispuesto en el artículo 8 del RE. Este precepto distribuye las competencias en materia de explosivos entre distintos Departamentos ministeriales, disponiendo la intervención del Ministerio de Defensa en los siguientes términos: “en la forma dispuesta en este Reglamento intervienen:... c) El Ministerio de Defensa, en cumplimiento de la función de salvaguardar la defensa nacional, en la autorización de las instalaciones de las fábricas y depósito de explosivos y en el control de esta fábricas en los aspectos concernientes a la defensa nacional”. Pues bien, limitada la intervención (competencia) del Ministerio de Defensa a concretas operaciones como son la de autorización de las instalaciones de fábricas y depósitos de explosivos y la de control de esas fábricas y ello desde la exclusiva perspectiva de los aspectos concernientes a la defensa nacional, es claro que no corresponde al Ministerio de Defensa intervención en el supuesto a que se refiere el artículo 24 del RAMAMP, dado que este supuesto no guarda relación con la defensa nacional, sino con la seguridad pública.

A reforzar las competencias del Ministerio de Fomento en la materia de admisión, manipulación y almacenamiento de explosivos en la zona de servicio de los puertos, de acuerdo con este último artículo, ha venido el TRLPEMM con la atribución genérica al indicado Ministerio de las competencias relativas a la seguridad marítima y a la seguridad de la vida en el mar, que alcanzaría a todas las aguas marítimas, incluidas las aguas interiores de los puertos, realizada por los artículos 6, 7, 8, 263 a) y g) y 266.4.d) y g) del mismo.

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

CONCLUSIONES

Primera.- El artículo 24 del Reglamento de Admisión, Manipulación y Almacenamiento de Mercancías Peligrosas en los Puertos, aprobado por Real Decreto 145/1989, de 20 de enero, en lo relativo a la competencia del Ministerio de Defensa, a propuesta del Organismo portuario, para la designación del lugar del puerto donde se efectúen las operaciones de carga o descarga periódica de explosivos de la División 1.1 a que se refiere el artículo 15.7 en cantidades superiores a los 400 kilogramos por escala, debe entenderse derogado tácitamente por el artículo 265 b) del Reglamento de Explosivos, aprobado por Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero.

Segunda.- La competencia para la regulación de la admisión, manipulación y almacenamiento de explosivos, incluida la designación del lugar del puerto, especialmente apartado, donde se efectúen las operaciones de carga o descarga periódica de explosivos de la División 1.1 a que se refiere el artículo 15.7 en cantidades superiores a los 400 kilogramos por escalas, corresponde al Ministerio de Fomento, de acuerdo con el artículo 265 b) del Reglamento de Explosivos.

