



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 23/2012

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 30 de enero de 2012, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Economía y Hacienda (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 25 de octubre de 2011, sobre Pliego de Condiciones Generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (expte. 248/11), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según se desprende del informe que más adelante se reseñará, el Plan Económico Financiero de Reequilibrio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (PEFREARM) 2011-2013, que no obra en el expediente remitido, estableció determinadas directrices dirigidas a la obtención de ingresos por parte de la Administración regional, derivados de la explotación de diversos "activos" inmobiliarios públicos regionales. A tal efecto, dicho Plan señala que *"estos activos son las autovías y los puertos de titularidad autonómica, siendo los segundos los que están siendo objeto de inmediata actuación para su monetización. Se ha contratado ya a una consultora externa, que está procediendo a la elaboración de los correspondientes modelos económicos, la preparación de los pliegos concesionales y a la identificación y contacto con los inversores interesados en esta operación."*

SEGUNDO.- Como primer documento obrante en el expediente remitido a este Consejo Jurídico figura un *"Informe sobre el objeto, términos esenciales y procedimientos de licitación de concesiones administrativas para la explotación de ciertos puertos deportivos ubicados en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia"*, elaborado por la empresa "--", entregado a la Consejería de Economía y Hacienda en julio de 2011.

Dicho informe parte de considerar que la CARM está interesada en el otorgamiento de

concesiones administrativas, con un plazo de 25 años, para la explotación de siete puertos deportivos de su titularidad que en la actualidad gestiona directamente (respecto de dos de ellos, en los que las correspondientes concesiones vencieron en 2010, se indica que está *"prevista reversión"* de las instalaciones); en concreto, el informe expresa que *"de conformidad con la información facilitada por la Dirección General de Transportes y Puertos (...) el objeto de las concesiones será la puesta a disposición de los Amarres para embarcaciones deportivas, y la prestación de servicios conexos a sus usuarios. Las concesiones también incluirán la ejecución de una serie de obras mínimas de actualización y mejora de las infraestructuras portuarias"* (pág. 3), añadiendo que, con el futuro otorgamiento de dichas concesiones, la Administración regional persigue *"(i) mejorar la gestión de los servicios portuarios en beneficio de los usuarios; (ii) fomentar al máximo la iniciativa privada en la financiación de las obras portuarias, y (iii) la maximización de los retornos a obtener por la explotación económica de los Puertos por parte de la Administración Regional"* (pág. 4).

Respecto de los servicios que prestará cada concesionario vienen a ser concretados al abordarse los ingresos que percibirán (página 7 del informe), siendo aquéllos los siguientes:

- *"Servicios accesorios prestados a los usuarios de los amarres (e.g: suministro de agua y electricidad y recogida de basuras).*

- *"Los servicios de guardería y vigilancia, señalización y asistencia a la navegación".*

- *"El servicio de varada y botadura".*

Respecto de las obras a realizar, en el Anexo II del informe se determinan cuáles habrán de ejecutarse en relación con cada uno de los puertos de que se trata. Así, por ejemplo, para el puerto deportivo de Cabo de Palos se prevé la instalación de nuevos pantalanes flotantes, la limpieza del fondo de la dársena, obras de mejora del pavimento, instalación de jardinería, construcción de una marina seca, un aparcamiento de vehículos y un nuevo edificio comercial de 376 m²; para el puerto de Los Nietos se prevén obras de actualización del club social, la sustitución de los pantalanes existentes, la ejecución de instalaciones adecuadas de agua potable, electricidad y alumbrado público en los atraques, la pavimentación de la zona interior del puerto y la recuperación del calado del puerto hasta la cota necesaria.

Por lo que se refiere a la explotación de diversos bienes integrantes del dominio público portuario (en adelante, dpp), el informe se refiere, por un lado, a la explotación de los denominados *"puntos de amarre"*, entendidos como cada individualizada lámina o espacio de

agua del puerto y el correspondiente elemento fijo de sujeción al muelle destinados al atraque de cada embarcación, considerando como explotación de los mismos los ingresos a percibir por el concesionario por la utilización de tal espacio (al margen de los "servicios" propiamente dichos, antes referidos, que se presten a los usuarios de tales puntos de amarre); por otra parte, se hace referencia también a la explotación de terrenos portuarios destinados, o que se destinen tras las correspondientes obras, a "aparcamiento" de embarcaciones (lo que se denomina como plazas de amarre en "marina seca"); asimismo, se contempla la explotación de ciertos terrenos o construcciones existentes en el dpp (o que puedan existir tras las obras de referencia, se deduce), en cuanto se alude a "los alquileres de locales, edificios y zonas lúdicas existentes en los puertos".

Dada su relevancia económica, en el informe se analiza especialmente lo relativo a la explotación de los puntos de amarre en las aguas de cada puerto, partiendo del régimen de uso establecido hasta este momento en los puertos de referencia, en los que, en general, la Administración regional destina el 90% de los puntos existentes en cada puerto a un régimen de utilización privativa y excluyente del mismo por parte del titular de la correspondiente embarcación ("de base"), frente al restante 10% de puntos de amarre, destinados a su utilización pública por embarcaciones "transeúntes". El concesionario realizará la explotación de cada uno de los puntos de amarre de uso privativo mediante la oportuna cesión onerosa de uso a favor de los titulares de embarcaciones de base del puerto, y la de los puntos de amarre de uso público mediante la percepción de las correspondientes tarifas, en ambos casos de fijación libre por el concesionario, según se dice en el informe. Por su parte, la Administración percibirá por las concesiones, que se califican de demaniales, el importe de los correspondientes cánones de ocupación y explotación del dpp regulados en el artículo 16 de la Ley 3/1996, de 16 de mayo, de Puertos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LPUMU).

En este sentido, el informe parte de considerar que la prestación de los servicios portuarios de que se trata, la ejecución de las obras previstas y la explotación de los bienes del dpp antes reseñados debe ser objeto de adjudicación conjunta para cada puerto, mediante la oportuna concesión demanial, dividiendo a estos efectos los siete puertos en cinco futuros lotes o concesiones (porque dos de ellas englobarán a dos puertos), susceptibles cada una de adjudicación independiente y a diferentes empresas (sin perjuicio de valorarse especialmente las ofertas que se dirijan a todos los lotes, lo que se analizará más adelante). El hecho de que se prevea que cada una de las previstas cinco concesiones (en rigor, de cada uno de los cinco lotes concesionales) tenga como objeto, conjunto y múltiple, la prestación de los servicios, la ejecución de obras y la explotación del dpp antes mencionado se justifica, según se desprende de los estudios anexos al informe, en el régimen económico-financiero previsto para dichas concesiones, que consistiría, en síntesis, en que las obras a ejecutar correrán a cargo y por cuenta del concesionario, financiándose con los ingresos a percibir por la explotación del dpp objeto de concesión, especialmente por la indicada explotación económica de las plazas de amarre por parte del respectivo concesionario.

Por lo que se refiere al instrumento o negocio jurídico a emplear para dar cauce a todo lo anterior, el informe señala, en síntesis, que la LPUMU, que se considera la norma jurídica de preferente aplicación, emplea el término "concesión" administrativa sin precisar su naturaleza jurídica, aunque en algunas ocasiones haga referencia al contrato de concesión de obra pública y en otras a la concesión demanial. Considera que el concepto de concesión administrativa engloba categorías jurídicas distintas, y reseña determinadas sentencias sobre el mismo aplicado a la gestión de los puertos, expresando que las dudas se plantean en relación con si ha de acudirse a fórmulas de contratación administrativa (contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios públicos) o bien si es procedente utilizar la figura de la concesión demanial. A este respecto, el informe considera que en los casos de que se trata no parece procedente emplear el contrato de concesión de obra pública, dado el limitado alcance de las obras a ejecutar. Considerando que los servicios que habrá de prestar el concesionario constituyen servicios públicos portuarios de titularidad autonómica, ex artículo 7.2 LPUMU, se plantea el informe la posibilidad de que se deba acudir al contrato de concesión de servicios públicos, con lo que ello conlleva, singularmente en orden al derecho del contratista al equilibrio económico en esta clase de contratos administrativos, derecho que no se contempla, sin embargo, para las concesiones demaniales en la legislación reguladora de esta otra clase de negocio jurídico. El informe, en fin, se decanta por el empleo de la figura de la concesión demanial, considerando que es posible acudir a la misma a la vista esencialmente de la LPUMU, citando también la Ley 4/1997, de 24 de julio, de Construcción y Explotación de Infraestructuras de la Región de Murcia (LCEIMU).

A partir de lo anterior, indica cuál sería el régimen jurídico aplicable y el contenido que habrían de tener los pliegos de condiciones particulares que regirían estas concesiones demaniales, así como su procedimiento y forma de adjudicación, abierto y por concurso, como establece el artículo 7.2 LPUMU. A tal efecto, realiza consideraciones especiales sobre algunos aspectos de dicho concurso, como la posibilidad de licitar las concesiones en los ya apuntados cinco lotes, o la de establecer en los pliegos que el canon de ocupación por la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dpp objeto de concesión deba abonarse a la Administración regional de una sola vez y por todo el plazo de la concesión, así como sobre la libertad por parte del concesionario para la fijación de las tarifas a percibir por la prestación de los servicios y la explotación del dpp de que en cada caso se trate, todo ello junto a consideraciones de orden fiscal sobre estas concesiones.

TERCERO.- Obra en el expediente un informe de 20 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Transportes y Puertos, emitido sobre un primer *"borrador de Pliego de Condiciones Generales para el otorgamiento de concesiones de dominio público portuario de la Comunidad Autónoma"* (en adelante PCG), no incluido en la documentación remitida, que expresa lo siguiente:

"Examinado el Borrador remitido, se observa que, en líneas generales, es similar a los pliegos de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal aprobados por el Ministerio de Fomento mediante Orden FOM/938/2008, de

27 de marzo (BOE núm. 83, de 5 abril de 2008), por lo que debe valorarse positivamente la decisión de su elaboración que se proyecta sobre el borrador de pliego redactado.

No obstante lo anterior, deben realizarse las siguientes

Consideraciones

Primera.- Se entiende que sería oportuno conocer el Borrador íntegro, es decir, comprensivo del acto administrativo mediante el que el Consejo de Gobierno, previa exposición razonada de los fundamentos normativos que justifican la aprobación del Pliego y que se relacionan en la Comunicación Interior remitida, proceda a la aprobación y disponga la entrada en vigor de dicho Pliego, al objeto de poder realizar una mejor valoración del mismo, porque entendemos que este Pliego tendría carácter general para redactar los oportunos pliegos particulares de cada concesión.

Segunda.- Antes de entrar a valorar otros contenidos del Borrador remitido, conviene precisar algunas cuestiones incluidas en el Plan Económico Financiero de Reequilibrio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 2011-2013 (PEFRECARM en adelante) en relación con los puertos atribuidos a la competencia de esta Comunidad Autónoma, en la medida en que en la Comunicación Interior remitida se indica que el Borrador se dicta en cumplimiento de dicho Plan:

1. *Página 48 del PEFRECARM, fin del párrafo 3º y párrafo 4º:*

"...Estos activos son las autovías y los puertos de titularidad autonómica, siendo los segundos los que están siendo objeto de inmediata actuación para su monetización.

Se ha contratado ya a una consultora externa, que está procediendo a la elaboración de los correspondientes modelos económicos, la preparación de los pliegos concesionales y a la identificación y contacto con los inversores interesados en esta operación. Los trabajos de esta empresa consultora tienen que estar finalizados antes del 31 de mayo de 2011, para iniciar el proceso de licitación a principios de julio."

Varias son las consideraciones que cabe hacer al respecto:

a) Las competencias en materia de puertos hasta la fecha corresponden a la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio y, en concreto, a esta Dirección General, por lo que es a ella a la que corresponde, suponiendo que exista uno general, la elaboración de los pliegos particulares de las concesiones en materia de puertos. Ello sin perjuicio de que se tengan en cuenta las consideraciones que al respecto puedan formularse desde otras Consejerías, como la competente en materia de Hacienda y Economía, respecto de los criterios económicos que sería conveniente primar, pero también las de otras, como por ejemplo la competente en materia de Turismo y Deportes, respecto de los criterios que convendría incluir en relación con el fomento de deportes náuticos y el turismo.

b) En relación al calendario fijado, se desconocen las fuentes de información utilizadas. Lo que sí cabe reseñar al respecto es que son varias las concesiones en materia de puertos pendientes de otorgamiento, encontrándose las mismas en distintas fases de tramitación, pues conviene tener en cuenta que, de conformidad con la normativa aplicable, antes de la licitación correspondiente debe procederse a la aprobación provisional y definitiva de los proyectos específicos, y mientras algunas ya cuentan con proyecto aprobado definitivamente (Puerto de Mar de Cristal, por ejemplo), en otras todavía no se ha aprobado definitivamente el mismo (Puerto de Islas Menores, Los Alcázares, etc.), siendo el órgano sustantivo, es decir, el competente para impulsar esta prolija tramitación, la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio.

c) Sería conveniente que la Consejería competente en materia de Economía y Hacienda, nos indicara estas cuestiones de tipo económico para agilizar la tramitación de estos proyectos, evitando disfunciones o retrasos de dichos proyectos.

2. Página 49 del PEFRECARM, párrafo 2º:

"El planteamiento de la operación vinculada a las marinas, pasa por la monetización de estos activos mediante la concesión de su explotación, a un periodo largo, con obligación para el concesionario de mantenimiento de las explotaciones recibidas en concesión, y con libertad para la fijación de tarifas, corriendo, por tanto, con el riesgo de mercado. Asimismo, se han realizado prospecciones de mercado con el fin de obtener un precio de referencia en este tipo de operaciones".

Sólo una matización al respecto. De conformidad con la normativa aplicable en la CARM

(artículo 8.4 de la Ley 3/1996, de 16 de mayo, de Puertos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), las tarifas/o precios a cobrar a los usuarios de los diferentes servicios o instalaciones de los puertos autonómicos tienen el carácter de máximos y vendrán recogidos en la memoria económico-financiera correspondiente, por lo que existe libertad para la fijación de tarifas siempre que no se sobrepasen los topes máximos establecidos para cada concesión. Cabe recordar en el pasado reciente los problemas en sede judicial de la concesión de la Dársena Deportiva de Mazarrón.

El establecimiento de una libertad tarifaria total requeriría una modificación legal de dicho artículo, con los consiguientes retrasos en la licitación de las concesiones que afectarían indudablemente al déficit de las cuentas regionales.

3. Página 49 del PEFRECARM, párrafo 4º:

"En esta situación, y en el año 2011, ascienden a 1520 puntos de amarre los que o bien están en gestión directa en la CARM, o la concesión ha vencido. El precio medio para estos puntos de amarre, según las prospecciones de mercado, y considerando que no existen proyectos a corto y medio plazo para incrementar el número de puntos de amarre, que anualmente se matriculan más de 9.000 nuevos barcos, y que existe una lista de espera de más de 3.500 usuarios, superaría fácilmente los 100.000 ?, por lo que el valor de estos puntos superaría los 151 millones de euros".

Varias son las consideraciones que cabría realizar a este párrafo:

a) En cuanto a que no está previsto el incremento de puntos de amarre, debería tenerse en cuenta la tramitación por la Dirección General de Transportes y Puertos de las Líneas Estratégicas para la Ordenación de los Puertos Deportivos de la Región de Murcia, que para el entorno del Mar Menor, que es donde se localizan la mayoría de estas concesiones, no está previsto incremento alguno de superficie de adscripción portuaria.

b) Se están mezclando conceptos. Los ingresos que la CARM obtiene de los puertos gestionados de forma indirecta provienen de los cánones de ocupación y explotación que los concesionarios pagan a la misma, no de la venta de puntos de amarre. En rigor, los ingresos obtenidos tanto por el alquiler como por la cesión por todo el periodo concesional de puntos de amarre de los puertos gestionados de forma indirecta van a parar al concesionario, siendo ese su beneficio.

El pasado día 12 de septiembre a la Secretaría General de Economía y Hacienda le fue remitido desde esta Consejería el Plan de Ingresos previstos para las concesiones, de acuerdo con la legislación en vigor y con la posibilidad al alza del canon de ocupación y del anticipo del citado canon, extremos estos a contemplar en los pliegos particulares (se adjunta como anexo a la presente).

De aquí resultan unos ingresos máximos que se adjuntan en el Anexo I" (que se cifran en 32.386.701 euros, a partir de la hipótesis de concesiones por plazo de 30 años con exigencia del pago adelantado de los citados cánones).

A continuación, el informe realiza diversas consideraciones particulares no sustanciales sobre el contenido del borrador de PCG.

CUARTO.- El 22 de septiembre de 2011 la Dirección General de Patrimonio emite informe en el que, en síntesis, expresa que el artículo 36 de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LPMU) establece que el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Economía y Hacienda, aprobará un pliego de condiciones generales para las concesiones demaniales que otorgue la Administración regional, señalando el informe que todas las observaciones particulares, menos dos, realizadas en el informe de la Dirección General de Transportes y Puertos se han incorporado a un nuevo borrador de PCG, que se adjunta.

QUINTO.- El 6 de octubre de 2011, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la citada Consejería emite informe sobre el citado borrador, expresando, en síntesis, que *"no consta un pronunciamiento por parte de algún órgano administrativo regional acerca del estudio económico que sobre la viabilidad y la rentabilidad económico-financiera de los puertos regionales se contiene en el informe de la consultora Hogan Lovells (Anexo II), y de la incidencia que dicho estudio haya podido tener en la redacción dada al pliego de condiciones generales."* Además, señala que esta clase de pliegos concesionales, al igual que los que rigen propiamente en la contratación administrativa, no tienen naturaleza de norma jurídica, sino de actos administrativos de aprobación facultativa por la Administración, cuya finalidad es establecer cláusulas o condiciones administrativas de alcance general para ser aplicables a los concretos contratos o concesiones administrativas que se adjudiquen, según se desprende de la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado. Considera que la aprobación del pretendido PCG es competencia del Consejo de Gobierno conforme a lo establecido en el ya citado artículo 36 LPMU, así como en el 35.4 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que atribuye a dicho Consejo la competencia para aprobar los pliegos generales para la contratación administrativa. Además,

realiza diversas observaciones particulares sobre el clausulado del borrador de PCG.

SEXTO.- El 20 de octubre de 2011, la Dirección General de Patrimonio emite informe en relación con las observaciones particulares realizadas por la Secretaría General, introduciendo las oportunas modificaciones en el borrador de PCG.

SÉPTIMO.- En la misma fecha, el Director General de Patrimonio formula propuesta al Consejero de Economía y Hacienda para que eleve al Consejo de Gobierno una propuesta de Acuerdo para la aprobación del borrador de PCG que adjunta como Anexo (folios 123 a 130 exp.).

OCTAVO.- En la fecha y por el órgano indicados en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de Acuerdo a elevar al Consejo de Gobierno para la aprobación de un pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones demaniales en el dominio público portuario de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, concurriendo así el supuesto establecido en el artículo 12.15 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Procedimiento y competencia.

I. Sin perjuicio de lo que se dirá en las siguientes Consideraciones, procede realizar primeramente un análisis del procedimiento seguido, tendente a la aprobación del PCG de referencia, lo que, a su vez, requiere determinar, siquiera brevemente, la naturaleza jurídica de

los pliegos de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones administrativas demaniales.

Así, en primer lugar, debe decirse que la previsión de esta clase de pliegos en la legislación patrimonial (sectorial o general) de las Administraciones Públicas viene plasmada, por lo que aquí interesa, en los artículos 29.3 LPMU, 36 LPUMU y, supletoriamente, en el 91.1 y 2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), y viene a constituir una extensión de lo establecido desde antiguo en la normativa de contratación respecto de los pliegos de cláusulas administrativas generales para la contratación del Estado, hoy del sector público en general; normativa a la que ha de acudirse, junto a la doctrina y jurisprudencia que la interpreta, para interpretar y completar las previsiones (escasas) que se establecen en la citada legislación patrimonial específicamente para las concesiones demaniales. Tal normativa contractual viene constituida hoy por los artículos 114.1 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 (TRLCSP), y 66 y 67.2, w) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), vigente en lo que no se oponga a aquél.

Del anterior cuerpo normativo se desprende que los pliegos de cláusulas o condiciones administrativas generales son instrumentos jurídicos cuyas determinaciones adquieren virtualidad en la medida en que, incorporado su contenido (normalmente por remisión) al correspondiente pliego de cláusulas o condiciones particulares de cada concesión demanial o de cada contrato, tales cláusulas o condiciones generales no sean contradichas por las de carácter particular. Contradicción que, en el específico caso de las concesiones demaniales, es legalmente posible previo informe vinculante del órgano que aprobó el pliego de condiciones generales, según se infiere del mencionado artículo 91.2 *"in fine"* de la LPAP (de aplicación preferente a las concesiones demaniales). De este modo, la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio, de aprobarse el pliego general que nos ocupa, podría enervar su aplicación mediante la introducción, en el correspondiente pliego de cláusulas particulares de una concesión demanial, de concretas cláusulas de excepción o contradictorias con aquél, para cuya aprobación (art. 16.11 LPUMU) necesitaría el previo informe vinculante del Consejo de Gobierno (lo que sería, en realidad, una autorización por parte de éste).

La naturaleza jurídica de acto administrativo que ha de atribuirse a los pliegos de cláusulas generales en materia contractual, plenamente extensible al ámbito de la concesión demanial, es específicamente reconocida en el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado nº 22/2004, de 7 de junio, entre otros, y en la Memoria del Consejo Consultivo de Andalucía de 2006, fundado básicamente en que la admitida *"derogabilidad"* singular de estos pliegos generales por los particulares de cada contrato o concesión pugna con una de las características esenciales del reglamento administrativo, que es precisamente su inderogabilidad singular (artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

A la vista de la indicada naturaleza de acto administrativo del PCG que nos ocupa, y considerando que afecta esencialmente a las competencias regionales en materia de puertos, la tramitación seguida para la elaboración de la propuesta de Acuerdo aprobatorio del PCG en cuestión cumple, en lo sustancial, con las exigencias formales al respecto, al haberse evacuado los oportunos informes de la Dirección General de Transportes y Puertos, de la Dirección General de Patrimonio y de la Secretaría General de la Consejería consultante.

II. En cuanto a la competencia para la aprobación del PCG, ante el silencio en este punto de la LPUMU, es aplicable el artículo 36 LPMU, que atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para la aprobación de esta clase de pliegos, a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda. De aprobarse el que nos ocupa, deberá ser publicado en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (art. 91.1 LPAP).

TERCERA.- Sobre las causas justificativas de la tramitación del PCG objeto de Dictamen. Consideración previa: la regulación en la LPUMU de los cánones por concesiones demaniales portuarias.

Los antecedentes reseñados ponen de manifiesto que las actuaciones realizadas, que culminan en la propuesta de Acuerdo de aprobación del PCG objeto de Dictamen, tienen su origen en el propósito de la Administración regional de otorgar diversas concesiones administrativas (que se califican como "*demaniales*" en el informe reseñado en el Antecedente Segundo), cuya confesada finalidad principal, a partir de las directrices señaladas en el PEFRECARM, es la pronta generación de recursos económicos para la Administración regional, mediante la percepción de los cánones regulados en el artículo 16 LPUMU, a satisfacer por cada concesionario por el derecho que le atribuirá la correspondiente concesión demanial a la ocupación privativa y a la explotación o aprovechamiento especial de la porción de dpp regional de que en cada caso se trate. En concreto, una de las principales determinaciones del borrador de PCG, de posterior comentario, es la de establecer (regla 17) que el correspondiente Pliego de Condiciones Particulares (PCP) de cada concesión podrá prever la exigibilidad del canon de ocupación por una sola vez y por todos los años de duración de la misma, es decir, en un único plazo. Debe entenderse, además, que el pago se efectuará al inicio de cada concesión (en el plazo que fije cada PCP, a contar desde el otorgamiento, momento de devengo de estos cánones, ex artículo 16.9 LPUMU) y sin perjuicio de los abonos que procedan al vencimiento de cada año concesional por la actualización del canon conforme al Índice de Precios al Consumo (artículo 16.8 LPUMU).

Lo anterior justifica, previamente a cualquier otra consideración, una reflexión sobre la actual regulación de los referidos cánones en la LPUMU. Tanto el canon de ocupación, de una cuantía fija para todo el plazo de la concesión (si bien actualizable anualmente, según se ha

dicho), como el de explotación (variable, en cuanto grava los beneficios obtenidos anualmente por la explotación o aprovechamiento del demanio), aparecen regulados en el citado artículo 16 LPUMU. En este sentido, el expediente que nos ocupa debería haber sido precedido por un estudio sobre la adecuación de dicha regulación a las necesidades actuales y a la realidad del rendimiento económico que pueden ofrecer determinadas porciones de dpp regional como son, singularmente, las superficies de agua destinadas a su ocupación privativa por embarcaciones de base, que constituyen precisamente, según el informe y anexo reseñados en el Antecedente Segundo, la principal fuente de ingresos públicos derivados de las futuras concesiones; y ello por cuanto, por un lado, la valoración de estas superficies es el elemento primordial en la determinación de la base imponible del canon de ocupación; y, por otro, porque, según se prevé, la cesión a terceros, por parte del concesionario, de los derechos de uso privativo de estos puntos de amarre será la principal fuente de ingresos de la concesión, y la Administración participará de los rendimientos de la misma a través del canon anual de explotación.

En este sentido, y sin perjuicio de otras posibles modificaciones legales respecto de otros elementos de los mencionados cánones (vgr. el tipo de gravamen del canon de explotación, para que la Administración participase en mayor medida de las plusvalías derivadas del aprovechamiento del dpp), destaca especialmente que en el citado artículo 16.4, tercer párrafo, LPUMU, y a efectos de la determinación de la base imponible del canon de ocupación, la valoración de las aguas del puerto se cifre sólo en un 20% del valor de los terrenos de la zona de servicio portuaria, cuando el análogo artículo 175, b) 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 (TRLPE), establece, en relación con la tasa de ocupación privativa del demanio portuario estatal, que dichas aguas se valorarán por referencia a esta clase de terrenos, pero con la única limitación de que su valoración no exceda del valor de tales terrenos (no establece, pues, un porcentaje al respecto). Considerando lo apuntado en los informes emitidos sobre la importante demanda y elevada cotización de estos espacios de agua, dada su singularidad y escasez (el informe de la Dirección General de Transportes y Puertos expresa, además, que según el PEFRECARM existe en la Región una lista de espera de más de 3.500 usuarios y que el valor de mercado de cada uno de los derechos de uso privativo de los puntos de amarre supera fácilmente los 100.000 euros), resulta claro que la valoración de los indicados espacios, a efectos del canon de que se trata, debería ser sustancialmente más elevada que la vigente, lo que debería concretarse en la oportuna memoria económico-financiera que sirviera de base para la correspondiente modificación legislativa.

Con tal modificación se conseguiría una mayor adecuación de la regulación de este canon al valor económico real de las superficies en cuestión (vid. artículo 19.1 de la ley estatal 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos), con el objetivo de que responda a la realidad económica sobre la que inciden, con el efecto añadido de una repercusión financiera notablemente más favorable para la Administración Pública, en línea con las directrices y previsiones establecidas en el citado PEFRECARM.

CUARTA.- El borrador de PCG y las concesiones "*demaniales*" que se proyectan. Necesidad de analizar el pretendido objeto de estos negocios jurídicos para delimitar su naturaleza y régimen jurídico, en relación con el posible alcance y operatividad que sobre ellos hubiera de tener el pretendido PCG.

I. La finalidad del borrador de PCG.

En primer lugar, debe señalarse que en el expediente no consta de una manera expresa la razón por la que la Consejería consultante considera conveniente aprobar un PCG como el que nos ocupa. No obstante, a la vista del origen del expediente, puesto de manifiesto en los Antecedentes, se deduce que la finalidad esencial es que los futuros PCP de las concesiones previstas incorporen ciertas determinaciones de alcance económico-financiero de interés regional, en concreto, y como ya se apuntó, la previsión del abono adelantado por el adjudicatario de todo el canon concesional, así como la especial valoración que habrá de darse a las ofertas que se dirijan a la totalidad de los previstos cinco lotes concesionales. No obstante tal finalidad, es obvio que, visto el notablemente mayor contenido del PCG dictaminado, su aprobación supondría, además, el establecimiento de una base uniformadora de mucho mayor alcance respecto de dichos futuros PCP.

Así, y en apretada síntesis, el borrador de PCG se compone de un Título I, dedicado a "*disposiciones*" (en rigor, cláusulas o condiciones) generales sobre el régimen jurídico, objeto, ámbito espacial, plazo, procedimientos de licitación, formas de adjudicación, concurrencia con otros títulos y constitución de garantías, todo ello referido a las concesiones demaniales a otorgar en el dpp regional; Título II, sobre régimen de las obras de la concesión (proyectos, ejecución, plazos, conservación); Título III, sobre su régimen económico (cánones y gastos); Título IV, sobre condiciones de explotación de la concesión (garantía de explotación, gestión, medidas preventivas, de seguridad y medioambientales, seguros, actividad mínima y balizamiento); Título V, sobre transmisión, cesión y gravamen de la misma; Título VI, sobre modificación de la concesión; Título VII, sobre su extinción; y Título VIII, sobre régimen sancionador.

Por otra parte, se advierte que la determinación de aprobar un PCG referido al instituto jurídico de la concesión demanial responde al criterio del informe reseñado en el Antecedente Segundo, que considera (no sin dudas) que la concesión demanial regulada en la LPUMU es el cauce jurídico adecuado y exclusivo para instrumentar los objetivos de la Dirección General de Transportes y Puertos de encomendar a terceros la prestación de determinados servicios públicos portuarios, la ejecución de ciertas obras de mejora en los puertos de que se trata y la explotación del dpp regional. Ello determina la necesidad de analizar el alcance que habría de tener el pretendido PCG en relación con las concesiones previstas, lo que requerirá determinar previamente la verdadera naturaleza y régimen jurídico que habrían de tener tales negocios jurídicos, aspectos que, como bien es sabido, no dependen de una mera decisión voluntarista

de la Administración ni del hecho de que se hubiera aprobado un PCG destinado a las concesiones demaniales portuarias regionales, pues en nuestro ordenamiento jurídico la naturaleza y el régimen jurídico de los actos y negocios de la Administración se deriva esencialmente del objeto y contenido que tengan o pretendan tener.

En este sentido, puede avanzarse ya que, a la vista de la pluralidad de objetos y contenidos previstos para las proyectadas concesiones, no podrá eludirse acudir al correspondiente contrato administrativo y, en consecuencia, a la obligada aplicación de la legislación de contratos del sector público, cuando el objeto del negocio jurídico consista en la prestación de servicios públicos portuarios y la ejecución de obras que den soporte a éstos, o la ejecución de otras determinadas obras públicas portuarias que luego se dirán. En tales casos, la prestación y ejecución de esos servicios y obras habrá de instrumentarse a través del oportuno contrato administrativo, sin perjuicio de que éste vaya acompañado de la correspondiente concesión demanial, que habrá de considerarse vinculada a aquél; para el resto de lo pretendido por la Administración (prestación de otros servicios ?no públicos- y actividades y la ejecución de las demás obras) cabrá acudir directamente a la concesión demanial. Todo ello, como se verá, influirá en el alcance y operatividad del PCG dictaminado.

II. El objeto y contenido de las previstas concesiones "*demaniales*".

A este respecto, ha de comenzarse por analizar el contenido u objeto previsto para las futuras concesiones "*demaniales*", debiendo realizarse una esencial distinción:

A) Por un lado, si se examina la relación de servicios, actividades y obras que se prevé encomendar a los adjudicatarios, se advierte que entre su objeto se encuentra la prestación, por un plazo de 25 años, de servicios que el artículo 7.2 LPUMU califica como "*servicios públicos básicos*" en materia de puertos, así como la ejecución de determinadas obras que son necesarias para la prestación de aquéllos. Entre los primeros, vgr. los servicios de suministro de agua, electricidad, carburantes, servicio de grúa, de varada; y, entre las segundas, la construcción de instalaciones de luz, agua, etc., de pantalanes para la utilización de puntos de amarre de uso público, de zonas para plazas de estancia en tierra ? marina seca- o para aparcamiento de vehículos, etc. Junto a tales servicios, el citado informe se refiere también a la prestación de otros que, aun no teniendo expresamente en la LPUMU la calificación de servicios públicos portuarios, deben equipararse a los allí expresados, por analogía y por tratarse de servicios netamente portuarios, como el de señalización o el de asistencia a la navegación y, con ciertas dudas, el de "*vigilancia*" (no se aclara el alcance de ésta). Además, se prevé que el adjudicatario habrá de ejecutar determinadas obras (pavimentación general de la zona de servicio, recuperación de calado, o análogas), no susceptibles en sí mismas de explotación económica y aprovechamiento especial.

B) Por otra parte, también se prevé la realización de diversas actividades, de índole comercial o social, que, aun pudiendo tener un mayor o menor grado de interés público, no están sujetas a "*publicatio*", previéndose a tal efecto la ejecución de las correspondientes obras (vgr. edificios comerciales, clubes sociales), actividades y obras cuya naturaleza se abordará más adelante. Además, se prevé que el concesionario realice la explotación comercial de las instalaciones (y de la correspondiente superficie de agua) destinadas a su utilización como puntos de amarre de uso privativo por los titulares de embarcaciones que hayan adquirido del primero la oportuna cesión de tal clase de uso; actividad de explotación que, por oposición a la calificación de servicio público que la LPUMU atribuye a la "*utilización de los lugares de amarre de uso público tarifado*" (artículo 7.2, a), no tiene la calificación de servicio público portuario.

III. La aplicación de la normativa de contratos del sector público. Operatividad del contrato administrativo.

Partiendo de lo anterior, debe señalarse que la prestación por terceros de los servicios públicos portuarios y la ejecución de las obras públicas vinculadas a dichos servicios y las demás referidas en el anterior epígrafe A), debe instrumentarse a través de los cauces y formalidades establecidos en la legislación de contratos del sector público (hoy, el ya citado TRLCSP y sus normas de desarrollo). Es decir, y para el caso que nos ocupa, tramitar y adjudicar el correspondiente contrato administrativo mixto de gestión de servicios públicos portuarios y de ejecución de obras públicas; como señala el informe de referencia, no parece aquí adecuado el contrato de concesión de obra pública, dirigido en este sector principalmente a obras de construcción y ampliación de puertos (vid. artículo 101.2 TRLPE).

En efecto, tratándose de actividades que tienen el carácter de servicios públicos portuarios "*básicos*" ex artículo 7.2 LPUMU, es decir, ante servicios de titularidad pública, su prestación o gestión, que en los casos planteados se pretende que sea indirecta, implica la necesidad de ajustarse a la legislación de contratos del sector público y, en concreto, a alguna de las modalidades que a tal efecto se establecen en el artículo 277 TRLCSP (de aplicación directa a todas las Administraciones Públicas), entre ellas, el contrato de concesión de servicios públicos.

De esta manera, el obligado respeto de dicha normativa implica la necesidad de interpretar la legislación regional de puertos sin perjuicio de la operatividad de la contractual. Así, cuando el citado artículo 7.2 LPUMU se refiere a las "*concesiones y autorizaciones*" para la prestación de los "*servicios públicos (portuarios) básicos*", ha de entenderse que se refiere al otorgamiento de los títulos habilitantes para la ocupación del dpp que sea necesario para la prestación de tales servicios públicos mediante alguna de las modalidades contractuales indicadas. Cuestión distinta es que los servicios portuarios de que se trata hubieran sido despublicados, como resulta, en el ámbito estatal, desde la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, pues la

supresión de la titularidad y reserva públicas de dichas actividades implica que la operatividad de instrumentos meramente autorizatorios como las concesiones y autorizaciones demaniales sea mucho mayor (lo que explica la aprobación de PPCG como el contenido en la Orden FOM/938/2008, citada en su momento, que ha servido de modelo para el borrador que nos ocupa).

Así, la citada ley estatal vino a variar sustancialmente el régimen jurídico de los servicios portuarios estatales, derogando, entre otros, el artículo 67 LPE de 1992, que establecía que la prestación de los servicios públicos portuarios (como tal calificados entonces en esta ley) podría realizarse directamente o mediante gestión indirecta por cualquier procedimiento reconocido en las leyes, añadiendo el precepto que *"cuando la gestión indirecta del servicio precise del otorgamiento de concesión o autorización de ocupación del dominio público portuario (es decir, el necesario para la prestación del servicio) ambas relaciones (esto es, la contractual para la gestión del servicio, y la demanial para habilitar la ocupación del dpp) serán objeto de expediente único y su eficacia quedará vinculada recíprocamente"*. En aquel inicial régimen jurídico de la LPE, tal precepto venía a configurar a los títulos habilitantes para la ocupación del demanio, es decir, a las concesiones y autorizaciones demaniales reguladas en la normativa de puertos, como actos instrumentales del correspondiente contrato de prestación indirecta de los correspondientes servicios públicos portuarios estatales. Por ello, hay que decir, frente a lo que parece apuntar el informe de referencia, que no resultan contradictorias las SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Galicia, de 19 de noviembre de 2008, y de Cataluña, de 15 de mayo de 2009, pues en ambas late la *"ratio decidendi"* común de que cuando los servicios portuarios de que se trate estén calificados como servicios públicos, habrá de aplicarse la normativa contractual y formalizar el oportuno contrato administrativo (sin perjuicio de la concesión demanial accesoria, se entiende), y cuando se trate de servicios o actividades portuarias no publicadas, su prestación podrá articularse directamente mediante el otorgamiento de una concesión demanial, regida por su correspondiente normativa patrimonial.

Por su parte, el carácter instrumental de las obras necesarias para dar soporte a la prestación de los correspondientes servicios públicos portuarios (obras de establecimiento o de renovación del servicio, según el caso), especialmente cuando se trata de encomendar su ejecución al tercero prestador del servicio, han de seguir el mismo régimen que este último, es decir, el contractual, debiendo acudirse en tal caso a lo establecido, entre otros preceptos, en el artículo 133 TRLCSP, sobre régimen de aprobación de proyectos de obras precisas para la prestación del correspondiente servicio público, teniendo en cuenta a estos efectos lo indicado en el informe 2/2008, de 4 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre el alcance que ha de darse al antiguo artículo 117.2 Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), hoy 133.2 TRLCSP, en razón de la entidad de las obras de que se trate.

Asimismo, las obras públicas portuarias que no son susceptibles de explotación económica y aprovechamiento especial por particulares no tienen adecuado encaje en el seno de una concesión demanial, pues ésta se dirige a habilitar la ocupación del demanio con vistas

a su aprovechamiento especial por el concesionario. Ello explica que el artículo 59.3 TRLPE, de posterior comentario, prevea para tales casos que la Administración contrate formalmente la ejecución de dichas obras, sin perjuicio de que pueda retribuir al contratista con una concesión demanial sobre bienes o zonas de dpp que sí sean susceptibles de explotación económica, según se dirá.

Ello implica, entre otras consecuencias jurídicas, que los bienes resultantes de las obras ejecutadas en cumplimiento del correspondiente contrato administrativo de prestación de servicios y de ejecución de obras públicas portuarias tengan, desde su formal recepción por la Administración regional, la consideración de bienes demaniales, aunque su ocupación y aprovechamiento, en su caso, se considere concedido al gestor del servicio mediante el otorgamiento conjunto del correspondiente título demanial, ya de forma expresa o implícita en el contrato (vid. artículo 91.4 LPAP, de posterior mención). Asimismo, resultará plenamente aplicable el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial administrativa por el funcionamiento de los servicios públicos prestados mediante gestión indirecta.

IV. La aplicación de la normativa reguladora de las concesiones demaniales.
Operatividad de la concesión demanial.

Distinta consideración han de tener las actividades y obras reseñadas en el anterior epígrafe B), es decir, las relativas a actividades o servicios de interés público -pero no calificadas como servicios públicos- para los usuarios del puerto (vgr. edificios comerciales o clubes sociales), así como la actividad de explotación económica de las instalaciones destinadas a puntos de amarre de uso privativo, actividad que tampoco se considera servicio público, según se dijo (aunque el suministro de agua, electricidad, etc. a los usuarios de tales instalaciones de amarre sí debe considerarse una actividad de servicio público, pues el artículo 7.2, d) LPUMU no contiene limitación al respecto).

En estos casos no existe obstáculo para que su ejecución y realización venga habilitada mediante el otorgamiento de una concesión demanial. Según se desprende de la jurisprudencia y doctrina consultiva (SSTS, Sala 3ª, de 5 de octubre de 1993 y 4 de octubre de 2005, e informes de diversas Juntas Consultivas nº10/2010, de 15 de octubre, de Andalucía, y 19/2011, de 6 de julio, de Aragón), en esta clase de obras y actividades se está, en principio, ante supuestos en los que el interés público no es tan intenso como para que la obra o servicio deba ser en todo caso y "*ab initio*" de promoción y titularidad públicas, pudiendo ampararse directamente en un título habilitante de la ocupación privativa y el aprovechamiento especial del dominio público como es la concesión demanial (artículo 86.2 y 3 LPAP), aunque, claro está, la Administración pueda asumir la promoción de tales obras y servicios mediante su contratación administrativa.

Se está, en rigor, ante actividades y obras de titularidad privada habilitadas por la Administración mediante el otorgamiento del título concesional (artículo 97.1 LPAP), y ello aun cuando, conforme con la normativa aplicable a la correspondiente concesión, la Administración hubiera convocado un previo concurso y hubiera incluido en el condicionado concesional determinaciones reveladoras de su tutela sobre dichas actividades y obras, lo que se justifica tanto por el hecho de desarrollarse en el dominio público como por el interés público que, en mayor o menor medida, está siempre presente en las mismas. La antedicha naturaleza privada de las actividades y obras habilitadas por concesión demanial tiene determinadas consecuencias respecto del régimen jurídico de las construcciones e instalaciones realizadas al amparo de la misma, a las que es aplicable lo establecido en el citado artículo 97 LPAP, que atribuye al concesionario los derechos y deberes del propietario, siendo gratuitamente adquiridas por la Administración a la extinción de la concesión, si aquélla hubiera acordado su mantenimiento (art. 101.2 LPAP y 27.3 LPUMU); en esta línea, la normativa demanial no se refiere, como la de contratación pública, a la "recepción" de las obras por la Administración, sino a su "reconocimiento" o "confrontación" con el proyecto aprobado (vgr. artículos 93.4 TRLPE y 14 LPUMU); y, en materia de responsabilidad por daños derivados de tales servicios y obras, aquéllos serán en principio imputables al titular de la concesión, al no tratarse de obras o servicios públicos en sentido estricto (vid. artículo 92.7,f) LPAP), salvo que los daños tuvieran origen en alguna cláusula concesional impuesta por la Administración y de ineludible cumplimiento por aquél (vid. artículo 37 de la vigente Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas).

Respecto de dichas obras y actividades, en fín, será de directa aplicación lo establecido en la legislación demanial correspondiente, así como en los pliegos rectores de la concesión demanial, ya en el PCG que eventualmente existiese, ya en el pliego particular de cada concesión, siendo de aplicación supletoria la normativa sobre contratación pública.

V. La diversidad de los objetos pretendidos con las concesiones "demaniales": coexistencia y vinculación entre el contrato administrativo y la concesión demanial.

A la vista de todo lo anterior se advierte que, ante la diversidad del objeto que se pretende con las futuras "concesiones", han de coexistir dos instrumentos jurídicos, el contrato administrativo y la concesión demanial. A su vez, en la segunda habrá de hacerse una esencial distinción entre la concesión necesaria para la ejecución del contrato administrativo y la que no tiene esa vinculación. Como seguidamente se expondrá, habrá de entenderse jurídicamente vinculada al contrato, por razones funcionales, la concesión demanial sobre los bienes físicamente necesarios para dar soporte a la prestación de los servicios públicos portuarios contratados; y, vinculada al contrato como contraprestación administrativa por la ejecución de las obras públicas contratadas, la concesión demanial que se otorgue sobre las instalaciones y superficies destinadas a su utilización como puntos de amarre de uso privativo.

En efecto, según se desprende del informe y el estudio económico anexo de referencia,

las concesiones demaniales previstas, además de tener la ya apuntada finalidad recaudatoria de los cánones, habrían de servir de instrumento de financiación de las obras públicas reseñadas en el epígrafe A), es decir, las que, según se razonó, han de sujetarse a contratación administrativa; financiación que se pretende que sea asumida por el adjudicatario de las mismas en razón esencialmente a que percibirá los rendimientos económicos derivados de la explotación de los puntos de amarre de uso privativo, esto es, los derivados de la concesión demanial que se otorgará sobre los correspondientes espacios e instalaciones de amarre. De esta manera, el otorgamiento de la concesión demanial sobre dichos espacios e instalaciones para la antedicha actividad comercial se configura como un modo de contraprestación por parte de la Administración a favor del contratista por la obligación que éste asume en orden a la financiación, ejecución y conservación de las referidas obras, e incluso por la prestación de los servicios públicos portuarios, en el caso y en la medida en que su coste no fuera íntegramente retribuido por las tarifas que se aprobasen para los usuarios. Y ello sin perjuicio de que dicha concesión demanial pudiera tener también una función financiera respecto de las demás obras previstas -las reseñadas en el epígrafe B-. En todo caso, requisito esencial para que el contratista-concesionario demanial pueda explotar la concesión demanial es que previamente hayan sido recibidas por la Administración las obras contratadas, así como que hayan sido reconocidas favorablemente las que hayan de considerarse sujetas propia y únicamente a tal concesión de dpp, pues así se desprende de lo establecido en el artículo 14 LPUMU y de la apuntada vinculación entre el contrato y la concesión.

Es conveniente añadir que, en el caso que nos ocupa, la indicada finalidad retributiva de las concesiones demaniales tiene amparo en los artículos 281 TRLCSP y 59.3 TRLPE y no tanto en las normas reguladoras del contrato de concesión de obra pública o en la LCEIMU; estas últimas normas exigen que el uso de los bienes concedidos al adjudicatario de las obras sea público (artículos 246, c) TRLCSP y 12.1 LCEIMU-, no cumpliendo tales requisitos el previsto uso privativo de la mayor parte de las instalaciones y superficies destinadas a puntos de amarre; sin embargo, no existe tal exigencia para las concesiones demaniales cuyo otorgamiento tiene la finalidad de constituir una contraprestación económica en los contratos de gestión de servicios públicos o de ejecución de obras públicas a que se refieren los preceptos primeramente indicados, sin perjuicio en tales casos de su coexistencia con otros medios de retribución al contratista (tarifas de los usuarios o precio de la Administración).

En efecto, por una parte, el artículo 281 TRLCSP permite que el contrato de gestión de servicios públicos incluya, junto al usual sistema tarifario, otros modos de contraprestación pública al concesionario por la prestación del servicio o por la ejecución de las obras necesarias para el establecimiento o renovación del mismo, siendo precisamente este último aspecto (el de la financiación de tales obras) el más propiamente destinado a que su retribución se realice por la vía de un precio a abonar por la Administración o, en sustitución de éste, y ante su eventual insuficiencia financiera, mediante el otorgamiento de una concesión demanial, para que se retribuya con sus correspondientes rendimientos económicos, generados a su riesgo y ventura (aun con el establecimiento de tarifas máximas por la Administración, según se dirá).

Por otra parte, el artículo 59.3 TRLPE prevé, aquí de forma expresa, que en el caso de obras públicas portuarias no susceptibles por su naturaleza de explotación económica, la Administración contrate su ejecución y conservación, y que se retribuya al contratista con el otorgamiento de una concesión demanial sobre otros bienes demaniales portuarios que sí sean susceptibles de tal explotación. A tal efecto, dicho precepto contiene determinaciones que, en nuestro caso, deben servir de referencia para la elaboración conjunta del correspondiente Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) del contrato y del PCP de la concesión demanial aneja y vinculada a aquél. Así, dicho precepto expresa, con lógica, que en el pliego contractual se debe establecer que la oferta por la concesión demanial, junto con la documentación que deba acompañarse a la misma, se presente al mismo tiempo que la oferta por el contrato, y que el órgano de contratación valorará conjuntamente la oferta relacionada con el contrato y las obras o actuaciones que el licitador se proponga realizar sobre el dominio público, así como el régimen de utilización que prevea para éste; todo ello, se entiende, en el marco de las determinaciones mínimas y de obligado cumplimiento que estableciera la Administración en el PCP de la concesión demanial, tanto en orden a las construcciones previstas como a la utilización o explotación del dominio público a conceder.

De esta manera, pues, el "*precio*" o retribución del contrato administrativo de prestación de servicios públicos portuarios y de ejecución de determinadas obras públicas portuarias estaría integrado tanto por las tarifas que estableciera la Administración, a abonar por los usuarios del servicio público conforme a su utilización (art. 281 citado), como por el otorgamiento de la concesión demanial sobre las instalaciones fijas de amarre y las superficies de agua destinadas a su explotación como puntos de amarre de uso privativo, considerando así como retribución del contrato los rendimientos obtenidos de la concesión, a riesgo y ventura del concesionario, en el marco del condicionado establecido por la Administración, que podrá incluir un régimen de tarifas máximas para determinados aspectos de la explotación concesional si ello es requerido por razones de interés público, como parece existir en la explotación de los referidos derechos de uso privativo.

En efecto, conviene destacar que el hecho de que el citado artículo 281 TRLCSP, en concordancia con los artículos 7.1, a) y 12, f) LPUMU, imponga a la Administración la obligación de establecer necesariamente (en el PCAP de la correspondiente concesión de servicio público) un régimen tarifario de obligada observancia para la utilización de las plazas de amarre de uso público (como servicio público que es, según se dijo), no significa, como parece apuntar el informe reseñado en el Antecedente Segundo, que no pueda establecerse en la correspondiente concesión demanial un régimen tarifario respecto de la utilización de las plazas de amarre de uso privativo. Aun tratándose en este segundo caso, como se dijo, de una actividad de explotación en la que el interés público es menos predominante que en los casos de servicios públicos portuarios, y existe una mayor presencia de los intereses privados del concesionario, la utilización de todo el dominio público, incluyendo el que es objeto de concesión de uso privativo, está necesariamente ordenada a la consecución de fines de interés público. Ello, unido a la libertad que tiene la Administración competente para otorgar o no tales concesiones, justifica, según la doctrina, que las leyes reguladoras del demanio público vengan a facultar a los correspondientes títulos habilitantes demaniales para que incluyan, con el límite

del obligado respeto a las normas aplicables, las determinaciones que sean necesarias para dar satisfacción a las exigencias que en cada caso requiera la protección del interés público.

Ello explica, por ejemplo, que el artículo 93.5 LPAP establezca un contenido mínimo para los títulos de otorgamiento de concesiones demaniales *"sin perjuicio de los demás extremos que puedan incluir las condiciones generales o particulares que se aprueben"*. Aplicado a la LPUMU, su artículo 12 se refiere a los extremos y condiciones que *"en todo caso"* (párrafo primero) habrá de incluir la correspondiente concesión, incluyendo entre éstas letra f- las tarifas a abonar por el público cuando el régimen de utilización del demanio sea de tal índole, pero ello no impide que, además, la concesión incluya un régimen tarifario para la utilización privativa del mismo si así procede, de ahí que el correspondiente PCP del concurso pueda establecer, por ejemplo, la necesidad de que el concesionario se ajuste a unas tarifas o precios máximos en sus negocios de cesión de uso privativo de los correspondientes puntos de amarre; a tal efecto, el artículo 8.4 LPUMU prevé que la memoria económico-financiera a presentar en la licitación de las concesiones deberá incluir, entre otros extremos, *"el detalle de las tarifas o precios máximos a cobrar a los usuarios de los diferentes servicios e instalaciones"*, sin limitarlo a los usuarios de los servicios públicos. En este sentido, no parece haber duda de que la posición de dominio que tiene cada concesionario sobre la oferta de unos bienes escasos y limitados como son los puntos de amarre portuario (dominio incrementado si cabe en los casos en que un mismo concesionario sea titular de varias concesiones sobre puertos próximos) justifica la fijación administrativa de unas tarifas máximas que aúnen el objetivo de posibilitar un acceso razonable a dichas instalaciones por parte de los propietarios de embarcaciones de base y, a la vez, permitan al concesionario unos beneficios razonables para su actividad empresarial, aparte de garantizar, claro está, que la explotación de la concesión consiga el anteriormente comentado objetivo de financiar las obras previstas, siendo tales tarifas un importante factor de valoración de las ofertas que se presenten, en el marco de lo que pudiera haber establecido el PCP del concurso.

VI. La vinculación entre el contrato administrativo y la concesión demanial y su relación con el PCG dictaminado.

Todo lo hasta aquí expuesto impone, en fin, la necesidad de dar un tratamiento conjunto a la tramitación y adjudicación del correspondiente contrato y concesión demanial, sin perjuicio de que se deba diferenciar entre determinaciones propias del PCAP del contrato y determinaciones propias del PCP de la concesión demanial. Como se dijo anteriormente, en el caso que nos ocupa, la concesión demanial a otorgar operará, en parte, en un doble sentido a efectos del contrato administrativo: como requisito económicamente necesario para su ejecución (en la medida en que opere como contraprestación de lo contratado) y como título habilitante para la ocupación de los concretos bienes demaniales necesarios para la ejecución material de aquél. Ello conduce necesariamente a sujetarse a lo dispuesto con carácter básico en el artículo 91.4 LPAP, que establece que las concesiones demaniales que habiliten para una ocupación de bienes que sea necesaria (incluso económicamente, según lo dicho) para la ejecución de un contrato administrativo *"se considerarán accesorias de aquél"*, añadiendo que

las mismas "estarán vinculadas a dicho contrato a efectos de otorgamiento, duración y vigencia y transmisibilidad".

Esta accesoriadad implica, por lo que se refiere al PCG dictaminado, que el mismo pueda presentar importantes dudas de aplicabilidad en diversos aspectos (licitación, régimen de las obras, prórrogas, transmisión o cesión) respecto del negocio jurídico complejo integrado por el correspondiente contrato administrativo y la concesión demanial. En este sentido, el establecimiento de determinaciones generales como las pretendidas con el borrador de PCG podría resultar inconveniente en orden a las actuaciones o incidencias que hubieran de realizarse o plantearse en su momento, aun teniendo la actuación administrativa, como señala la doctrina, el objetivo de procurar coherencia, en la medida de lo posible, la normativa contractual con la legislación demanial de que se trate. En cualquier caso, la indicada heterogeneidad de objetos implica que los instrumentos jurídicos más adecuados para procurar una inicial acomodación de la respectiva legislación sean el PCAP y PCP de cada contrato y concesión demanial, respectivamente.

Ciertamente que en el PCG que nos ocupa podría introducirse una cláusula general que aclarara que su aplicación habría de entenderse sin perjuicio de lo establecido en la normativa contractual pública y en los contratos administrativos que se hubieran formalizado para la prestación y ejecución de los correspondientes servicios y obras públicas portuarias; pero, aunque así se salvara formal y genéricamente el ámbito de operatividad de dicha normativa y contratos, la misma existencia del PCG podría plantear posteriormente al operador jurídico dudas concretas de relevancia sobre el alcance de dicho PCG en su relación con los indicados negocios jurídicos. Conforme con lo apuntado en el epígrafe III sobre la despublicación de los servicios portuarios estatales y la consiguiente mayor operatividad en tal ámbito de la figura concesional demanial frente al contrato administrativo, la problemática inherente a la articulación entre uno y otro instrumento jurídico es allí menor que en los ordenamientos jurídicos autonómicos que contemplan la "*publicatio*" de estos servicios, como resulta ser el regional.

Por otra parte, y según se dijo en el anterior epígrafe I, no debe olvidarse que lo esencialmente pretendido por la Consejería de Economía y Hacienda mediante la promoción por su parte del presente borrador de PCG es que en los PCP de las concesiones demaniales que próximamente se prevé licitar se establezcan ciertas determinaciones dirigidas a conseguir los objetivos económico-financieros perseguidos por el PEFRECARM, como resulta lógico dadas las competencias de dicha Consejería; en concreto, que tales PCP puedan establecer que el canon de ocupación se exija de una sola vez y por todo el plazo concesional (regla 17), así como que se valoren con más puntuación las ofertas que se dirijan a todos los lotes en que se hubiese dividido la licitación (regla 5, "*in fine*"), para evitar que alguno de los lotes pudiera quedar desierto. Siendo ello así, y dado que tales determinaciones pueden ser establecidas directamente en los correspondientes PCP (vid. las observaciones realizadas en la siguiente Consideración respecto de la proyectada regla 17), su inclusión en los mismos podría ser simplemente acordada por ambas Consejerías, como ya apuntó el informe de la Dirección

General de Transportes y Puertos, sin necesidad de aprobar a tal efecto un PCG como el dictaminado. Posibilidad ésta que podría ser ponderada por la Consejería.

QUINTA.- Observaciones particulares sobre el PCG.

No obstante lo expresado en la precedente Consideración, han de realizarse diversas observaciones relativas a determinadas reglas o cláusulas incluidas en el borrador de PCG dictaminado, lo que se considera procedente tanto para el supuesto de que éste se aprobase como, en todo caso, para orientar la actuación de la Administración regional en la elaboración y aprobación de los PCP de las previstas concesiones.

I. Regla 1.

La regla 1 del borrador de PCG se refiere al régimen jurídico de las concesiones demaniales sobre el dpp regional, estableciendo que a las mismas les será de aplicación preferente la LPUMU, subsidiariamente la LCEIMU y la LPMU, y supletoriamente la LPE, la ley estatal 48/2003 (hoy por ambas el TRLPE), la LPAP y la LCSP (hoy el TRLCSP). Y, en cuanto a la ocupación del dominio público marítimo-terrestre, será de aplicación la legislación de costas.

En esta regla inicial, y siguiendo lo expresado en el epígrafe VI de la Consideración precedente, debería establecerse, en primer lugar, que el PCG será de aplicación a las concesiones demaniales que se otorguen sobre el dpp regional, sin perjuicio de la aplicación de la legislación de contratos del sector público y del clausulado del correspondiente contrato administrativo cuando la correspondiente concesión demanial fuera accesoria de aquél, conforme con lo dispuesto en el artículo 91.4 LPAP.

Con dicha salvedad, cabría establecer seguidamente que las concesiones demaniales en el dpp regional se registrarán directamente por la LPUMU, y por la LCEIMU cuando las mismas reúnan los requisitos establecidos en los artículos 11 y 12 de ésta, sin perjuicio en todo caso de los preceptos de la legislación de costas y de la LPAP que fueran de directa aplicación; y, subsidiariamente, se registrarán por la LPMU, TRLPE, LPAP en lo no directamente aplicable, TRLCSP y el resto del ordenamiento jurídico.

II. Regla 4.

Dada la reciente derogación de la ley 48/2003 por el vigente TRLPE, en esta regla, relativa al plazo de las concesiones demaniales, deben suprimirse las referencias realizadas a la legislación reguladora del régimen económico y de prestación de servicios de los puertos estatales, y a la legislación de costas, debiendo sustituirse por una referencia al TRLPE, actualizando así lo establecido en el artículo 12. d) "*in fine*" LPUMU.

III. Regla 5.

En el 4º párrafo de la regla 5 se prevé que en los PCP de las concesiones se valoren "*con más puntuación*" las ofertas que se refieran a todos los lotes en que se divida la licitación. Expresada de esa forma, tal determinación podría ser inconveniente, pues es posible que existan ofertas dirigidas a parte de los lotes que puedan resultar más ventajosas para la Administración que una oferta dirigida a todos los lotes, pues éstas no tienen que ser necesariamente mejores si la Administración puede combinar unas y otras de forma que no quede sin adjudicar alguno de dichos lotes. Como se dijo en el epígrafe VI de la Consideración anterior, se trata de una cuestión que debe ser determinada directamente por los PCP de las concesiones, en donde puede valorarse de la forma más adecuada el hecho de licitarse a todos los lotes.

Además, debe suprimirse el último párrafo de dicha regla 5, pues las concesiones y autorizaciones a que aquél se refiere no han de regularse "*en el título concesional*", como allí se expresa, sino que se regulan por las normas jurídicas aplicables.

IV. Regla 7.

Debe sustituirse la referencia al derogado artículo 118.4 de la ley 48/2003 por la del actual artículo 93 TRLPE, sobre la garantía de las obras e instalaciones.

V. Reglas 9, 19 y 28.

En el segundo párrafo de la Regla 9 y en el quinto párrafo de la Regla 28 debe suprimirse la respectiva referencia a la prestación de servicios públicos, pues, según se razonó en la precedente Consideración, el instrumento adecuado para establecer las condiciones de

prestación de los servicios públicos portuarios es el correspondiente contrato. Además, en el sexto párrafo de dicha Regla 28 debe sustituirse la referencia al derogado artículo 70 de la ley 48/2003 por la del vigente artículo 92.4 TRLPE.

Sin embargo, es correcta la previsión realizada en la Regla 19, segundo párrafo, relativa a que el título concesional debe incorporar las condiciones relativas a la prestación del "servicio", si se entiende referido sólo a los servicios o actividades de naturaleza privada (aun de interés público) reseñadas en su momento, que son las habilitadas propiamente por la concesión demanial. En todo caso, debe sustituirse la referencia al derogado artículo 106.4 de la ley 48/2003 por la del actual artículo 81.4 TRLPE.

VI. Regla 17.

Esta regla prevé que *"el título concesional se referirá de forma expresa a la posible obligatoriedad de abonar anticipadamente por parte del concesionario, en relación con el canon de ocupación, el importe equivalente a la totalidad del periodo concesional adjudicado en un solo pago"*.

Desde la STC 185/1995, de 5 de diciembre, con carácter general, y la STC 63/2003, de 16 de abril, específicamente para cánones portuarios como los que nos ocupan, este tipo de exacciones económicas tienen necesariamente la calificación jurídica de prestaciones patrimoniales de Derecho público de naturaleza tributaria, más concretamente, a la vista de la legislación en la materia, el carácter de tasas administrativas.

Conforme con ello, y a los efectos que ahora interesan, ha de acudirse inicialmente a lo establecido en el artículo 21 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que se refiere a los conceptos de devengo y exigibilidad de los tributos -tasas incluidas-, estableciendo que el devengo es el momento en el que se entiende realizado el hecho imponible y en el que se produce el nacimiento de la obligación tributaria principal, añadiendo que la ley propia de cada tributo podrá establecer la exigibilidad de la cuota o de parte de la misma en un momento distinto al del devengo del tributo.

Aplicado al canon de ocupación del dpp regional regulado en el artículo 16 LPUMU, su número 9 establece que el devengo se produce en la fecha de la notificación de la resolución de otorgamiento de la concesión, por cuanto ésta ya atribuye al interesado los derechos concesionales. Respecto del momento de exigibilidad del canon, la LPUMU no contiene determinación al respecto; la actualización anual del canon conforme al IPC, prevista en el

número 8 del artículo, es sólo un mecanismo cuya finalidad es conseguir que el importe del canon responda (siquiera de la forma genérica y automática que implica la aplicación del IPC) a la variación del valor de los terrenos ocupados, sin perjuicio de la actualización singularizada de tal valor por la vía específica de la "revisión" de la cuota (vid. artículo 178.2 TRLPE). Así, la aplicación anual del IPC al canon de ocupación fijado en la resolución de otorgamiento de la concesión dará lugar a la correspondiente liquidación anual (normalmente positiva, dada la usual evolución del citado índice), pero tal actualización no impone que la cuota íntegra del canon, entendida como la cantidad resultante de aplicar la cuota -calculada en cómputo anual- por todos los años de la concesión, deba ser necesariamente exigible en plazos anuales y a lo largo de toda la vigencia de la concesión, pues el momento de su exigibilidad (sin perjuicio de las indicadas liquidaciones anuales de actualización) puede ser establecido en el título concesional.

En este sentido, debe tenerse en cuenta lo expresado en el epígrafe V de la Consideración precedente sobre el amplio margen de actuación y consiguiente habilitación que, según la doctrina, la legislación demanial reconoce al clausulado de los títulos concesionales (con el límite obvio de su respeto a las normas de preceptiva aplicación). Así, por ejemplo, con carácter general, el artículo 92.7, b) LPAP, por remisión del 93.5, establece que el acuerdo concesional debe incluir *"el régimen económico a que queda sujeta la concesión"*, y el artículo 179.2 TRLPE establece que *"la tasa (de ocupación del dpp estatal) será exigible por adelantado y en los plazos que figuren en las cláusulas de la concesión o autorización"* demanial. Por ello, ha de entenderse que cuando el artículo 12, e) LPUMU se refiere, entre *"las condiciones pertinentes"* a incluir en el correspondiente título concesional, a la relativa a los *"cánones y tasas a abonar por el adjudicatario"*, está habilitando a la Administración regional otorgante para que establezca en dicho título las oportunas previsiones sobre la exigibilidad del canon de ocupación.

A tal efecto, y aunque lo usual es que los títulos concesionales demaniales (no sólo en materia portuaria) establezcan la exigibilidad de la cuota íntegra del canon en plazos anuales durante todo el tiempo de vigencia de la concesión (bien para hacer coincidir así estos abonos con la actualización anual del canon, bien para no requerir del concesionario un esfuerzo financiero inicial tan elevado que pudiera hacer poco atractiva la demanda de las concesiones), lo cierto es que nada impide, si las necesidades financieras públicas así lo justifican y la viabilidad económica de la concesión lo permite, que pueda establecerse en el PCP de la concesión que el abono de la cuota íntegra del canon de ocupación deba realizarse de una sola vez (esto es, en un solo plazo) por todos los años de la concesión y en el plazo que establezca dicho PCP, a contar desde la notificación de la resolución de otorgamiento del título concesional, sin perjuicio de la sucesiva actualización anual del canon conforme al correspondiente IPC.

De esta manera, no resulta procedente hablar de pago *"anticipado"*, como alude la prevista regla 17, pues este último concepto sólo se explica cuando, establecidos en el título concesional unos determinados plazos de exigibilidad del canon, posteriormente la

Administración acuerda que el concesionario abone cantidades del mismo antes de cumplirse tales plazos, lo que, por ejemplo, se prevé en el mencionado artículo 179.2 *"in fine"* TRLPE para supuestos específicos (sin perjuicio entonces de las compensaciones a que pudiera tener derecho el interesado, se entiende).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta en esta regla 17 que, como establece el artículo 180 TRLPE para el ámbito estatal, las cantidades adicionales al importe legal del canon de ocupación que sean ofrecidas por los licitadores como mejora de su oferta en los concursos convocados para el otorgamiento de autorizaciones o concesiones demaniales, *"al carecer de naturaleza tributaria"* (pues exceden de la cantidad cuyo abono como cuota del canon procede por imperativo legal), *no estarán sometidas al régimen de actualización previsto* en la citada ley (en nuestro caso, en el artículo 16.8 LPUMU). Por ello, debe estarse sobre tales cantidades al régimen de actualización propio de los precios públicos, fijado en la correspondiente ley autonómica de presupuestos.

VII. Regla 20.

Debe sustituirse la referencia al derogado artículo 120.1 de la Ley 48/2003 por la del vigente artículo 94 TRLPE, sobre la garantía de explotación.

VIII. Regla 29.

Esta regla, que tiene como finalidad establecer determinadas condiciones generales sobre la *"cesión"* de la concesión demanial (frente a lo previsto en la precedente regla 28 para la *"transmisión"* de la concesión), plantea diversas dudas sobre su alcance objetivo.

Así, del primer párrafo de esta regla 29 se desprende que se refiere a la cesión a tercero, por parte del concesionario, del *"uso, total o parcial, de la misma"*, es decir, de la concesión en sí misma considerada, cesión que deberá ser autorizada previamente por la Administración; posteriormente, se alude a que el objeto de la cesión es *"el ejercicio de la actividad o prestación del servicio"*, debiendo el cesionario reunir los requisitos exigidos para su ejercicio o prestación; se añade que *"en ningún caso serán autorizadas cesiones del cesionario a favor de terceros"*, así como que, en el caso de cesión del uso *"total"* de la concesión (para cuya autorización será necesario que haya transcurrido al menos un año desde el otorgamiento de aquélla), *el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondan al cedente"*.

No existiendo mención alguna en la LPUMU sobre estos supuestos de cesión de uso de la concesión, ha de acudirse al TRLPE, que sólo los menciona en su artículo 98.1, g), para establecer como causa de caducidad de la concesión la "*cesión a un tercero del uso total o parcial, sin autorización de la Autoridad Portuaria*", diferenciando así el supuesto del de la "*transferencia del título de otorgamiento, sin autorización de la Autoridad Portuaria*" (siguiente letra h), es decir, del de la transmisión de la concesión.

A partir de lo anterior, de las previsiones contenidas en dicha regla 29 parece deducirse que se refiere a negocios jurídicos mediante los que el concesionario cede a un tercero el derecho a realizar todas o parte de las actividades o servicios habilitados por el título concesional, cediéndole asimismo el uso de los bienes de dpp necesarios al efecto; es decir, que se refiere a negocios jurídicos del concesionario encaminados a que un tercero realice, total o parcialmente, la explotación de la concesión, entendida como una actividad empresarial o comercial, en vez de ser realizada por el concesionario. De ahí que cuando se trate de ceder el uso total de la concesión, la regla anuda a ello la subrogación del cesionario en los derechos y deberes concesionales, equiparando así el supuesto al de la transmisión de la concesión, al menos en cuanto a estos efectos subrogatorios (vid. art. 92.2 TRLPE, sobre la transmisión de la concesión), no existiendo tal subrogación cuando se cede el uso parcial de la misma.

Procede hacer dos observaciones al inciso de la comentada regla 29 en el extremo en que prohíbe con carácter general y absoluto ("*en ningún caso*"), que el cesionario pueda, a su vez, ceder el uso de la concesión a un tercero. En el expediente no hay motivación sobre esta determinación, lo que permite deducir que es mero traslado de lo previsto en la regla 30 de la Orden FOM/938/2008, ya citada.

En primer lugar, tal prohibición, establecida en los términos generales y absolutos en que allí se formula, parece apartarse de la regla establecida en el artículo 21 LPUMU y, para su ámbito, en el 92.2 TRLPE, de los que se deduce la transmisibilidad de los derechos concesionales, aunque no libre e incondicionadamente, pues se sujeta a previa autorización administrativa (en la que, entre otros aspectos, ha de verificarse que con la transmisión o cesión no se perjudique el interés público), pero sin establecer una limitación "*a priori*" en el número de transmisiones o cesiones. No parece, pues, acorde con la ley una prohibición en términos tan absolutos como los previstos, sin perjuicio de que pudiera establecerse, bien en un PCG como el dictaminado, bien en el correspondiente PCP de la concesión demanial, algún supuesto concreto de prohibición que estuviera justificado por razones de interés público.

Por otra parte, y más en particular, la referida prohibición de cesiones podría resultar gravemente distorsionadora de la dinámica de las concesiones previstas, dificultando gravemente su economía y, por tanto, su misma existencia, en la medida en que pudiera

considerarse que la citada regla 29 es aplicable a los supuestos de cesiones del uso privativo de los puntos de amarre portuarios.

En efecto, aun cuando el objeto de la regla parece referirse a un negocio jurídico sobre la concesión misma, no puede descartarse que en la noción de "*cesión de uso*" allí recogida, especialmente en los casos de cesión "*parcial*" de tal uso, se puedan considerar incluidos también los negocios jurídicos por los que el concesionario cede meramente el uso de porciones del dpp para su utilización directa y, en principio, no comercial por parte del correspondiente cesionario, lo que resulta paradigmático en los supuestos de las cesiones a terceros del uso privativo de los puntos de amarre destinados a embarcaciones de base. Se trata de negocios cuyos ingresos son considerados como la principal fuente de financiación y de beneficios para el concesionario, según se expuso en la Consideración precedente, lo que justifica especialmente la observación.

Conforme destaca el informe reseñado en el Antecedente Segundo, la explotación de estos puntos de amarre se instrumenta usualmente mediante la "*cesión de uso*" de cada punto (de la instalación fija y la correspondiente lámina de agua) que efectúa inicialmente el concesionario en favor de un tercero por todo el plazo de la concesión, sin perjuicio de que el adquirente de tal derecho de uso pueda, a su vez, cederlo posteriormente.

Aunque, según se infiere de la jurisprudencia, estas cesiones son negocios jurídicos de naturaleza privada, su contenido está condicionado en determinados extremos por lo establecido al respecto en el clausulado de la concesión (título administrativo del que dimanar inicialmente tales cesiones), singularmente en lo que atañe al plazo máximo de las mismas (nunca superior al plazo de la concesión, por ser el límite temporal del derecho del concesionario, titular inicial de tales derechos de uso privativo, vid. artículo 98.1 LPAP), a su precio (sujeto a tarifas máximas, según se expuso en su momento) y a la obligación del concesionario de ofrecer prioritariamente su adquisición a aquellos titulares de embarcaciones de base en el puerto a los que la Administración les hubiera reconocido a estos efectos un derecho de preferencia, en razón esencialmente a criterios de antigüedad en el uso previo de las instalaciones portuarias (ya por haberles autorizado tal uso en su día temporalmente y a precario la Administración, ya por haber disfrutado de dicho uso en razón de una anterior cesión, efectuada por un anterior concesionario o causahabiente de éste, que se hubiera extinguido con el vencimiento del plazo concesional). A dichos criterios hace alusión el referido informe cuando señala en su página 20 que los PCP de las futuras concesiones podrían remitirse a las condiciones generales para autorizaciones temporales de uso de puntos de amarre de los puertos que actualmente son de gestión directa por la Administración regional, aprobadas por Resolución de la Dirección General de Transportes y Puertos de 10 de mayo de 2011, no obrante en el expediente. A estos efectos, en fin, son de interés las SSTSJ de Murcia de 22 de enero y 5 de marzo de 2010 y de 8 de abril de 2011, entre otras, sobre derechos de asignación o adquisición preferente de puntos portuarios de amarre.

Conforme con lo anterior, de considerarse aplicable la comentada regla 29 a estas cesiones de uso de puntos de amarre, resultaría prohibida toda cesión (inter vivos, se entiende) posterior a la realizada por el concesionario, lo que no sólo limitaría en buena medida el valor de tales derechos, sino que podría propiciar que tuvieran que permanecer necesariamente, hasta el final del plazo de la cesión (normalmente coincidente con el final del plazo concesional, según se dijo), en manos de quien quizá ya no estuviera interesado en disfrutar del punto de amarre, lo que supondría una utilización contraria a los intereses públicos, dada la escasez de los espacios portuarios sobre los que se proyectan estos derechos. Además, la prohibición de tales posteriores cesiones podría propiciar que las mismas se realizaran efectivamente entre los particulares al margen de la intervención de la Administración, con los problemas que ello generaría.

Por todo lo anterior, vistas las objeciones jurídicas que desde una perspectiva general y, en particular, para el supuesto de las cesiones de puntos de amarre, se advierten en el comentado inciso de esta regla 29, procede su supresión. Ello ha de entenderse sin perjuicio de las concretas prohibiciones, limitaciones o requisitos que sobre las cesiones de uso de la concesión y de los bienes de dpp objeto de la misma pudieran establecerse en el PCG o el correspondiente PCP, por razones de interés público; limitaciones y requisitos que, en lo que se refiere a las cesiones de uso de puntos de amarre, habrían de venir justificadas esencialmente por la escasez de los referidos espacios, y estar dirigidas a impedir actuaciones tendentes a eludir el cumplimiento de la obligación del concesionario de sujetarse a unas tarifas máximas, así como a evitar, en la medida de lo posible, el uso especulativo o fraudulento en el disfrute de esta clase de derechos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar la propuesta de Acuerdo de PCG objeto de Dictamen, sin perjuicio de lo expresado en la Consideración Quinta sobre las siguientes reglas de la propuesta de PCG: 1; 4; 5; 7; 9; 17; 19; 20; 28 y 29, con observaciones de carácter sustancial.

SEGUNDA.- No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta lo expresado en la Consideración Tercera del Dictamen sobre la conveniencia de estudiar la adecuación a la realidad económica actual de la vigente regulación de la LPUMU sobre los cánones de ocupación y explotación del dpp regional, así como lo expresado en la Consideración Cuarta en cuanto a que se pondere la conveniencia del PCG dictaminado, a la vista de la naturaleza y régimen jurídico de los negocios jurídicos legalmente procedentes (contrato administrativo y concesión demanial) para instrumentar los diversos objetivos pretendidos por la Administración

regional respecto de determinados puertos autonómicos.

No obstante, V.E. resolverá.

