

## DENUNCIA

**Código expediente: 863/17**

### Origen de la actuación:

Denuncia por la que se solicita a la IGS que se realicen las comprobaciones oportunas sobre diferentes actuaciones realizadas en relación con las concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre en 3 puertos de la Comunidad Valenciana (identificados a estos efectos como puerto 1, 2 y 3) .

### Objeto de la actuación:

Investigar las posibles irregularidades contenidas en la denuncia, en relación con las autorizaciones y concesiones concedidas en dichos puertos y, en su caso, realizar las recomendaciones que resulten convenientes para la subsanación de la situación actual.

### Naturaleza de la actuación:

Investigación e informe

### Fecha emisión informe:

6 de octubre de 2017

### Resultados de la actuación:

#### Extracto de las principales conclusiones:

Primera.- Valoración general y actos discrecionales.

La Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat, dispone que el otorgamiento de autorizaciones y concesiones para la utilización del dominio público portuario tiene carácter discrecional, pero ello no puede significar en ningún modo que pueda ser arbitrario, entendida la arbitrariedad como desigualdad de trato en la aplicación de la norma, ni tampoco que no se respeten los principios básicos de no discriminación, proporcionalidad y transparencia.

Sin dejar de reconocer la complejidad que conlleva la gestión de la cesión del uso del dominio público y los limitados recursos humanos con los que ha contado el departamento competente, las actuaciones analizadas evidencian, a juicio de esta inspección, una ausencia de una visión clara de la necesidad de motivar y justificar todo acto administrativo que se dicte en el ejercicio de potestades de carácter discrecional con respecto a dichos usos, para lo cual resulta ineludible una labor previa de análisis de las consecuencias de las decisiones a adoptar que, sin duda, ayudaría a realizar una gestión más precisa y acorde con los principios expuestos en el párrafo anterior. Esta circunstancia unida a la falta de transparencia en la gestión, puede haber provocado condiciones desiguales de competencia empresarial.

La vigente ley de procedimiento administrativo, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al igual que las normas que le han precedido establece que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales (artículo 35.1. i).

Como se ha venido reconociendo por la doctrina y la jurisprudencia, los actos discrecionales precisan de un plus de justificación respecto de los actos reglados porque, en el caso de estos últimos es la propia norma la que delimita los elementos del acto, sin embargo en los actos discrecionales, el margen de decisión del órgano exige que se justifique la razonabilidad de la elección. Es por ello que todo acto dictado al amparo del ejercicio de una potestad de carácter discrecional debe recoger los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la decisión y ello de manera que resulte "comprensible y justificable" la motivación de la decisión que puede producir unos efectos u otros según el sentido en el

que se adopte.

Segunda.- Sobre la obligación de resolver

Muchas de las solicitudes y peticiones presentadas no han obtenido respuesta alguna por parte de los órganos competentes. A este respecto es importante recordar la obligación de resolver de las administraciones públicas, tal y como preceptúa el artículo 21.

La falta de respuesta a muchos escritos y peticiones ha agravado la mayoría de los conflictos expuestos.

Tercera.- Respecto al Puerto n.º 1.

En la investigación desarrollada (periodo analizado: desde 1999 hasta 2017), se ha comprobado lo siguiente:

- Casetas y amarres: La gestión de las autorizaciones de las casetas y amarres ha ocasionado un trato desigual entre los empresarios que operan en el puerto con posibles consecuencias desfavorables para los intereses de algunos de ellos.

Asimismo, no se han ejercido debidamente las facultades de tutela y policía administrativa sobre el dominio público portuario objeto de autorización o concesión, tal como preceptúa el artículo 21.5 de la Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat, pese a las reiteradas solicitudes de amparo.

La solución que ahora se está abordando de adjudicación de casetas y amarres, mediante la apertura de un procedimiento de concurrencia, al igual que en el año 2000, a juicio de esta inspección, no se motiva suficientemente, puesto que no se dan a conocer los fundamentos que aconsejan la distribución de espacios que se propone para la licitación.

Si el órgano gestor estima que debe aplicarse una limitación de usos, sobre la base de un posible mayor rendimiento y/o más seguridad de esos espacios, éste debería exponerse y justificarse.

- En cuanto a la exigencia al club náutico de retirada de las embarcaciones inscritas en la lista 6 (embarcaciones destinadas a explotación comercial), amparándose en las condiciones del pliego de prescripciones técnicas de la concesión, supuso en su día – 2 de agosto de 2016- cuanto menos un acto arbitrario (entendido como desigualdad de trato en la aplicación de la norma), y discriminatorio de un club respecto al resto, teniendo en cuenta que dicha exigencia fue aplicada 7 meses después a los otros 2 clubes náuticos.

Cuarta.- Respecto al Puerto n.º 2.

En su día no se valoraron adecuadamente los perjuicios a terceros que podría conllevar las dos ampliaciones de las terrazas concedidas a uno de los restaurantes ubicados en la zona de dominio marítimo terrestre.

Cuando se fundamente la resolución en el hecho de “no causar perjuicios a terceros”, se debería dejar constancia en el expediente de las evidencias que apoyan dicho argumento. Precisamente este hecho, los posibles perjuicios económicos al resto de restaurantes autorizados, es el que ha motivado la denuncia.

Aun sin obviar la complejidad de la toma de decisiones en la cesión del dominio público para usos de explotación comercial que obligan a conciliar diferentes intereses en juego, no debe olvidarse que el interés general y los intereses particulares no son conceptos contradictorios o enfrentados, sino elementos que deben ser conciliados por las normas jurídicas y por la acción de los poderes públicos, ponderando todos los intereses en juego.

Quinta.- Respecto al Puerto n.º 3.

La propia existencia de la denuncia objeto de esta actuación evidencia la percepción de una imposibilidad de acceder a una gestión regularizada por parte de los denunciantes, no tanto por no alcanzar sus pretensiones sino por desconocer por qué no son viables. La ausencia de respuesta o la irregularidad formal y argumentativa de la misma puede producir indefensión en los interesados, que puede llegar a impedirles la defensa de sus intereses legítimos, situándoles en un ámbito de gestión que, en ocasiones, puede parecer de naturaleza graciable.

Existen importantes dudas y lagunas en la gestión realizada con respecto a las autorizaciones concedidas respecto a una de las actividades desarrolladas en este puerto, por lo que se efectuarán recomendaciones al respecto habida cuenta de la ausencia de documentación en los expedientes examinados que puedan explicar o justificar las decisiones adoptadas, lo cual impide formular una conclusión determinante.

**Extracto de las principales recomendaciones:**

Primera.- Motivación actos discrecionales y deber de respuesta

En lo sucesivo deben adoptarse las medidas necesarias para que todo acto dictado al amparo del ejercicio de una potestad de carácter discrecional recoja los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan las decisiones, de manera que resulte “comprensible y justificable” la motivación de las mismas dado que pueden producir unos efectos u otros según el sentido en el que se adopte.

En especial, debería considerarse la necesidad de disponer de una plantilla suficiente con la formación necesaria en materia de ejercicio de potestades discrecionales de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común.

Asimismo, se deberían evaluar las solicitudes no respondidas o denegadas tácitamente y reconsiderar las propuestas formuladas por los denunciantes para aceptarlas o denegarlas conforme a derecho, evitando situaciones que puedan dar lugar a indefensión o a un aparente trato discriminatorio.

Segunda.- Transparencia

La Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, regula y garantiza el ejercicio del principio de transparencia y el derecho de libre acceso a la información pública, entendido como el derecho de la ciudadanía a recibir una información adecuada y veraz sobre la actividad pública, garantizando la libertad de todas las personas a formar sus opiniones y tomar decisiones con base en esa información.

Esta ley, que obliga a La Administración de la Generalitat en su conjunto, debe observarse con mayor rigor en departamentos como el que ha sido objeto de este informe, en los que el otorgamiento de autorizaciones y concesiones para la utilización del dominio público se basa en criterios de discrecionalidad.

Tercera.- Responsabilidad disciplinaria

Se recomienda al departamento competente que analicen los comportamientos descritos en el informe, con el fin de verificar si concurren elementos susceptibles de constituir una falta disciplinaria de las tipificadas en la ley de la función pública.

Igualmente, la dirección general competente deberá tomar las medidas necesarias con el fin de extremar

el celo en la observancia de los principios de actuación previstos en el artículo 87 de la citada ley, exigibles a todo el personal empleado público.

Cuarta.- Puerto n.º 1

Vista la evolución del asunto en dicho puerto, se estima aconsejable que se analice detenidamente la situación, y se realice una labor de justificación de las decisiones basada en datos objetivos que permita realizar una cesión de ocupación y uso de estos espacios que resulte acorde con todos los intereses en juego, en esencia: la seguridad y la protección del medio ambiente, las expectativas de negocio viables, así como de la estabilidad a medio plazo bajo unas mismas condiciones económicas y de accesibilidad de los espacios, rentabilidad para la administración pública y oferta turística más adecuada para el municipio.

Quinta.- Puerto n.º 2

Se recomienda la revisión de las autorizaciones concedidas cuyas resoluciones carezcan de motivación suficiente, al menos en lo que respecta a la ocupación de zonas de paso, así como en los posibles perjuicios que se pueden causar a terceros. Los actos discrecionales deben estar respaldados por datos objetivos, basados en el interés general, para evitar que se conviertan en arbitrarios.

Sexta.- Puerto n.º 3

Sobre las cuestiones surgidas en este puerto, en primer lugar, debe ofrecerse una respuesta debidamente fundada en derecho de todas y cada una de las solicitudes que se han presentado ante el órgano competente, mediante resoluciones administrativas que posibiliten la defensa de los intereses de los administrados.

En segundo lugar, debería valorarse si la actual “zona de preembarque” es adecuada o procedería adoptar alguna medida que armonice mejor los intereses de los diferentes operadores y preserve los valores estéticos del puerto.

Con respecto a la tramitación de las autorizaciones concedidas respecto a una de las actividades desarrolladas en este puerto, deberán ser objeto de justificación conforme a derecho por parte del departamento gestor, los siguientes aspectos: sucesión en las concesiones, extensión de la superficie concedida, así como los cánones y tasas aplicados.