



Anexo

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 7/21 (R-50/2021)

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Valencia sobre el “informe de recomendaciones de control interno e informe adicional” de la Intervención Regional en Valencia, fechado el 30 de noviembre de 2020, en el que se detectan diversas irregularidades en la extinción por rescate de la concesión de dominio público portuario de que era titular la sociedad Unión Naval de Valencia, S.A. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 16 de octubre de 2020, la Intervención Regional en Valencia emitió, con el carácter de provisional, un “informe de recomendaciones de control interno e informe adicional” en el que, en relación con el procedimiento de rescate de las concesiones de que era titular la sociedad Unión Naval de Valencia, S.A., se hace constar lo siguiente:

“En resumen, de la documentación examinada se considera que:

- El vocal en representación de la Asociación Valenciana de Empresarios, debía haberse ausentado en la Junta de fecha 22 de junio de 2018 del punto por conflicto de intereses, como lo hizo en otras ocasiones y si no lo hizo motu proprio, se le debía haber exigido.
- No se exploró lo suficiente la extinción por incumplimiento de la concesión o, en su caso, el rescate parcial.
- Por esta vía, el edificio de oficinas rescatado con un periodo ya relativamente corto de concesión, se han vuelto a otorgar por un periodo mucho más amplio de 35 años.

- En la operación efectuada no hay identidad en el titular ni en el objeto, sino que la concesión se otorga a un tercero propietario indirecto de UNV y para otra actividad.
- UNV carece de habilitación para haber resultado adjudicatario por falta de título para actividades complementarias de servicios portuarios.
- La operación no ha sido correctamente valorada: las tasaciones en las que se basa, tenían por objeto otra finalidad.
- La nueva concesión se destina a oficinas con la posibilidad de cesión a empresas del grupo o terceros, y que se ha concedido sin concurrencia pública, y que podría vulnerar el artículo 84.2 del TRLPMM al constituir una situación de dominio, que podría afectar a la competencia, al ser la única en el recinto portuario.
- A fecha de emisión del presente Informe no se han iniciado las obras para la construcción del futuro Muelle de Cruceros”.

2.- La Autoridad Portuaria de Valencia formuló, el 18 de noviembre de 2020, alegaciones a dicho informe provisional. Examinadas estas alegaciones, la Intervención Regional en Valencia emitió, el 30 de noviembre, informe definitivo en el que, en lo que aquí interesa, se recogen las mismas observaciones que las que se formularon en el informe provisional, indicándose en su apartado IV (“Conclusiones y Recomendaciones”) lo siguiente:

“La operación de rescate de las concesiones de Unión Naval de Valencia presenta las suficientes lagunas para concluir que no se han defendido adecuadamente los intereses de la Autoridad Portuaria.

No se han estudiado en profundidad otras alternativas a la elegida como podrían ser el incumplimiento de la concesión, el rescate parcial o el mero trascurso del tiempo hasta la extinción de la misma.

A su vez, existen suficientes dudas razonables sobre la legalidad de la misma para solicitar un dictamen en este sentido del Servicio Jurídico del Estado sobre el conjunto de la operación y, en su caso, las alternativas, soluciones y responsabilidades pertinentes. Resulta conveniente acompañar a dicha consulta este informe y las alegaciones efectuadas”.

3. La Abogacía del Estado en Valencia redactó, el 25 de enero de 2021, un proyecto de informe en relación con las conclusiones formuladas en el mencionado informe definitivo de la Intervención Regional en Valencia, elevando consulta a este Centro Directivo en aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

- I -

Dada la diversa naturaleza de las cuestiones planteadas en los informes provisional y definitivo de la Intervención Regional en Valencia reseñados en los apartados 1 y 2 de los antecedentes, y teniendo en cuenta que la competencia de este Centro Directivo se circunscribe exclusivamente a cuestiones jurídicas, en el presente informe se prescindirá del análisis de cuestiones técnicas, limitándose a las estrictamente jurídicas, siendo las siguientes:

1) Asistencia del vocal representante de la Asociación Valenciana de Empresarios al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia celebrado el 22 de junio de 2018, existiendo conflicto de intereses.

2) Posible caducidad de la concesión objeto de rescate.

3) Pago de la indemnización de recate a una entidad distinta de la titular de la concesión y falta de coincidencia entre el objeto de la concesión extinguida por recate y el objeto de la concesión atribuida en pago de dicha indemnización.

- II -

Asistencia del vocal representante de la Asociación Valenciana de Empresarios al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia celebrado el 22 de junio de 2018, existiendo conflicto de intereses.

Esta circunstancia no tiene por sí misma trascendencia invalidante, ya que cabría la posibilidad de que, aun no habiéndose abstenido de intervenir la persona en quien concurre una causa de abstención e incluso sin haberse recusado su actuación, el acto adoptado sea ajustado a Derecho, lo que exigiría a entrar en el análisis fondo del mismo. Sería, en efecto, contrario al principio de economía procedimental que el acto se anulara por esa sola circunstancia si en el análisis de fondo del mismo resultase que éste es ajustado a Derecho o si, en sustitución de ese acto, posteriormente se dictase otro de idéntico contenido y ajustado a Derecho y en cuya emanación no intervino aquél en que concurría causa de abstención.

Este criterio, mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. sentencia de 4 de mayo de 1990, Ar. 3799), pasó a quedar recogido por la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, actualmente, lo sanciona el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que, tras establecer en su apartado 1 el deber que tienen las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas de abstenerse cuando concurren los motivos o causas que se relacionan en su apartado 2, preceptúa en su apartado 4 que “la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”.

Posible caducidad de la concesión objeto de rescate.

A la vista de los antecedentes remitidos, son dos las causas de caducidad en que habría podido incurrir la concesión que fue objeto de rescate:

- 1) Incumplimiento por el concesionario de la obligación de conservar las obras.
- 2) Realización de actividades no comprendidas en el objeto de la concesión.

Con carácter previo al análisis de estas posibles causas de caducidad, este Centro Directivo estima oportuno hacer las siguientes precisiones:

a) En primer lugar, debe distinguirse propiamente entre caducidad y declaración de caducidad. La caducidad constituye un supuesto, objetivamente tasado en las disposiciones legales o en las cláusulas concesionales, de extinción de la concesión y que se concreta en la producción de una situación o estado de cosas contrario al fin de interés público que justificó el otorgamiento de la concesión. La declaración de caducidad es la manifestación de la voluntad de la Administración –decisión unilateral y ejecutoria como todo acto administrativo– de poner término a la relación de concesional en aplicación de aquel supuesto, atribuyendo así eficacia jurídica a la causa de caducidad. En este sentido, y desde antiguo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 8 de mayo de 1972 y 24 de julio de 1981) declara que la concesión de dominio público no se extingue automáticamente por las causas de caducidad que se han hecho constar en el título concesional, sino que su extinción precisa de la correspondiente declaración de caducidad; por su parte, y en esta misma línea, la doctrina del Consejo de Estado (dictámenes de 22 de diciembre de 1955; 3 de mayo de 1956, y 9 de octubre de 1975, entre otros) reiteraba la idea de que la circunstancia de que la concesión esté incurso en causa de caducidad no implica de suyo la caducidad de la misma hasta que se dicte (y notifique) el oportuno acto de declaración de caducidad. En definitiva, la caducidad es la consecuencia extintiva

de la relación concesional de un supuesto tasado y que queda sometido, para su plena efectividad, a la declaración expresa de la Administración, actuando así como *conditio iuris* de ésta.

b) En segundo lugar, dada la concurrencia de una causa de caducidad, no corresponde a la Administración una facultad discrecional para declararla o no. La razón de tutela del interés público –inherente a la concesión demanial– a que responde la figura de la caducidad determina que la Administración actúe en el ejercicio de una potestad reglada en términos tales que, sobrevinida una causa de caducidad, deba declararla, sin perjuicio de lo que luego se indica a propósito de la rehabilitación de la concesión que, como seguidamente se expone, tampoco constituye una actuación enteramente discrecional de la Administración.

c) En tercer lugar, y finalmente, es precisamente la anterior distinción – caducidad (causa de caducidad) y declaración de caducidad– lo que justifica la figura de la rehabilitación de la concesión, esto es, el acto administrativo que declara el mantenimiento de una concesión de dominio público que debiera haberse declarado caducada; se trata de una potestad discrecional de la Administración, bien que se encuentra sujeta a dos importantes límites: a) que se aprecie una razón de interés público en el mantenimiento de la concesión de superior entidad al perjuicio o desventaja que se sigue del incumplimiento por el concesionario de las obligaciones que asumió; y b) que no suponga infracción al principio de igualdad por haber concurrido terceros en la licitación de la concesión (dictámenes del Consejo de Estado de 22 de diciembre de 1955; 3 de mayo de 1956 y 14 de marzo de 1959).

Hechas las anteriores precisiones, no se suscita especial cuestión en cuanto a la abstracta admisibilidad de la caducidad en el supuesto a que se refiere el presente informe, por cuanto que, si bien la concesión otorgada a Unión Naval de Levante, S.A. lo fue cuando no regía el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM), quedando sometida a la Ley de Puertos

19 de enero de 1928, este último texto legal determinaba en su artículo 55 el contenido de las concesiones portuarias, refiriéndose en su nº 6 a “los casos en que procederá declarar la caducidad de la concesión, así como las consecuencias de la misma”.

Dicho lo anterior, procede pasar al examen de la primera de las posibles causas de caducidad.

I) Incumplimiento por el concesionario de la obligación de conservar las obras.

Esta primera causa de posible caducidad plantea, a la vista de los antecedentes remitidos, una cuestión fáctica y de carácter estrictamente técnico, cual es la relativa a la determinación de si las obras e instalaciones construidas por la sociedad concesionaria se mantenían en buen estado.

Así, en el “informe de recomendaciones de control interno e informe adicional” de la Intervención Regional de Valencia (páginas 5 y 6) se dice lo siguiente:

“Esta afirmación se contradice con la calificación del estado de conservación manifestado por la sociedad mercantil, ALIA TASACIONES, S.A. efectuada el día 9 de septiembre de 2018 sobre las obras e instalaciones construidas por UNV donde lo califica como “muy malo”, a la urbanización y rampas de los varaderos, y de “malo”, a las naves números 2, 3, 4, 5 y 6, a los almacenes números 4, 6, 7, 8 y 10, y al depósito; los muelles tienen la calificación de “regular” y sólo la puerta y cerramiento tiene una calificación de “bueno”.

Frente a ello, en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Valencia (páginas 4 y 5) se alude a un informe elaborado por la Cátedra Demetrio Ribes sobre el valor patrimonial de las naves de la Unión Naval de Valencia, S.A. en el que indica lo siguiente: “se puede afirmar que, a grandes rasgos, el estado de conservación del conjunto de Unión Naval de Levante es aceptable”,

añadiéndose, según la Autoridad Portuaria de Valencia, que “en relación con la conservación de las obras realizadas, se manifiesta que acreditar el incumplimiento de las obligaciones de conservación a efectos de iniciar una hipotética caducidad basada en esta cuestión no hubiera sido posible, ya que consultado el expediente no constan actos de reconocimiento o inspección realizados por la APV y que las condiciones de otorgamiento de los títulos, por su antigüedad, no habían impuesto compromisos de inversión o conservación que claramente pudieran supervisarse...”.

Según lo apuntado, y como fácilmente se advierte, se trata de una cuestión estrictamente técnica –determinación de las condiciones de conservación de las construcciones realizadas por la Unión Naval de Valencia S.A.—que, como tal, escapa a la competencia de este Centro Directivo. No obstante, se deben hacer las siguientes indicaciones:

– En primer lugar, no resulta admisible negar valor al informe de la sociedad “Alia Tasaciones, S.A. sobre la base de considerar que dicho informe no tenía por objeto determinar el cumplimiento de la obligación de conservación de las obras, sino “la estimación del valor y la vida útil del bien para el cálculo de la base imponible y la amortización anual del mismo. Tasa de ocupación”. En efecto, aunque el informe de la mencionada sociedad tuviera esta finalidad, resulta incontrovertible que para la valoración de las obras e instalaciones necesariamente ha de tenerse en cuenta su estado de conservación por tratarse de un factor o circunstancia de especial relevancia en la fijación del valor de aquéllas; a lo dicho debe añadirse que el informe de la Cátedra Demetrio Ribes se elaboró también para determinar el valor patrimonial de las naves de la sociedad concesionaria. Así, admitiendo que, por razón de su objeto, el informe de la aludida sociedad no constituyese una prueba cumplida, lo que no es posible es negar es su valor como indicio racional y suficiente del estado de conservación de las obras e instalaciones, máxime cuando es elaborado por una entidad especializada en tasaciones; todavía cabe añadir que, comparando el informe con el elaborado por la Cátedra Demetrio Ribes, y juzgando exclusivamente por la

transcripción literal que de éste se hace, resulta significativo que en este último se formule una manifestación bastante genérica (“...se puede afirmar que, a grandes rasgos...”), lo que contrasta con el grado de concreción del informe de tasación emitido la repetida sociedad.

– En segundo lugar, tampoco resulta admisible que se diga que no es posible acreditar el incumplimiento de la obligación de conservación de las instalaciones y construcciones al no constar actas de reconocimiento o inspección por parte de la Autoridad Portuaria de Valencia. La configuración, en los términos antes indicados, de la caducidad como la extinción de la relación concesional por sobrevenir una situación o estado de cosas contrario a la razón o fin de interés público que justificó su otorgamiento, esto es, la caducidad como mecanismo o instrumento de tutela del interés público inherente a la concesión demanial justifica sobradamente que la potestad de apreciar causa de caducidad y declararla no sea, como se ha dicho, una potestad meramente discrecional de la que la Administración pueda hacer o no uso libremente; se trata, por el contrario, de una potestad reglada que, como tal, no puede dejarse de ejercitar por la circunstancia de que la Administración concedente haya incumplido una obligación a su cargo, cual es la de inspeccionar el funcionamiento y cumplimiento de la concesión. Es más, la circunstancia de que no consten actas de reconocimiento o inspección no impide que, ante su falta, se realicen, para suplir esa carencia, las actuaciones necesarias para comprobar el cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario en cualquier momento, toda vez que la potestad de declarar la caducidad de una concesión demanial no está sujeta a prescripción precisamente por tutelar el dominio público y ser éste por definición imprescriptible (vid., por todas, en este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2000, Ar 9849).

– En tercer lugar, carece de todo fundamento alegar que título concesional no había impuesto, por razón de su antigüedad, compromisos de conservación que claramente pudieran supervisarse. En efecto, en la condición 9ª del título se dice:

“Las obras quedarán bajo la inspección y vigilancia de la Jefatura de Obras Públicas y de la Dirección de las Obras del Puerto, obligándose el concesionario a conservar las obras en buen estado y a ejecutar las obras que ordene la Jefatura para que las instalaciones reúnan las debidas condiciones sanitarias y de seguridad para el público”.

Sobre la base de esta condición, cuya claridad dispensa de toda consideración, la condición nº 15 dispone lo siguiente:

“La falta de incumplimiento por el concesionario de cualquiera de las condiciones anteriores será causa de caducidad de la concesión y, llegado el caso, se procederá con arreglo a lo determinado en las disposiciones vigentes sobre la materia”.

A la vista de las consideraciones precedentes, y por más que sea una cuestión estrictamente técnica la determinación del estado de conservación de las obras e instalaciones, la Autoridad Portuaria de Valencia no procedió regularmente, ya que debió realizar, a través de sus servicios competentes, las actuaciones necesarias para comprobar el cumplimiento por la sociedad concesionaria de una obligación que en toda concesión demanial tiene especial relevancia y cuyo quebrantamiento tiene por consecuencia la caducidad. Insistiendo en que la apreciación de causa de caducidad y su subsiguiente declaración es una actuación reglada y no discrecional y cuyo ejercicio resulta obligado, debería haberse comprobado este extremo, justificándose suficientemente el resultado de esta actuación. Así, de haberse apreciado que no concurría causa de caducidad, ninguna objeción hubiera cabido formular a la procedencia del rescate de la concesión (al presuponer éste la vigencia de la relación concesional); si, por el contrario, se hubiese apreciado causa de caducidad, lo procedente hubiera sido declararla, acordándose, en consecuencia, la extinción de la concesión y siendo, por tanto, improcedente su rescate, salvo que, conforme a lo indicado anteriormente, antes de declarar la caducidad, se hubiese incoado el oportuno expediente para determinar si, no obstante estar incurso la concesión en causa de caducidad, procedía su rehabilitación.

II) Realización de actividades no comprendidas en la concesión.

En el mencionado “Informe de recomendaciones de control interno e informe adicional” de la Intervención Regional de Valencia se alude a la consideración jurídica tercera del “Informe sobre posibilidad de declaración de caducidad de las concesiones titularidad de UNV”, elaborado por el Secretario General de la Autoridad Portuaria de Valencia y fechado el 15 de junio de 2018. Según la Intervención Regional en Valencia, en la consideración jurídica tercera de este último informe se concluye que el concesionario ha cumplido las obligaciones a), b) y c) del artículo 98 del TRLPEMM y que el resto de las causas de caducidad no le son aplicables. Entiende, sin embargo, la Intervención Regional que:

“...no entrando a considerar el apartado f) del citado artículo, que hace referencia al desarrollo de actividades que no figuren en el objeto del título, tal como queda acreditado en el Acta de Inspección de la propia APV de febrero de 2016 que indica, entre otros: “La actividad principal que se desarrolla actualmente en las instalaciones es la de depósito y manipulación de contenedores vacíos y llenos pertenecientes al grupo de empresas Boluda, y la manipulación de carga rodada sobre plataforma, así como la realización de servicios comerciales asociados a la logística del contenedor como revisión de contenedores vacíos, reparación, mantenimiento y pintado.

..... La otra actividad que se desarrolla en la concesión es la realización de operaciones de mantenimiento de los buques pertenecientes al Grupo Boluda. Además usa dicho espacio como depósito, con entrada y salida de camiones y parkings, entre otros”. Por tanto, no se realiza la actividad para la que se otorgó la concesión que es la de Astillero”.

A la vista del contenido del acta, concluye la Intervención Regional que “no se realiza la actividad para la que otorgó la concesión que es la de Astillero”.

Consta en los antecedentes remitidos copia del título concesional otorgado por Orden Ministerial comunicada el 15 abril de 1940, en el que, si bien no se contiene una expresa condición que declare el objeto de la concesión, se deduce que lo fue para astillero. Así, en el encabezamiento del título se alude a la petición

de la Unión Naval de Levante S.A., para ocupar diversas parcelas con la finalidad de ampliar sus instalaciones y agrupar los distintos servicios de sus astilleros; en la condición 1ª del título se dice que “se autoriza a la Unión Naval de Levante, S.A. para agrupar terrenos en el puerto de Valencia para la ampliación de los Astilleros”, y, finalmente, en la condición 5ª se indican las concesiones anteriores que quedan sustituidas por la que se otorga, entre las que se recogen las dos siguientes “Astilleros concedidos en 18 de diciembre de 1916 o D. Ricardo Gómez Cano” y “Ampliación de Astilleros. Concesión otorgada a Unión Naval de Levante, S.A. en 30 de noviembre de 1931 para la construcción de las gradas 4ª y 5ª...”.

Es, pues, claro que la concesión se otorgó para astillero, por lo que, en principio, y a la vista del acta de febrero de 2016 que transcribe el informe de la Intervención Regional, no se cumple el destino u objeto de la concesión, desde el momento en que se indica que la actividad principal que se desarrolla es la de depósito y manipulación de contenedores, manipulación de carga rodada y realización de servicios comerciales asociados a la logística del contenedor, esto es, actividades que no guardan relación con la que es propia de un astillero.

En el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Valencia (página 6) se alude a la “amplitud del objeto concesional que consistía en ‘explotación de un astillero para la construcción y reparación de buques de más de 100 metros de eslora y actividades complementarias”, si bien no consta en los antecedentes remitidos esta especificación o concreción del objeto y que puede deberse a una posterior modificación del título concesional, ya que en el otorgado el 15 de abril de 1940 no consta esa indicación. Finalmente, obra en los antecedentes una “consulta sobre la actividad desarrollada en la concesión de Unión Naval de Valencia”, efectuada a la Unidad Organizativa de Dominio Público, en la que se indica, en relación con los atraques desde 2016 hasta la actualidad, “que durante 2017 y los meses transcurridos de 2018 han atracado en el muelle de UNL (Muelle de Armamento) 25 buques con una estancia media de 25 días”.

Pues bien, ponderando su conjunto los anteriores datos, y a reserva de otros que los puedan modificar, no consta debidamente acreditado que la actividad para la que se otorgó la concesión se haya venido realizando. Es indudable que la concesión se otorgó para astillero, siendo así que, como se ha dicho, las actividades que se indican en el acta de inspección de la propia Autoridad Portuaria de Valencia de febrero de 2016 –depósito y manipulación de contenedores vacíos y llenos, servicios comerciales asociados a la logística y revisión de contenedores– no guardan relación alguna con la actividad de astillero, debiendo tenerse en cuenta, además, que estas actividades no se realizan con carácter secundario, sino que, como se dice en el acta de inspección, constituyen la actividad principal. Admitiendo, como se dice en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en Valencia que, junto con la actividad de astillero, la concesión tenía por objeto “actividades complementarias”, lo que no cabe es invertir el objeto de la concesión, quedando así desplazada la actividad principal –astillero, en la que se pueden entender incluidas las operaciones de mantenimiento de buques– por actividades complementarias que, por su propia significación, son secundarias o subordinadas, especialmente si se tiene en cuenta que las referidas actividades de depósito y manipulación de contenedores, servicios comerciales asociados a la logística de éstos y reparación y pintado de los propios contenedores no pueden conceptuarse, en puridad, como una actividad complementaria de un astillero. Finalmente, lo indicado por la Unidad Organizativa de Dominio Público en la contestación a la consulta que se le dirigió únicamente permite acreditar que sí ha habido actividad durante los años 2017 y 2018 (desvirtuando así la alegación de un miembro del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia de que la concesión carecía de actividad desde el año 2012), pero no, al menos con la necesaria certeza, qué clase de actividades se realizaban en aquel periodo.

En suma, tampoco la Autoridad Portuaria de Valencia procedió irregularmente, ya que debió realizar, a través de sus servicios competentes las actuaciones necesarias para comprobar que la actividad que venía realizándose en la concesión se correspondía con el objeto de ésta según el título concesional.

- IV -

Pago de la indemnización de rescate a una entidad distinta de la titular de la concesión y falta de coincidencia entre el objeto de la concesión extinguida por rescate y el objeto de la concesión atribuida en pago de dicha indemnización.

Con carácter previo, debe indicarse que las consideraciones que se recogen en este fundamento jurídico se exponen para la hipótesis de que la concesión no hubiera estado incurso en causa de caducidad, siendo por ello posible su rescate.

A) Pago de la indemnización de rescate a una entidad distinta de la que fue titular de la concesión extinguida por esta causa.

Configurado el rescate como causa de extinción de las concesiones tanto en la regulación general de las concesiones de dominio público –artículo 100.d) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de la Administraciones Públicas (LPAP)– como en la regulación sectorial correspondiente –artículo 96.h) del TRLPEMM para las concesiones de dominio público portuario; artículo 78.1.i) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas para las concesiones de dominio público marítimo-terrestre–, así como en la regulación de las concesiones contractuales –artículos 279.c) y 294.c) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público para las concesiones de obras y para las concesiones de servicios, respectivamente–, su naturaleza jurídica no es otra que la de una actuación materialmente expropiatoria que queda subsumida perfectamente en el artículo 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 –LEF– (“Es objeto de la presente Ley la expropiación forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el artículo 32 del Fuero de los Españoles , en la que se entenderá comprendida cualquier forma de

privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio...”); así lo indica, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 2001 (Ar. 4988, del repertorio del año 2002).

Esta misma configuración del rescate de la concesión de dominio público portuario como operación materialmente expropiatoria resulta claramente de la regulación que de ella se hace en el artículo 99 del TRLPEMM, por cuanto que en este precepto se recogen las notas esenciales y definidoras de la expropiación forzosa: 1) extinción del derecho (derecho concesional de inequívoca configuración patrimonial); 2) supeditación del rescate-expropiación a la concurrencia de una razón de interés general y a la previa declaración de necesidad de ocupación de los bienes y derechos a que aquél afecte (lo que se detalla en los apartados 1 y 2 del artículo 99); y 3) indemnización al titular de la concesión y cuyo régimen se detalla en los apartados 4, 5, 6 y 7 del precepto legal.

Siendo, pues, el rescate de la concesión de dominio público portuario una operación materialmente expropiatoria (bien que se instrumente a través del procedimiento específico que establece el artículo 99 del TRLPEMM y no a través del cauce procedimental general que establece la LEF), el pago de la indemnización (justiprecio expropiatorio), independientemente de la modalidad que adopte –pago en dinero, pago en especie consistente en el otorgamiento de otra concesión, lo que expresamente admite el apartado 7 del artículo 99 del TRLPEMM– no puede hacerse sino al concesionario.

En efecto, ya se conciba la indemnización expropiatoria como una carga, en el sentido técnico-jurídico del término (realización de una conducta o adopción de un comportamiento para obtener un resultado ventajoso, sin que de la falta de realización de esa conducta se siga la imposición de una sanción, sino

exclusivamente la imposibilidad de obtener el resultado beneficioso) que ha de cumplir el beneficiario de la expropiación para consumarla, ya se entienda que la indemnización expropiatoria constituye un derecho de crédito de reparación que posibilita la legitimación del perjuicio patrimonial que se irroga al expropiado, es evidente que su percepción corresponde exclusivamente al expropiado por su condición de ser titular del derecho objeto de la potestad ablatoria y, por tanto, al único que ha de compensarse.

Partiendo de la anterior premisa, ha de reputarse irregular que el pago de la indemnización se hiciese –independientemente de la modalidad aplicada (indemnización pecuniaria, indemnización en especie mediante el otorgamiento de otra concesión)– a una entidad distinta de la Unión Naval de Valencia, S.A. como fue el pago hecho a la sociedad Boluda Corporación Marítima, S.L.

No desvirtúa en modo alguno este criterio la circunstancia de que la primera sociedad estuviese participada (indirectamente) al 100% de su capital social por la segunda, y ello en razón de que, como fácilmente se comprende, la sociedad mercantil tiene personalidad jurídica propia (cfr. artículo 33 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio –en adelante, TRLSC–), constituyendo, por tanto, un centro propio y autónomo de imputación de derechos y obligaciones. Esta conclusión no queda alterada por la circunstancia de que se esté en presencia de un grupo de sociedades, pues, con arreglo al artículo 42 del Código de Comercio (al que se remite el artículo 18 del TRLSC), la funcionalidad del grupo de sociedades consiste en la obligación de la sociedad dominante de formular las cuentas anuales y el informe de gestión de forma consolidada, lo que, que en modo alguno afecta a la titularidad de derechos y obligaciones de las sociedades integrantes del grupo que la siguen ostentando individualmente, sin que se atribuya a la sociedad dominante.

Sentada la anterior conclusión –irregularidad del abono o pago de la indemnización derivada del rescate de la concesión a Boluda Corporación

Marítima S.L.–, debe analizarse todavía la posibilidad de que, aun debiendo reconocerse la indemnización o compensación expropiatoria al titular de la concesión objeto de rescate –Unión Naval de Levante, S.A.–, se admita la satisfacción de aquélla a otra entidad (Boluda Corporación Marítima, S.L.).

El derecho a la indemnización o compensación expropiatoria no es un derecho personalísimo, sino un derecho de contenido patrimonial que se traduce en un derecho de crédito. De esta forma, y puesto que el abono de la indemnización expropiatoria se resuelve en una obligación (derecho de crédito), le resulta aplicable la regla de su transmisibilidad por su titular activo (acreedor-concesionario) que sanciona el artículo 1112 del Código Civil (“Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las Leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”).

Pues bien, tratándose de una compensación o indemnización pecuniaria, no hay ningún obstáculo para que el concesionario, titular de la concesión objeto de rescate y, por tanto, titular del derecho de crédito en que se traduce la indemnización, ceda o transmita este derecho a un tercero. Así se reconoció en un informe de este Centro Directivo de 11 de mayo de 2000 (ref. A.G. Fomento 1/2000) a propósito del abono del justiprecio en la expropiación regulada en el LEF, instrumentándose la cesión de ese derecho de crédito con arreglo a los artículos 1526 y siguientes del Código Civil.

Si la cesión o transmisión, por parte del concesionario titular de la concesión objeto de rescate, a un tercero de su derecho al abono de la indemnización o compensación devengada por el rescate no suscita especial cuestión cuando se trata de indemnización pecuniaria, debe analizarse el supuesto de que esa compensación se satisfaga en especie, esto es, mediante el otorgamiento de otra concesión, como así permite el artículo 99.7 del TRLPEMM (excepcionando de esta forma la regla del artículo 48 de la LEF).

Pues bien, puesto que en la hipótesis que ahora se considera –que es la acontecida– lo que se transmite es un derecho concesional que al mismo tiempo constituye un derecho de crédito de reparación (pues la Autoridad Portuaria queda constituida en la obligación de satisfacer la indemnización debida por la expropiación –rescate de la concesión), resulta aplicable la regla general del artículo 1112 del Código Civil –transmisibilidad de los derechos de crédito–, si bien entra en juego necesariamente la prevención que establece el propio precepto legal de que son transmisibles “con sujeción a las Leyes”, y ello en razón de que el derecho concesional queda sujeto en su otorgamiento, modificación, transmisión y extinción a las reglas especiales establecidas en el TRLPEMM..

En efecto, aunque la concesión demanial, en general, y la portuaria, en especial, sean por razón de su contenido derechos patrimoniales, no por ello desaparece el interés público o general ínsito en la propia concesión y que en todo caso la Administración concedente ha de tutelar. Es por ello por lo que a la Administración no le es indiferente la persona del titular de la concesión ni, por tanto, la transmisión del derecho concesional; antes bien, y por el contrario, es regla general del Derecho español la necesaria y previa autorización de la Administración para la transmisión de la concesión (cfr. artículo 98.1 de la LPAP como norma general común para todas las concesiones), lo que se reitera, como no podía ser de otra forma, por el TRLPEMM que dedica su artículo 92 a la regulación de los actos de transmisión y gravamen de las concesiones, hasta el extremo de sancionar con la caducidad del título concesional la transmisión del derecho sin autorización de la Autoridad Portuaria –artículo 98.1.h)–.

Así las cosas, en el caso de que el pago de la indemnización por razón del rescate se convenga en especie, esto es, mediante el otorgamiento de una nueva concesión, el reconocimiento de la titularidad de esta última en favor de un tercero (que no fue titular de la concesión objeto de rescate) ha de combinar necesariamente, como condición de su legalidad:

1) El otorgamiento de la concesión al titular de la rescatada, y ello, reiterando lo dicho, en razón de las consideraciones antes expuestas sobre el pago de la indemnización expropiatoria al titular del bien o derecho rescatado–expropiado.

2) Reconocido el derecho a la nueva concesión al titular de la extinguida por virtud del rescate, el cumplimiento de los requisitos y formalidades que establece el artículo 92 del TRLPEMM para la transmisión de la concesión, lo que se traduce en la incoación del oportuno procedimiento administrativo que debería ser resuelto por la Autoridad Portuaria. Conviene precisar en este punto que, por más que la Autoridad Portuaria y el titular de la concesión objeto de rescate puedan convenir el valor de éste (artículo 99.4 del TRLPEMM) y por más que el abono de la indemnización del rescate mediante el otorgamiento de otra concesión precise del consentimiento del concesionario (artículo 99.7), ello no permite entender que, mediando el consentimiento de ambas partes, pueda inaplicarse el régimen que para la transmisión de las concesiones (transmisión de la nueva concesión en que se materializa la indemnización adeuada por el rescate) establece el artículo 92 del propio TRLPEMM ni en su aspecto sustantivo o material ni en su aspecto adjetivo o procedimental, al tratarse no de un régimen de *ius dispositivum*, sino de un régimen de *ius cogens*, cuya razón de ser, según lo indicado antes, es la tutela del interés público inherente a la relación concesional.

En suma, y no constando en los antecedentes remitidos que se haya procedido en la forma indicada –atribución, en pago de la indemnización derivada del rescate, de la nueva concesión a la sociedad titular de la concesión extinguida por esa causa (Unión Naval de Levante, S.A.) y, tras ello, incoación del oportuno procedimiento, al amparo del artículo 92 del texto legal de continua referencia, para resolver sobre la transmisión de la nueva concesión a la sociedad Boluda Corporación Marítima, S.L.–, ha de concluirse en la irregularidad de la decisión adoptada por el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia.

B) Otorgamiento de una nueva concesión de objeto distinto.

Puesto que el otorgamiento de una nueva concesión como indemnización por la extinción de la recatada tiene un objeto distinto de esta última, debe examinarse la legalidad de ello.

No resuelve, al menos expresamente, el TRLPEMM la cuestión de la posibilidad de que la concesión que se otorgue como pago del valor del rescate tenga objeto distinto de la concesión extinguida por esta causa, pues el artículo 99.7 se limita a admitir que el pago del valor del rescate se efectúe mediante el otorgamiento de otra concesión sin precisar más.

Desde una perspectiva estrictamente cuantitativa, no se suscita especial cuestión. En efecto, si la indemnización expropiatoria (carácter que indudablemente tiene, reiterando lo dicho, el abono del valor del rescate) es, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1980 –Ar. 4198– y 24 de octubre de 1979 –Ar. 3921–), el “valor de sustitución” o “aquel que sea suficiente para adquirir otro bien análogo al que pierde el titular del bien expropiado”, no ha de apreciarse, desde esta perspectiva estrictamente cuantitativa, ningún impedimento para que la nueva concesión con la que se abone la indemnización del rescate tenga un objeto distinto de la extinguida siempre que el valor de esta última sea equivalente al valor de la nueva con objeto distinto, lo que plantea, todo lo más, una cuestión estrictamente técnica y no jurídica.

Mayor dificultad presenta la cuestión de que se trata desde la perspectiva cualitativa y que reviste especial importancia.

La interpretación del artículo 99.7 del TRLPEMM en el extremo de que ahora se trata no puede hacerse considerando aisladamente este precepto, si no que ha de hacerse teniendo en cuenta las previsiones del propio texto legal sobre el régimen de ocupación del dominio público portuario. Pues bien, en esta línea

de pensamiento no puede desconocerse la importancia que el texto legal atribuye al objeto del título habilitante de la ocupación del dominio público portuario, sea autorización o concesión. Así, y en relación con la autorización demanial, el artículo 77.1 exige que en la solicitud se describa la actividad a desarrollar para que la Autoridad Portuaria pueda resolver; el artículo 80.a) exige como contenido necesario de la autorización la indicación del objeto de la autorización. En relación con las concesiones, el artículo 81.4 exige que en el título concesional se indiquen las condiciones relativas a la actividad; el artículo 82 fija como criterio determinante de la duración la vinculación del objeto de la concesión a la actividad portuaria; el artículo 84 c) y d) exige como requisitos de la solicitud la descripción de la actividad y la memoria económico-financiera de la actividad que pretenda desarrollarse; el artículo 87.1.a) establece como primera condición de la concesión la indicación de su objeto; el artículo 88 califica como modificación sustancial la atinente al objeto de la concesión; y, finalmente, el artículo 98.1.f) establece como causa de caducidad (extinción) de la concesión la realización de actividades que no figuren en el objeto.

Los preceptos de que se ha hecho mención ponen de manifiesto la importancia que tiene el objeto en el título habilitante de la ocupación del dominio público portuario; si esta importancia queda patente en la autorización demanial, cobra más intensidad cuando se trata de la concesión demanial precisamente por la mayor entidad de este último título.

Así las cosas, y puesto que en el abono en especie de la indemnización por rescate se sustituye la concesión extinguida por otra, parece razonable entender que no sólo debe tenerse en cuenta el aspecto cuantitativo (equivalencia de valor de la concesión objeto de rescate y de la concesión que la sustituye –recuérdese el concepto de indemnización expropiatoria como valor de sustitución–), sino también el aspecto o faceta cualitativo, pues, de no entenderse así, se estaría negando la importancia, verdaderamente decisiva, que tiene el objeto de concesión. Si en una relación concesional vigente el cambio de objeto es calificado como modificación sustancial y se exige para ello seguir el

procedimiento más complejo que establece el artículo 85 del TRLPEMM, no tendría mucho sentido que, con ocasión de la extinción de la concesión en virtud de rescate, se pudiera otorgar como indemnización una concesión de objeto distinto, si se tiene en cuenta que la nueva concesión está en línea de continuación de la extinguida, puesto que por definición la sustituye. En efecto, por más que el pago de la indemnización en especie se entienda como otorgamiento de una nueva concesión, aserto que no puede negarse, lo que no cabe es admitir la completa desvinculación entre la concesión extinguida por rescate y la que se otorga en concepto de indemnización, pues esta nueva concesión encuentra su causa en aquélla. Si el otorgamiento de la nueva concesión es el pago de la indemnización expropiatoria y si ésta tiene por fin, al otorgarse en especie, restablecer al concesionario en el derecho que ostentaba, lo coherente es entender que aquélla ha de tener el mismo (o equivalente) objeto que la extinguida por rescate, pues el derecho del concesionario no es un derecho abstracto (derecho a la genérica utilización del demanio portuario), sino un derecho a una concreta autorización del dominio público portuario, esto es, un derecho definido por su objeto (se reitera nuevamente la importancia que tiene el objeto, como elemento definidor de la concesión, a la vista de los preceptos del TRLPEMM de que se ha hecho referencia).

No quiere decirse con lo anterior que no sea posible otorgar (como indemnización del rescate) una concesión de objeto distinto, sino que no podrá otorgarse de manera automática por un simple acuerdo entre el concesionario y la Autoridad Portuaria. Distintamente, y puesto que la modificación del objeto de la concesión se califica como modificación sustancial, deberán seguirse los trámites previstos para este tipo de modificaciones en el artículo 85 del TRLPEMM (por remisión a este precepto del artículo 88.1), ponderándose la solvencia técnica, económica y profesional del titular de la concesión extinguida para la realización de las actividades que implique la concesión de nuevo objeto, así como su conformidad o adecuación al interés portuario; sólo de esta forma podrá considerarse regular el otorgamiento de una concesión de distinto objeto como

pago (en especie) de la indemnización debida por razón del rescate –expropiación de la concesión–.

Es por ello por lo que, independientemente de la irregularidad de haber otorgado la concesión a una entidad distinta de la titular de la concesión objeto de rescate, de no haberse procedido en la forma indicada, habría que apreciar otra irregularidad.

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

CONCLUSIONES

Primera.- Sin perjuicio de su incorrección, la asistencia del vocal representante de la Asociación Valenciana de Empresarios al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia celebrado el 22 de junio de 2018, existiendo conflicto de intereses, no tiene por sí misma transcendencia invalidante.

Segunda.- La Autoridad Portuaria de Valencia no procedió regularmente, ya que debió realizar, a través de sus servicios competentes, las actuaciones necesarias para comprobar el cumplimiento por la sociedad Unión Naval de Valencia, S.A. de su obligación de conservar las obras e instalaciones en buen estado, así como para comprobar que la actividad que venía realizándose en la concesión se correspondía con el objeto de ésta según el título concesional

Tercera.- El acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia por el que se dispuso el pago de la indemnización adeudada por el rescate a una entidad distinta de la que fue titular de la concesión extinguida por esa causa sin seguir la tramitación indicada en el fundamento jurídico IV, apartado A), del presente informe no es conforme a Derecho.



Cuarta.- El acuerdo del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Valencia por el que se dispuso el otorgamiento, en sustitución de la concesión concedida por rescate y como pago de la indemnización derivada de éste, de una concesión de objeto distinto de la distinguida por dicha causa sin seguir la tramitación indicada en fundamento jurídico IV, apartado B), del presente informe no es conforme a Derecho.

LA ABOGADA GENERAL DEL ESTADO

SRA. ABOGADA DEL ESTADO COORDINADORA DEL CONVENIO DE ASISTENCIA JURÍDICA CON LA AUTORIDAD PORTUARIA DE VALENCIA
ABOGACÍA DEL ESTADO EN VALENCIA