



Roj: STS 3352/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3352  
Id Cendoj: 28079130072016100241  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 7  
Nº de Recurso: 1407/2015  
Nº de Resolución: 1605/2016  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: JOSE DIAZ DELGADO  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 30 de junio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1407/2015, interpuesto por CENTRO DE OCIO MARÍN MORRAZO., representada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillen, interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 19 de febrero de 2015, que desestima el recurso contencioso-administrativo número 4043/2012, interpuesto contra el Acuerdo de 24 de noviembre de 2011, del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra, por el que se declaró la caducidad de la concesión otorgada a la entidad CENTRO DE OCIO MARÍN-MORRAZO S.L. el 31 de mayo de 2007 con destino a la construcción y explotación de un centro de ocio, área de esparcimiento y aparcamiento subterráneo, siendo parte recurrida la Administración del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia recurrida en su parte dispositiva dispone lo siguiente:

*"Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> María de los Ángeles Fernández Rodríguez en nombre y representación de la entidad mercantil CENTRO DE OCIO MARÍN-MORRAZO, S.L. contra el Acuerdo de 24 de noviembre de 2011, del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra, por el que se declaró la caducidad de la concesión otorgada a dicha entidad. Se imponen a la entidad actora, con el límite indicado, las costas del recurso".*

**SEGUNDO.-** La recurrente presentó escrito de formalización del presente recurso de casación, en el que tras alegar los motivos que tuvo por pertinente y a que nos referiremos en los fundamentos jurídicos, termino suplicando se casara la sentencia recurrida, y se dictara otra de conformidad con las pretensiones de la demanda.

**TERCERO .-** Se presentó escrito de oposición al presente recurso de casación por el Abogado del Estado, en el que solicitó la inadmisión o desestimación del recurso con expresa imposición de las costas procesales a la recurrente.

**CUARTO.-** Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 15 de junio de 2016, en que tuvo lugar, habiéndose observado en la tramitación las disposiciones legales

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En el fundamento jurídico primero la sentencia recurrida recoge la premisa fáctica del recurso contencioso-administrativo en los siguientes términos:

*"1º. El 31 de mayo de 2007, el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra adoptó el Acuerdo de otorgamiento de una concesión para la construcción y explotación de un centro de ocio, área de esparcimiento y aparcamiento subterráneo a dos empresas (Promociones Inmobiliarias O Cuarteirón SLU y SA de Obras y Servicios-COPASA), que constituyeron la sociedad encargada de construir y explotar el complejo, que es la entidad mercantil recurrente.*

2º. En cumplimiento de una de las obligaciones del concesionario, éste elaboró un Estudio de Detalle de ordenación del ámbito de la actuación, que fue presentado a la Autoridad Portuaria y a los órganos urbanísticos correspondientes. Asimismo, se presentaron el Proyecto de Ejecución del Centro Comercial, el Estudio Geotécnico y el estudio de Seguridad y Salud.

3º. El 30 de junio de 2008, la concesionaria presenta ante la Autoridad Portuaria solicitud de división de la concesión, que fue denegada. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante esta Sala (PO 4785/2008), fue resuelto por Sentencia desestimatoria del recurso de 28 de julio de 2011 .

4º. El 9 de julio de 2010 la Autoridad Portuaria acuerda iniciar el procedimiento de extinción de la concesión por caducidad, declarándose caducado por el transcurso del plazo máximo de seis meses previsto en la normativa vigente.

5º. El 4 de abril de 2011, se inicia nuevamente procedimiento de extinción por caducidad de la concesión, que finaliza con el Acuerdo de la Autoridad Portuaria ahora impugnado".

**SEGUNDO.-** La recurrente alega como primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , infracción de los artículos 123.2 de la ley 48/2003, de 26 de noviembre ; 98.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante , 42.2 y **42.5** de la ley 30/1992 y 19 de la Ley del Consejo de Estado y 128 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado , así como de la jurisprudencia.

La recurrente al contrario de lo que sostiene la sentencia, entiende que el procedimiento para declarar la caducidad de la concesión había caducado basándose en que el artículo 45.5 c de la LRJPAC dispone que el plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses, y a juicio de la recurrente este plazo máximo, lo convierte la sentencia en mínimo, prescindiendo de lo que digan los procedimientos específicos según dispone el artículo 42, apartados 2 y 3 de la ley 30/1992 , siendo así que el artículo 128.1 del Reglamento Orgánico aprobado por Real Decreto 1674/1980 de 18 de julio dispone que el plazo máximo para emitir el dictamen el Consejo de Estado es de dos meses.

Sin embargo la recurrente confunde el procedimiento específico previsto para la resolución y notificación del recurso administrativo, con el plazo que tiene el Consejo de Estado para emitir su informe, sin que conste en norma alguna que el informe emitido tras el plazo de dos meses tenga efecto invalidante del mismo, sin perjuicio de que transcurrido el plazo de tres meses desde que se solicitó o el fijado en su caso por el procedimiento administrativo específico, se levante la suspensión del procedimiento principal, acordada para solicitar tal informe. En consecuencia el motivo ha de ser desestimado.

**TERCERO.-** El segundo motivo de casación articulado al amparo de lo dispuesto en el número 1, letra d) del artículo 88 de la LJCA entiende que la sentencia recurrida vulnera el artículo 29.4 de la ley 30/1992 LRJPAC, por cuanto un incidente de recusación se resolvió por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, el Presidente de la APMRP cuando debió hacerlo el Consejo de Administración. Sin embargo como pone de relieve la sentencia fue el Consejo de Administración el que puso fin al procedimiento, por lo que de haber existido algún defecto sería de anulabilidad y estaría subsanado por dicha resolución. El recurrente ante los argumentos de la sentencia entiende que la misma hace una interpretación formalista, pero no concreta como es necesario el error jurídico en que pudo haber incurrido la sentencia recurrida, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

**CUARTO.-** Al amparo del mismo precepto de la LJCA el recurrente alega la vulneración por la sentencia de las reglas de valoración de la prueba, con infracción de los artículos 317 , 319 y 1320 de la LEC .

En el fundamento jurídico cuarto la sentencia recurrida sostiene que:

"(...) ha quedado acreditado en el expediente y en los autos que se han incumplido por parte de la concesionaria diversas obligaciones establecidas en el clausulado concesional y consideradas a la luz de la normativa vigente, causas de caducidad de la concesión.

1º. De acuerdo con la cláusula 6.4 del Pliego, el concesionario debía dar comienzo a las obras en el plazo máximo de cuatro meses contados desde el día siguiente a aquel en el que tuviese lugar la aprobación por la Autoridad Portuaria del Proyecto Constructivo. En la cláusula 6.5 del mismo Pliego se señalaba que, una vez aprobado el Proyecto Constructivo, el concesionario estaba obligado a solicitar por escrito de la Autoridad Portuaria y con antelación suficiente para que las obras pudieran comenzarse dentro del plazo, el replanteo de las mismas. En la cláusula 6.6 se dispone que transcurrido el plazo señalado para el comienzo de las obras, si éstas no se hubieran iniciado por causas no justificadas a juicio de la Autoridad Portuaria, ésta declarará la caducidad de la concesión. Pues bien, ni se solicitó el referido replanteo de las obras ni éstas comenzaron.

La solicitud de replanteo no consta en los autos. No puede darse tal contenido y efectos al escrito presentado por la concesionaria el 13 de noviembre de 2009 ante la Autoridad Portuaria, al que, por cierto, la Autoridad Portuaria dio respuesta el 25 de noviembre de 2009, recordando la obligación de la concesionaria de solicitar por escrito el replanteo. Y, si no corresponde a esta Sala valorar la intencionalidad tras los escritos de la demandante, no podemos pasar por alto el dato objetivo de que, en el momento en que la concesionaria se dirige en los términos antes señalados a la Autoridad Portuaria, ya había retirado su solicitud de licencia municipal (1 de agosto de 2008), cuestión ésta a la que más adelante nos referiremos.

El inicio de las obras no se produjo en el plazo establecido. Es más, simplemente no se produjo. La demandante ha sostenido a lo largo de sus diversos escritos que no es responsable de este incumplimiento, alegando, principalmente, que los terrenos objeto de la concesión no fueron puestos a su disposición por la Autoridad Portuaria. Y concreta esta cuestión aludiendo a la constante ocupación de los terrenos con instalaciones feriales diversas y la existencia en el espacio concesional de dos naves o edificaciones.

Las ocupaciones del terreno objeto de la concesión a que alude la demandante como causa de su imposibilidad de cumplir con las obligaciones derivadas del Pliego no se consideran justificación enervante de las consecuencias del incumplimiento. Y no solo por su carácter esporádico, la naturaleza desmontable de las instalaciones y lo limitado en el espacio y en el tiempo de dichas ocupaciones (acreditado en los autos por el Abogado del Estado con la presentación de documentación suficientemente expresiva de estos extremos), sino, y principalmente, porque no consta en los autos que el concesionario se haya dirigido siquiera en alguna ocasión a la Autoridad Portuaria exigiendo su retirada o prohibición, manifestando su disconformidad, o simplemente declarando que alguna de sus actuaciones se vio impedida, frustrada o dificultada por las mismas.

Respecto a las construcciones preexistentes en el espacio concesional a que alude la demandante para tratar de eludir las consecuencias de su incumplimiento, se ha acreditado en los autos no solo su escasa entidad, sino que fueron demolidas por el anterior concesionario en diciembre de 2007, esto es, dentro del mes siguiente a haber presentado la concesionaria su Proyecto Técnico Constructivo (23 de noviembre de 2007); de ahí que no puedan oponerse para justificar lo que constituyó un inequívoco incumplimiento del concesionario que se extendió durante años.

En fin, se invoca por la demandante una última circunstancia que le habría llevado a no iniciar las obras: la imposibilidad jurídica de ocupar el dominio público y ejecutar unas obras claramente ilegales. Por emplear las palabras utilizadas en su escrito de conclusiones, "a la fecha en que se otorga la concesión no existía ni planeamiento portuario (PUEP) ni planificación urbanística (PEOZS) que amparara la utilización y ocupación del dominio público portuario para ejecutar y explotar unas obras en la parcela S.3.1 de la zona 1 del puerto de Marín, destinados a usos no portuarios".

Con este argumento, la demandante pretende obtener de esta Sala una declaración "exculpatoria" del incumplimiento, basada en una pretendida nulidad de la Resolución de caducidad de la concesión sobre la base de que aquella concesión es nula de pleno derecho. Sin embargo, esta operación no es jurídicamente admisible, por cuanto, ni el acto de otorgamiento concesional constituye el objeto de este pleito, ni puede declararse la nulidad de una resolución por ser nula la concesión de la que trae causa sin que previamente se haya declarado ésta.

Desde luego, el mecanismo propuesto por el representante del demandante no deja de ser imaginativo, pero no puede considerarse. Si la demandante consideraba que la concesión adolecía de vicios de nulidad, debería haber instado su declaración de nulidad, porque el ordenamiento jurídico ofrece cauces para ello que no han sido utilizados. Y sin que pueda pretenderse, como si de un recurso indirecto contra la concesión se tratase, que se declare nulo el Acuerdo de caducidad por ser nula la concesión de que trae causa.

2º. La cláusula 12 del Pliego de Cláusulas de Explotación recoge como causa de caducidad el impago de las tasas durante un plazo superior a un año (letra a), así como la no reposición o complemento de la fianza de explotación, previo requerimiento de la Autoridad Portuaria (letra g).

El demandante niega también en este caso el incumplimiento.

Respecto al impago de las tasas, declara que ha existido un pago (coactivo, pero pago) de las cantidades adeudadas al haberse ejecutado el aval otorgado a su representada como garantía de la concesión, por una cantidad de 53.963 euros, con lo que ya no existe deuda alguna. Y con ello pretende que resulte aplicable al caso de autos lo establecido en el art. 123.1.b) de la Ley 48/2003 ( art. 98.1.b) del Real Decreto Legislativo

2/2010), que permite acordar el archivo del expediente de caducidad si antes de dictarse resolución se produce el abono de lo adeudado.

*Debemos manifestar nuestra coincidencia con las consideraciones realizadas al respecto por el Abogado del Estado, que se opone a la aplicación al caso de autos de la regla contenida en el precepto citado. Sin entrar ya a considerar que no se trata de una regla imperativa sino de una facultad ("se podrá acordar su archivo ...", dice la norma), es obvio que el supuesto de hecho previsto en dicha norma no es el litigioso, porque exige una voluntariedad que en ningún caso existe si se utiliza -como ha sucedido- un procedimiento de ejecución forzosa con incautación de garantías para la percepción de las tasas impagadas.*

*Por último, y respecto a la no reposición de las garantías constituidas tras su ejecución parcial por la Autoridad Portuaria (causa de caducidad ex. art. 98.1.j) del Real Decreto Legislativo 2/2001), el incumplimiento está acreditado y la norma no admite graduación, sin que pueda alegarse por la concesionaria falta de proporcionalidad porque la medida no se impone por razón de la cantidad no repuesta sino por el hecho simple de no proceder a reponer".*

Como es conocido la jurisprudencia sostiene que solo excepcionalmente en casos de arbitrariedad o valoración ilógica de la prueba puede en casación alterarse la valoración que se ha hecho en instancia de la misma, y aquí vemos que la sentencia razona suficientemente su resolución, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

**QUINTO.-** El cuarto motivo ha de ser igualmente desestimado pues sostiene la recurrente, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1, letra d) del artículo 88 de la LJCA que la sentencia recurrida vulnera los artículos 19.2 y 3 de la ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en relación con el 62.1.c) de la LRJAPAC y 94.1 de la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios en Puertos de interés general, y el 72.1 párrafo 3º del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, así como la jurisprudencia.

Considera la recurrente que la concesión otorgada al mismo era ilegal al no contemplar el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios la compatibilidad de la actividad a realizar. Es decir la recurrente alega la ilegalidad de la concesión por ella solicitada para combatir la caducidad de la concesión. Es evidente que la legalidad o no de la obra no obsta a la caducidad de la concesión administrativa, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

**SEXTO.-** En consecuencia procede no dar lugar al presente recurso de casación con imposición de las costas procesales a la recurrente hasta la cuantía máxima de 6000 euros siguiendo la práctica habitual en este tipo de procedimientos.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido: No ha lugar al recurso de casación número 1407/2015, interpuesto por CENTRO DE OCIO MARÍN MORRAZO, representada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 19 de febrero de 2015, que desestima el recurso contencioso-administrativo número 4043/2012, interpuesto contra el Acuerdo de 24 de noviembre de 2011, del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Marín y Ría de Pontevedra, por el que se declaró la caducidad de la concesión otorgada a la entidad CENTRO DE OCIO MARÍN-MORRAZO S.L. el 31 de mayo de 2007 con destino a la construcción y explotación de un centro de ocio, área de esparcimiento y aparcamiento subterráneo. Con expresa imposición de las costas procesales del recurso contencioso-administrativo a la Administración demandada hasta la suma máxima de 6000 euros.

Notifíquese esta resolución a las partes debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jorge Rodríguez-Zapata Perez D. Jose Manuel Sieira Miguez D. Nicolas Maurandi Guillen D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico