



**T . S . J . ILLES BALEARS SALA CON/AD
PALMA DE MALLORCA**

SENTENCIA: 00078/2022

PLAÇA DES MERCAT, 12
Teléfono: 971 71 26 32 Fax: 971 22 72 19
Correo electrónico: tsj.contencioso.palmademallorca@justicia.es
N.I.G: 07040 33 3 2018 0000043
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000045 /2018 /
Sobre CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
De FORMENTERA MAR SA
Procurador: NANCY RUYS VAN NOOLEN
Contra AUTORIDAD PORTUARIA DE BALEARES
Abogado: ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA

En Palma de Mallorca a 02 de febrero de 2022.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D^a: Carmen Frigola Castellón

VISTOS por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el presente procedimiento nº 45/20181 seguido a instancia de la entidad FORMENTERA MAR, S.L., representada por la Procuradora Sra. D^a. Nancy Rosalía Ruys Van Noolen y defendida por el Letrado Sr. D. Carlos Gil de las Heras contra la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO representada y defendida por la Abogado del Estado Sra. D^a. María Dolores Ripoll Martínez de Bedoya.

El acto administrativo es la Resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria de Baleares, de fecha 27 de noviembre de 2017, por la que se desestima el recurso de reposición presentado por Formentera Mar, S.L., contra la resolución del Consejo de Administración de 20 de septiembre de 2017 por la que se desestima su petición de ampliación y prórroga para el

contrato de explotación de la dársena para embarcaciones menores en el puerto de La Sabina (Formentera).

La cuantía del procedimiento se fijó en Indeterminada.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO: El recurrente interpuso recurso contencioso el 5 de febrero de 2018 que se registró al nº 45/2018 que se admitió a trámite el 1 de junio de 2018 ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO: Recibido el expediente la Procuradora Sra. Ruys Van Noolen formalizó la demanda en fecha 20 de diciembre de 2018 solicitando en el suplico que en su día se dicte sentencia por la que se estime la demanda y se declare la nulidad, se anule o se deje sin efecto la resolución recurrida, y se otorgue a mi representada la ampliación de plazos solicitada Todo ello con expresa imposición de costas a la administración demandada. También interesó el recibimiento del pleito a prueba.

TERCERO: La Abogado del Estado Sra. Ripoll Martínez de Bedoya presentó su escrito de contestación y oposición a la demanda el 20 de marzo de 2019 y solicitó se dictara sentencia desestimatoria de la misma con expresa imposición de costas. Solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

CUARTO: En fecha 28 de marzo de 2019 se dictó decreto fijando la cuantía en Indeterminada.

En 4 de septiembre de 2019 se dictó Auto por el que se acuerda recibir el pleito a prueba con el resultado que obra en autos.

Abierto el trámite de conclusiones la parte actora presentó su escrito el 21 de septiembre de 2020 y lo mismo hizo la demandada el 19 de noviembre de 2020.

Declarada concluida la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, y se señaló para la votación y fallo el día 20 de diciembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se impugna en autos la Resolución del Presidente de la Autoridad Portuaria de Baleares de 27 de noviembre de 2017 que desestimo la reposición presentada por Formentera Mar S.L. contra la Resolución del Consejo de Administración de 20 de septiembre de 2017 que desestimó la petición planteada por esa mercantil para ampliación y prórroga para el contrato de explotación de la dársena para embarcaciones menores en el puesto de la Sabina en Formentera.

Los hechos ocurridos en el debate son los siguientes:

1º.- El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares en sesión de 24 de junio de 1993 adjudicó el contrato de explotación de Dársena para Embarcaciones Menores en el Puerto de La Sabina a Formentera Mar, acuerdo que se notificó a la parte el 13 de julio de 1993. Ese contrato tenía una duración de 20 años a partir de la fecha de la notificación.

2º.- El 13 de marzo de 1995 se aprobaron a instancias de la adjudicataria las primeras modificaciones técnicas del contrato. Posteriormente, el 17 de diciembre de 1998, se aprobó una nueva modificación del proyecto, y se amplió la duración del contrato, fijándose una duración de 25 años, de manera que el contrato finalizaba el 24 de junio de 2018.

3º.- El 6 de julio de 2015 Formentera Mar presentó escrito ante la APB solicitando ampliación del plazo inicial en virtud de la Disposición Transitoria Décima del TR de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM), disposición que fue introducida

por ley 18/2014 de 15 de octubre. Además, solicitó también que una vez les fuera concedida la ampliación de ese plazo, se les concediera una prórroga conforme al artículo 82-2 b) del TRLPEMM.

Con arreglo a las peticiones planteadas por la parte, habría una primera ampliación de 10 años, conforme a la Disposición Transitoria Décima, y otros quince años más con arreglo al artículo 82-2 b) del TRLPEMM. Así pues el contrato se alargaría un periodo de 25 años más, y la fecha de su extinción sería el 24 de junio de 2043.

4º.- La Resolución de la APB de 20 de septiembre de 2017 rechazó la alegación de la parte de que se le omitió trámite de audiencia. Y en cuanto a la solicitud de prórroga la APB rechaza la calificación jurídica efectuada por Formentera Mar que consideraba que la naturaleza del contrato de autos era una concesión demanial. Al no serlo no le era de aplicación la Disposición Transitoria Décima del TRLPEMM al amparo de la cual solicitan la ampliación del plazo, ni tampoco era aplicable el artículo 82-2 b) del TR

5º.- El 27 de octubre de 2017 Formentera Mar interpuso recurso de reposición contra el Acuerdo de 20 de septiembre de 2017. Insistió en que se había infringido el procedimiento administrativo y consideró que sí eran procedentes las ampliaciones que solicitaba.

En el suplico del recurso la parte solicitó:

SOLICITO que se tenga por presentado este escrito, se tenga por presentado recurso de reposición contra la Resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de fecha de 20 de septiembre de 2017 por la que se desestima la petición de ampliación de plazos y prórroga de la concesión de que esta sociedad es titular en el Puerto de La Sabina, se tengan por hechas las alegaciones contenidas en el mismo, y de su conformidad, se estime el recurso, se anule la resolución recurrida, y se acuerde la retroacción del procedimiento, para completar el expediente y continuar con la tramitación con arreglo a Derecho.

6º.- Por Acuerdo de la APB de 27 de noviembre de 2017 se desestimó el recurso de reposición y se confirmó el Acuerdo del Consejo de Administración de 20 de septiembre de 2017. Y la parte dispositiva dice:

HA RESUELTO:

Único.- Confirmar la resolución del Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares de fecha 20 de septiembre de 2017, por la que se acuerda DENEGAR a la empresa FORMENTERA MAR, S.A., la ampliación de plazo de 10 años solicitada en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Décima del TRLPEMM y también DENEGAR la prórroga de 15 años solicitada en virtud del artículo 82.2.b) del mismo texto refundido.

Contra esta resolución que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso Contencioso-administrativo en el plazo de dos meses ante la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Disconforme con la resolución administrativa la parte acude a la vía contenciosa donde se plantean tres cuestiones:

- a) Desde el aspecto formal, la infracción del procedimiento administrativo seguido y solicita que así se declare. Derivado de ello, la anulabilidad de la resolución recurrida, y sin perjuicio de entrar a valorar el fondo del asunto
- b) El debate de fondo transcurre por la determinación de la naturaleza jurídica del título que ostenta Formentera Mar, es decir, si es una concesión demanial como defiende la actora, y ello por efecto y aplicación de la disposición Transitoria de la ley 48/2003, o, si por el contrario, es un contrato de gestión de servicios como defiende la Administración demandada.
- c) Subsidiariamente, y para el caso de entender que es un contrato de gestión de servicios, la actora entiende que ha de prosperar la solicitud planteada ante la Autoridad Portuaria de ampliación de plazos.

La Abogacía del Estado se opone al recurso contencioso y en el suplico solicita la desestimación del recurso contencioso. En su argumentación jurídica, explica en primer lugar que el recurso incide en desviación procesal. Sin embargo esa pretensión no encuentra su reflejo en el suplico de la contestación, ya que sólo pretende la desestimación del recurso.

Dicho ello, a continuación la defensa de la Administración defiende la correcta tramitación seguida en el procedimiento administrativo.

En relación a la naturaleza jurídica del título de Formentera Mar S.L. defiende que es un contrato de gestión de servicios públicos y rechaza que se trate de una concesión demanial.

En conclusiones, la parte actora se opone a la inadmisibilidad parcial denunciada de adverso. Resalta el hecho de que ni siquiera se recoja esa inadmisibilidad en el suplico del escrito de la contestación, por lo que concluye que no hay pretensión de inadmisibilidad solicitada. Esa exposición es una mera argumentación de la Abogacía del Estado que no se traduce en pretensión formulada en forma en su escrito. Ad cautelam, añade la actora que no concurre el motivo de inadmisión señalado, porque solicitada la anulación del acto en vía administrativa, esa pretensión es exactamente la misma que ahora demanda la parte en su recurso contencioso. El hecho de que aporte ahora nuevos motivos o alegaciones en defensa de tal anulación, no constituye motivo de desviación procesal.

SEGUNDO: Concordamos con la recurrente que la exposición de inadmisibilidad parcial del recurso contencioso que contiene la contestación a la demanda no se traduce en el ejercicio de una efectiva y eficaz pretensión de inadmisibilidad parcial del recurso planteada por la Abogacía del Estado, en la medida que en el suplico de su contestación, no solicitó tal inadmisibilidad parcial. Sí lo hace en su escrito de conclusiones, pero ese proceder es claramente extemporáneo, porque no es en conclusiones donde debe reflejar la parte las pretensiones planteadas en el debate. Es en la demanda y en la contestación donde cada parte ha de reflejar los hechos del debate y lo que pide, y si no lo hace, le ha de parar el perjuicio correspondiente.

Así pues, la omisión de la petición de esa concreta pretensión por la Abogacía del Estado, produce la consecuencia de que no pueda tenerse por solicitada la inadmisibilidad parcial del recurso que explica en la fundamentación jurídica.

En definitiva, conforme al suplico de la contestación a la demanda la Abogacía del Estado se ha opuesto a la demanda y solicita sólo su desestimación, a través de los argumentos consistentes en que, a) se ha seguido una correcta tramitación administrativa, b) que la naturaleza jurídica del título que ostenta Formentera Mar es un contrato de gestión de servicios y c) no procede la ampliación del mismo.

TERCERO: ACERCA DE LA TRAMITACIÓN ADMINISTRATIVA SEGUIDA Y SI EXISTE O NO DEFECTO QUE OBLIGUE A LA RETROACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La parte recurrente explica que en relación al procedimiento de prórroga, con arreglo al artículo 82 del TRLPEMM debe seguirse lo establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 85 de la ley. El apartado 5 del artículo 85 señala que el Director emitirá informe en el que analizará la procedencia de la solicitud de concesión y si fuere desfavorable se elevará por el Presidente al Consejo de Administración a fin de que *previa audiencia del interesado* se resuelva lo que se estime conveniente.

La parte denuncia que no hubo esa audiencia previa del informe del Director, porque la actora sólo tuvo conocimiento del contenido de ese informe con ocasión del dictado de la resolución objeto de impugnación, y por lo tanto se le dio traslado a posteriori, y no antes de resolver.

Según la actora, el hecho de que en fecha 2 de agosto de 2017 se diera audiencia a la parte de los dos informes jurídicos obrantes en el expediente no significa que el defecto no concurra, porque la Autoridad Portuaria se limitó a poner en conocimiento de la actora tales documentos y a darle trámite de alegaciones, pero en ningún caso en el traslado se incluyó una valoración de la Administración de aquéllos, ni la propuesta, ni por supuesto el informe del Director. Por tanto, no cabe confundir dicho traslado, con el trámite de audiencia legalmente previsto en el artículo 82.

Igualmente, además de ese defecto, no se completó el expediente, de modo que falta no sólo el informe del Director, sino también la denuncia extendida por el Sr. Bustos a la que alude el acto impugnado. Tampoco incluía el informe de la Abogacía del Estado de 8 de septiembre de 2017.

La actora nos dice también que en lo que afecta a la ampliación de plazos de la concesión solicitada con arreglo a la DT Décima de la Ley de Puertos del Estado, la conclusión debe ser la misma, ya que al tratarse de una modificación por modificarse el plazo inicial, exige dar traslado al interesado de la propuesta de resolución. Se apoya la actora en lo

señalado en las “Recomendaciones relativas a los principales aspectos jurídicos, procedimentales y económicos que pueden ser de interés en los procedimientos que se inicien al amparo de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Décima del TRLPEMM” aprobadas y publicadas por Puertos del Estado en enero de 2015. En concreto, en la Regla III.5 de ese texto, la cual exige que si la Autoridad Portuaria considerase que procede denegar la ampliación solicitada deberá motivar adecuadamente tal propuesta dando la correspondiente audiencia al interesado. Y ello no sucedió en el debate de autos. La parte además cita nuestra sentencia 344/2017 de 25 de julio de 2017 (ECLI:ES:TSJBAL:2017:595 PO 53/2016) que declaró la necesidad del trámite de audiencia posterior al dictado de la propuesta de resolución en un supuesto de derecho sancionador.

Se opone a esa argumentación la Abogacía del Estado que solicita su desestimación.

Para una mejor comprensión de los hechos es menester detallar las actuaciones que se desprenden del contenido del expediente administrativo aportado en torno a este concreto punto:

1º.- El 6 de julio de 2015 Formentera Mar S.L. solicitó la ampliación del plazo original en diez años más de la concesión otorgada por Acuerdo de la APB de 24 de junio de 1993, al amparo de la DT Décima apartado primero letra a) del TRLPEMM. Además, también solicitó que de forma sucesiva, se le concediera una prórroga de la concesión, al amparo de lo dispuesto en el artículo 82-2 b) de la Ley de Puertos. Esa prórroga implicaría una duración de 15 años más. Por lo tanto, sumados esos 25 años más a la vigencia del contrato concluye que la fecha de extinción del título que ostenta Formentera Mar se situaría a 24 de junio de 2043.

2º.- Consta en el expediente administrativo aportado como documento nº 2 una denuncia presentada el 22 de julio de 2015 por D. Angel Bustos en nombre y representación de MARINA DE FORMENTERA en el que ponía en conocimiento de la APB unos hechos atribuibles a Formentera Mar S.L. que en su opinión eran punibles.

3º.- el 11 de enero de 2016, la APB hizo una preasignación a la empresa KPMG Asesores S.L. para “valoración de la concesión para la explotación de la Dársena para

Embarcaciones menores en el Puerto de la Sabina” y esa preasignación se notificó a la recurrente el 10 de febrero de 2016.

4º.- A tenor de la solicitud presentada por Formentera Mar SA era necesario, teniendo en cuenta los antecedentes obrantes en el expediente administrativo desde la adjudicación del contrato y sus diferentes modificaciones, determinar la naturaleza jurídica del título administrativo que ostentaba la recurrente. De ahí que la APB solicitara la emisión de sendos informes jurídicos que informaran sobre este punto al objeto de resolver si procedía o no la ampliación de los plazos solicitados.

Un primer informe se emitió el 17 de octubre de 2016 por el despacho Cuatrecases. Gonçalves Pereira, obrante al documento nº 12 del expediente. El informe concluía que el título jurídico otorgado a Formentera Mar SA presentaba desde sus orígenes las características propias de un contrato de gestión, tratamiento que se ha mantenido coherente e inalterado a lo largo de la vigencia del mismo y por ello el negocio jurídico se hallaba sometido a la legislación de contratos del sector público.

A la vista de este informe, el Presidente de la APB decidió solicitar también informe a la Abogacía General del Estado sobre idéntica cuestión, informe que se emitió el 19 de junio de 2017. Es el obrante al documento nº 18 del expediente y concluye lo siguiente:

Se aprecia fundamento jurídico para concluir que el título en virtud del cual la empresa Formentera del Mar, S.A. viene explotando la dársena para embarcaciones menores en el Puerto de La Savina (Formentera) es un contrato

administrativo de gestión de servicio público sujeto a la entonces vigente Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y a su normativa complementaria, y no una concesión demanial portuaria, lo que impide considerar una ampliación del plazo inicial de su título de ocupación del dominio público al amparo de la disposición transitoria décima del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y una solicitud de prórroga al amparo del artículo 82.2.b del citado texto legal.

5º.- el 11 de julio de 2017 el letrado de la aquí recurrente solicitó copia del expediente.

6º.- el 27 de julio de 2017 el Director de la APB dictó resolución acordando conceder trámite de audiencia, poniendo de manifiesto el expediente por plazo de 15 días para que Formentera Mar realizara alegaciones, pudiera presentar documentos y las justificaciones que estimara pertinentes. El oficio indicaba que *“A la vista de la solicitud planteada por Formentera Mar SA y visto el sentido de los informes antes reseñados, corresponde dictar propuesta de resolución, en el presente procedimiento de solicitud de ampliación y prórroga (...)”*

Y la parte dispositiva dice:

TRAMITE DE AUDIENCIA

Primero.- En el plazo de 15 días queda de manifiesto el expediente, en esta Autoridad Portuaria, para que pueda formular alegaciones, presentar documentos, y justificaciones que estime pertinentes.

Segundo.- Si antes del vencimiento del plazo manifiesta su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

Tercero.- Transcurrido el plazo señalado para evacuar este trámite de Audiencia, a cuya finalidad se adjunta la relación de documentos que obran en el expediente para que pueda tener copia de los que estime pertinentes, y vistas las alegaciones, informes y pruebas que, en su caso sean presentadas, por el órgano instructor se dictará la propuesta de resolución que corresponda.

Esa Resolución se notificó a la parte el 2 de agosto de 2017.

7º.- El 22 de agosto de 2017 Formentera Mar S.L. presentó escrito de alegaciones (documento nº 24 del expediente) donde en el punto primero alegó sobre lo incompleto del expediente ya que en el expediente que se le exhibió aparecía solamente el escrito presentado por esa parte solicitando la ampliación de plazos de 6 de julio de 2015, los informes técnicos que acompañaban a ese escrito, y los dos informes emitidos por Cuatrecasas. Gonçalves Perira y por el Abogado General del Estado que hemos detallado. Esa parte entendía que el expediente era incompleto al tener que figurar en él cuanto menos: (i) la contratación y petición de informe al Despacho Cuatrecasas.Gonçalves Pereira; (ii) la petición de informe a la Abogacía General del Estado; (iii) la designación por la Autoridad Portuaria del auditor independiente que realiza la valoración de la petición de ampliación de plazos presentada por la recurrente; (iv) el informe realizado por esa sociedad y su aportación a la Autoridad

Portuaria y (v) la denuncia formulada por D. Angel Bustos de 22 de julio de 2015. De todos esos puntos nada se le había entregado ni aparecían en el expediente.

A continuación, Formentera Mar en el escrito presentado, pasó a valorar y dar respuesta a los dos informes emitidos, discrepando de sus conclusiones y defendió que el título que ostentaba desde 1.993 era una concesión administrativa.

8º.- La Abogacía del Estado en les Illes Balears a petición de la APB emitió informe el 8 de septiembre de 2017 (documento nº 28 del expediente) que entre otros muchos argumentos concluye que las manifestaciones presentadas por Formentera Mar S.L. no desvirtuaban los argumentos esgrimidos en el informe del Abogado General del Estado de junio de 2017.

9º.- Por Acuerdo de 20 de septiembre de 2017 la Autoridad Portuaria de Baleares acordó denegar a Formentera Mar S.L. la ampliación solicitada de 10 años con arreglo a lo establecido en la DT Décima del TRLPEMM y denegar también la prórroga de 15 años solicitada en virtud del artículo 82.2 b) de esa misma ley. Junto con ese Acuerdo se entregó también a Formentera Mar el informe emitido por el Director de fecha 12 de septiembre de 2017, que informaba en virtud de lo establecido en los artículos 33.2 del TRLPEMM que se denegara la ampliación solicitada de 10 años y la prórroga de 15 años y que se elevara todo ello al Consejo de Administración de la APB con arreglo a lo dispuesto en el artículo 30.5 n) y 85-5 de esa misma ley, para la adopción del Acuerdo pertinente.

10.- Contra ese Acuerdo, Formentera Mar presentó recurso de reposición donde expuso el defecto procedimental habido en la tramitación administrativa de falta de audiencia, y solicitaba que, tras estimarse la reposición, se acordara la retroacción del procedimiento para completar el expediente y continuar con su tramitación

11.- El Acuerdo de 27 de noviembre de 2017 desestima la reposición y confirma el Acuerdo impugnado. Entiende la Administración que:

SEXTO.- Por tanto, visto lo anteriormente expuesto, no cabe aceptarse la alegación única del recurrente de que se ha omitido el trámite de audiencia, puesto, que tal y como se ha puesto de manifiesto, no solo se efectuó dicho trámite y se puso a disposición del recurrente el expediente, sino que el mismo recurrente presentó alegaciones en ese trámite de audiencia. Todo ello en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el art. 82.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que dice expresamente “*Artículo 82 Trámite de audiencia*”

1. *Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.*”

Cabe recordar que mediante oficio de fecha 27 de julio de 2017 (recibido por Formentera Mar S.A., el día 2 de agosto de 2017) por el que se concede trámite de audiencia, se establece:

“A la vista de la solicitud planteada por Formentera Mar S.A. y visto el sentido de los informes antes reseñados, corresponde dictar propuesta de resolución, en el presente procedimiento de solicitud de ampliación y prórroga instado por la entidad Formentera Mar, S.A.”.

Así, en el traslado concediéndole el trámite de audiencia se le advierte que “*visto el sentido de los informes*” sólo queda ya dictar propuesta de resolución. La entidad interesada sabía, así cuál iba a ser el sentido de dicha propuesta “*visto el sentido de los informes*”.

De esta manera, la Autoridad Portuaria puso de manifiesto el expediente inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución del procedimiento, y en dicho trámite, Formentera Mar S.A. presentó alegaciones, las cuales una vez informadas por la Abogacía del Estado, se contestan detalladamente en la propuesta que se eleva al Consejo de Administración para resolución.

SÉPTIMO.- Formentera Mar entiende que se ha vulnerado el procedimiento ante la solicitud de prórroga, puesto que la obligación de que se le dé traslado de la propuesta de resolución está recogida en el art. 82.2.d), el cual según dice remite al art.85.apartado 5, donde dice se establece que el informe del Director se eleve al Consejo de Administración previa remisión y audiencia al interesado.

También alega en su recurso, que no se le dio traslado de la propuesta de resolución, tal como entiende dispone debe hacerse en base a las Recomendaciones dictadas por Puertos del Estado relativas a los principales aspectos jurídicos, procedimentales y económicos que pueden ser de interés en los procedimientos que se inicien al amparo de lo dispuesto en la Disposición Transitoria décima del TRLPEMM, en su apartado III.5.

A la vista de dicha alegaciones debe recordarse de nuevo la naturaleza jurídica del título de FORMENTERA MAR, el cual no es el de una concesión demanial y por lo tanto no le es de aplicación ni la Disposición Transitoria Décima del TRLPEMM, al amparo de la cual solicitan la ampliación de plazo, ni el artículo 82.2.b del mismo Texto Refundido, en virtud del cual solicitan

una prórroga, por lo que ya no procede ni siquiera analizar si se ha cumplido o no con las Recomendaciones de Puertos del Estado respecto a la aplicación de dicha Disposición Transitoria Décima, ni con la tramitación en relación con el artículo 82.2.b del TRLPEMM

(...)

Pues bien, aun así, debe ratificarse la tramitación del procedimiento, por cuanto, se puso de manifiesto el expediente con todos sus informes en trámite de audiencia e inmediatamente antes de redactar el informe-propuesta de elevación que el Director, como técnico y órgano instructor eleva al Consejo de Administración, por tanto, no se ha privado al recurrente de la vista de ningún trámite.

A mayor abundamiento, y solo a efectos de dar contestación a todas las alegaciones planteadas por el recurrente, y si bien, ya se ha dicho que ni siquiera corresponde este análisis, puesto que no estamos ante una concesión administrativa. Tampoco en su caso, se apreciaría vulneración de las Recomendaciones de Puertos del Estado, en cuanto al procedimiento a seguir. Las “Recomendaciones” no hacen sino procedimentar de forma específica la tramitación de los expedientes de ampliaciones de plazos de las concesiones en consonancia con el procedimiento administrativo general. Por tanto, la previsión del trámite de audiencia no es otra que la que establece el procedimiento administrativo general, como trámite previo a dictarse la propuesta de resolución, el cual, como se ha dicho, se ha cumplido.

El espíritu del trámite de audiencia es evitar el desconocimiento del administrado de sus actuaciones, y permitir que antes de tomar una decisión se le escuche. La garantía de la audiencia al interesado tiene una singularidad específica en el procedimiento administrativo: debe tener lugar en un momento determinado (inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución) y debe producirse sobre el procedimiento ya instruido.

Finalmente y en relación a la solicitud de nulidad, no es aplicable en absoluto la sentencia citada por el recurrente al referirse a un procedimiento sancionador. Debe recordarse, solo a efectos ilustrativos, que la falta de audiencia en su caso, no es determinante por sí sola de indefensión, a salvo de las especialidades del procedimiento sancionador, y por tanto, no configura un supuesto de nulidad absoluta, sino de mera anulabilidad, de acuerdo con una constante jurisprudencia (Sentencias 3 de marzo de 2004, RC 4353/2001, 17 de diciembre de 2009, RC 4357/2005, 23 de marzo de 2011,

(...)

En definitiva, la falta de audiencia en un procedimiento sancionador determinará por lo general, la nulidad de pleno derecho de la sanción impuesta. Y ello con la importante consecuencia que permitirá promover la revisión de oficio de un acto administrativo sancionador firme, lo que no es posible cuando el vicio es de mera anulabilidad.

En cambio la falta de audiencia en procedimientos de gravamen no sancionadores, únicamente determinará la anulabilidad si se produce indefensión. O sea, que la pura omisión del trámite de audiencia, si no se acredita el perjuicio o “pérdida de oportunidad” derivada de tal infracción, no comportará la invalidez de la decisión final. Esto lleva a otra carga procesal: tendrá que invocarse el motivo de anulabilidad de falta de audiencia y además acompañar el detalle y principio de prueba de cuestiones o argumentos que si hubiere tenido oportunidad de alegarlos, posiblemente hubieran hecho variar el signo de la resolución final.

Nada de todo ello se ha producido en recurso de reposición, el cual se limita a invocar la nulidad citando una sentencia de un procedimiento sancionador.

Es más, en este procedimiento ha quedado claro, que de ninguna manera se ha imposibilitado a Formentera Mar S.A. el ejercicio de sus derechos, por cuanto tal como se ha indicado, se ha llevado a cabo el trámite de audiencia previsto en el art. 82 de la Ley 39/2015, y ha podido acceder al expediente, el cual han tenido a su disposición siempre que lo han solicitado.

El debate de autos no es materia de derecho sancionador. La sentencia nº 344/2017 de 25 de julio citada por la recurrente, trata sobre la falta de audiencia en materia de derecho

sancionador, y como el debate de autos no corresponde a esa materia, entendemos que no es aplicable lo en ella resuelto al caso de autos.

En efecto, debemos valorar en este momento si, tras haber dado audiencia la Administración a la parte actora de los informes obrantes en el expediente –que negaban que el título que ostentaba la actora fuera una concesión administrativa, y declaraban ser que era un contrato de gestión de servicios–, tras haber presentado Formentera Mar escrito de alegaciones oponiéndose a esos argumentos, el hecho de no haber dado audiencia a la actora de la emisión del informe-propuesta del Director de la Autoridad Portuaria con arreglo a lo dispuesto en el artículo 85-5 de la Ley de Puertos, constituye un defecto invalidante.

Señalemos en primer lugar que, presentada la solicitud de ampliación de la concesión y prórroga el 6 de julio de 2015, ese expediente se tramitará de conformidad con la ley 30/1992 al amparo de la DT Tercera de la Ley 39/2015, que entró en vigor el 2 de octubre de 2016.

Dicho esto, expuestas las circunstancias ocurridas en el debate, comencemos señalando que la actora no denuncia un vicio que sea constitutivo de una nulidad radical del artículo 62-1 e) de la Ley 30/1992, esto es, por haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Tampoco señala que ese defecto se incluya en lo dispuesto en el apartado 1-a) de ese mismo artículo, es decir, actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. Lo que defiende y sostiene la recurrente es que en el íter administrativo seguido, se ha producido un defecto procedimental constitutivo de anulabilidad del artículo 63 de la Ley 30/1992, y por ello solicita la retroacción de actuaciones. La respuesta es que esa retroacción sólo procedería si en verdad el defecto producido, esto es, el trámite de audiencia omitido al no habersele dado traslado del informe propuesta del Director antes del dictado del Acuerdo que puso fin al expediente, fuera causante de una indefensión efectiva a la actora.

La Sala considera que esa omisión no tiene tal carácter invalidante. En primer lugar recordemos que no nos encontramos en un expediente administrativo sancionador, sino en un expediente de régimen general, por lo que la falta de audiencia tras el dictado de la propuesta de resolución, no tiene la misma relevancia que en el supuesto de los expedientes sancionadores.

En efecto señala la Jurisprudencia de la que es muestra la STS de 29 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1286 RC 1598/2016):

QUINTO:.- Debemos partir de la jurisprudencia establecida por esta Sala en relación con la cuestión planteada en el presente recurso, según la cual, la posterior utilización del recurso de alzada por parte de la entidad ahora recurrida, ha subsanado la anulabilidad derivada de la falta de audiencia, a tal entidad solicitante de la autorización, de la propuesta de resolución preparada por la Administración. A tal efecto, nos sirve la propia STS citada por la Administración recurrente (STS de 11 de julio de 2003, RC 7983/1999 , y que, pese a ser dictada en Recurso de unificación de doctrina, lo que acredita es la relatividad de tal jurisprudencia, como doctrina de carácter general, ya que, como en la misma sentencia se expresa, la relatividad derivada del caso concreto (esto es "las circunstancias específicas de cada caso"), es su elemento determinante:

"En efecto, la falta de audiencia en un procedimiento no sancionador no es, por si propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquéllos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.

Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el art. 62 de la Ley 30/1992 , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP -PAC) resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo -aun con cierta flexibilidad- de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional. Por otra parte, la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por si misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2.000 - recurso de casación 5.697/1.995 -), que puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del art. 62 LRJAP -PAC.

Por otra parte, es claro que a la ausencia del trámite de audiencia le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1.992 , que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado. Y, precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello.

Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar

cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso administrativa (entre muchas, pueden verse las sentencias de 26 de enero de 1.979 - -; de 18 de noviembre de 1.980 -; de 18 de noviembre de 1.980 ; de 30 de noviembre de 1.995 -recurso de casación 945/1.992 -; o, muy recientemente, la de 30 de mayo de 2.003 -recurso de casación 6.313/1.998 -).

Lo anterior tampoco supone que la simple existencia de recurso administrativo o jurisdiccional posterior subsane de manera automática la falta de audiencia anterior al acto administrativo, puesto que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquél acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de nulidad en los términos del art. 63.2 de la Ley 30/1992 ".

Y el mismo sentido se pronuncia la sentencia de ese mismo Alto Tribunal de 15 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6360 RC1.783/2008)

Si la finalidad de la audiencia tras la propuesta de resolución es precisamente evitar el desconocimiento del administrado de las actuaciones practicadas en el expediente, dándole la oportunidad de ser oído y escuchado antes de que la Administración resuelva, no cabe duda que en este caso, en el modo y forma que sucedieron los hechos, Formentera Mar tuvo oportunidad de ser oída con carácter previo a resolver, y ello a pesar de la omisión de la notificación del trámite del informe propuesta suscrito por el Director. Ese informe del que tuvo conocimiento en el mismo momento de la notificación del Acuerdo que puso fin al expediente, se ampara y justifica precisamente en el contenido de los informes jurídicos de los que sí se dio traslado a la actora, y de los que sí tuvo perfecto y cabal conocimiento. Ciertamente no se añade ningún otro argumento más que las conclusiones alcanzadas en ambos informes, esto es, que el título que ostenta la actora no es una concesión administrativa, sino un contrato de gestión de servicios públicos y por ello no puede aplicarse al caso la DT Décima de la LPEMM ni procede la prórroga solicitada.

Así las cosas, sobre esta cuestión la actora ha tenido amplia oportunidad de defenderse con carácter previo a resolver. La actora presentó escrito contestando y oponiéndose extensamente a ambos informes jurídicos, exponiendo su parecer a la Administración. En su escrito, solicitó la emisión de un segundo informe para valorar de nuevo la naturaleza del título de Formentera Mar, y por ello, y a instancia de la APB, la Abogacía del Estado de Baleares emitió su informe el 8 de septiembre de 2017 que concluyó con idéntico pronunciamiento que el informe emitido por el Abogado General del Estado. Por último, la parte formuló recurso de reposición y también en ese trámite tuvo oportunidad de discutir el contenido del informe omitido, pero se limitó a cuestionar el defecto formal.

Dicho ello, además, el principio de economía justifica que no sea procedente la retroacción del procedimiento administrativo al momento de la producción del defecto, ya que la conclusión que se alcanzaría por la Administración sería exactamente la misma que la que resolvió el acto impugnado, habiendo tenido oportunidad la actora de alegar frente a la decisión de considerar que su título no es una concesión administrativa con carácter previo a resolver e incluso después en fase de reposición.

Concluyendo, la omisión producida en el expediente de autos no causó a la parte actora una indefensión material efectiva y por ello ese mero defecto formal no puede comportar la consecuencia que la actora pretende.

CUARTO: Nos adentramos en el debate de fondo planteado por la mercantil recurrente.

La cuestión de autos consiste en analizar cómo ha afectado la Ley 48/2003 y la ley 33/2010 y el régimen jurídico por ellas establecido, al contrato suscrito el 24 de junio de 1993 entre la Dirección General de Puertos y Formentera Mar SA para la explotación de dársena para embarcaciones menores en el Port de la Savina en Formentera. En palabras de la parte actora, no es tanto el análisis de la naturaleza jurídica del negocio concertado entre esas partes en el año 1.993, sino cuál es la naturaleza jurídica de aquel título al tiempo de solicitar la parte la ampliación y prórroga del título de ocupación que ostenta en la actualidad, esto es, tras la entrada en vigor de las leyes 48/2003 de 26 de noviembre de Régimen Económico y de

Prestación de Servicios en los Puertos de Interés General y de la Ley 33/2010 de 5 de agosto de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

Comencemos señalando que no cabe duda a la Sala que la naturaleza jurídica del contrato suscrito entre las partes el 24 de junio de 1993 para la explotación de dársena para embarcaciones menores en el Port de la Savina en Formentera, tenía la naturaleza jurídica de un contrato de gestión de servicio público, y por lo tanto, sujeto a la normativa de contratación. Así lo proclamó esta misma Sala, y con la misma composición de Magistrados, en la sentencia nº 23 de marzo de 2010 dictada en el PO 965/2004 y acumulado 149/2006 (ECLI:ES:TSJBAL:2010:248) que resolvió el desahucio que la APB pretendía de la recurrente sobre parte de las instalaciones, y se discutía también la interpretación unilateral del contrato efectuada por la Administración. Decíamos entonces:

TERCERO: El presente contrato (el de 24 de junio de 1993) tiene naturaleza administrativa y está sometido a tenor de la fecha de su concertación a la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 , y a su Reglamento de 1975 , disponiendo el artículo 18 de la Ley de 1965 que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar unilateralmente los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento siendo preceptivo el trámite de dictamen del Consejo de Estado.

Consideramos innecesario relacionar el contenido del Pliego de cláusulas de aquel contrato que nos llevan a tal afirmación y ello sobre la base, en primer lugar, del efecto de cosa juzgada, y en segundo lugar, porque además, ambas partes admiten, pues la actora no lo niega, que el negocio jurídico concertado el 24 de junio de 1993 tenía la naturaleza jurídica de un contrato de servicio público.

La discrepancia de las partes no está pues en este punto, sino que la discusión en torno a la naturaleza jurídica de ese negocio jurídico surge por la aplicación al contrato de gestión de servicio público que tiene Formentera Mar, del régimen transitorio de la legislación posterior a su adjudicación, y si por causa de dicha legislación, ha novado su naturaleza jurídica. Este y no otro es el debate de autos.

Y es que sucede que la parte actora defiende que, de conformidad con la Disposición Transitoria Séptima de la ley 48/2003, ese contrato de gestión de servicio público se extinguió por mandato legal, y se transformó en una licencia de prestación de servicio portuario básico

o en autorización de actividad, cuando, como es el caso, se trata de actividad que, calificada como servicios portuarios en la ley 27/1992, pase a configurarse como servicios comerciales. Por ello y con arreglo a la Disposición Transitoria Décima del TRLPEMM, con fecha 6 de junio de 2015, o sea, tres años antes de que finalizara el plazo del título de ocupación que tenía, Formentera Mar solicitó a la APB la ampliación y prórroga de aquél. Y la respuesta de la APB es que ese título que tenía la actora, era un contrato de gestión de servicio público, y no una concesión, de forma que no le era aplicable la Disposición Transitoria Décima de la Ley del Puertos del Estado. Por ello ya no entró a valorar ni examinó si las inversiones propuestas por la recurrente en su solicitud cumplían con lo exigido en aquella Disposición Transitoria Décima y artículo 82-2 b) del TRLPEMM.

QUINTO: Aunque el Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre que aprobó el TRLPEMM, en su Disposición Derogatoria apartado c) derogó la ley 48/2003 de 26 de noviembre, sin embargo, mantuvo el régimen transitorio establecido por las leyes 27/1992 y 48/2003 en la forma que detallan las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del TRLPEMM, que son de tenor literal siguiente :

Régimen transitorio establecido por las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

Salvo las incluidas en la disposición transitoria siguiente, todas las disposiciones transitorias de las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, continuarán, particularmente en materia de personal, siendo aplicables a los supuestos por ellas generados, en calidad de regulación específica de los mismos y hasta que se consumen los efectos de aquellas disposiciones transitorias.

La Disposición Transitoria Segunda, en la redacción dada por el artículo 56-5 de la ley 18/2014 aplicable al caso, señala:

Régimen transitorio de las Leyes 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, cuya vigencia se mantiene.

A los solos efectos de la regulación de los supuestos en ellas previstos y con el alcance que de ellas resulta, se mantiene la vigencia de las disposiciones transitorias de las leyes que se citan en los términos siguientes:

(...)

2. De la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

a) La disposición transitoria segunda sobre valoraciones de la zona de servicio de los puertos y de los terrenos afectados a la señalización marítima.

1. Hasta que se proceda a la aprobación de una nueva valoración de los terrenos y de las aguas de la zona de servicio del puerto y de los terrenos afectados a la señalización marítima, serán de aplicación las valoraciones de terrenos y lámina de agua aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general.

2. No obstante, el límite del 20 por ciento a que hace referencia el apartado 2 del artículo 178 de esta ley, sólo será de aplicación respecto de aquellas concesiones en las que la cuantía del canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario, de la tasa por ocupación privativa del dominio público portuario o de la tasa de ocupación, haya sido calculada de acuerdo a valoraciones de terrenos aprobadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre (RCL 1997, 3085), de modificación de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

b) La disposición transitoria duodécima sobre régimen de determinadas empresas exentas del servicio de manipulación de mercancías.

Las empresas titulares de concesiones de dominio público exentas del servicio de estiba y desestiba al amparo del artículo 2.g) del Real Decreto-ley 2/1986 quedarán excluidas de la obligación de participar en las Sociedades Anónimas de Gestión de Estibadores Portuarios, hasta el término del período concesional, sin perjuicio de lo que se establece en los artículos 153 y 154 de esta ley respecto de la capacitación de su personal.

c) La disposición transitoria decimoquinta sobre el régimen transitorio para el otorgamiento de bonificaciones para incentivar mejores prácticas medioambientales.

Hasta que se aprueben las guías de buenas prácticas ambientales de la operativa de buques en los puertos, las Autoridades Portuarias otorgarán la bonificación prevista en el artículo 245.1.a) de esta ley, si la empresa Naviera que opera el buque dispone únicamente de la certificación del cumplimiento por el buque de unas determinadas condiciones de respeto al medio ambiente, mejorando las exigidas por las normas y convenios internacionales, emitida por una entidad de certificación acreditada para ello por organismos pertenecientes a la International Accreditation Forum.

Por lo tanto, la Disposición Transitoria Séptima de la ley 48/2003 no está derogada y es aplicable al caso.

SEXTO: El servicio de gestión de puestos de amarre de embarcaciones menores en el Port de la Savina que es el contrato que ostentaba Formentera Mar, conforme a la ley 48/2003, y de acuerdo a la distinción establecida en su artículo 56, es un servicio comercial, definido en el artículo 88-1 a cuyo tenor:

1. A los efectos previstos en esta Ley, son servicios comerciales las actividades de prestación portuarias o no portuarias de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, estén permitidas en el dominio público portuario de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

2. Los servicios comerciales se prestarán en régimen de concurrencia. Los organismos públicos portuarios adoptarán medidas encaminadas a promover la competencia en la prestación de servicios comerciales directamente vinculados a la actividad portuaria.

No tiene ese servicio la condición de servicio portuario básico que son los incluidos en el artículo 60 de esa ley. Que la ley 48/2003 lo considera un servicio comercial, se corrobora en el artículo 89-2, cuando al referirse a la posibilidad de aprobación de pliegos de condiciones generales por Puertos del Estado para actividades comerciales, entre las que allí detalla, se encuentra “los servicios de gestión de amarres deportivos”.

Pues bien, a la entrada en vigor de la ley 48/2003, los contratos existentes sobre ese tipo de servicios, como es el de autos, quedaron afectados por lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima de esa ley, que es del tenor literal siguiente:

Séptima. Contratos de gestión indirecta de servicios portuarios.

1. Las empresas que a la entrada en vigor de esta Ley sean titulares de contratos de gestión indirecta de servicios portuarios celebrados al amparo del artículo 67 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante accederán directamente a la licencia de prestación del servicio portuario básico o autorización de actividad correspondiente.

2. Las empresas que a la entrada en vigor de esta ley fuesen titulares de un contrato para la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques, accederán directamente a las licencias de prestación de los servicios portuarios básicos de manipulación y transporte de mercancías que les corresponda y, en su caso, las autorizaciones de actividad que procedan, en función de las actividades que vinieran prestando de acuerdo con el contenido del contrato.

3. En los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, los titulares de las licencias podrán optar entre adecuarse al nuevo pliego regulador y prescripciones particulares del servicio o mantener las condiciones contenidas en el contrato de gestión indirecta del

servicio. Dicha opción deberá ejercerse en el plazo máximo de seis meses desde la aprobación de las prescripciones particulares del servicio.

En el caso de que opte por la no adaptación, el plazo de la licencia será el que reste del establecido en el contrato. Si se adapta al nuevo pliego regulador y prescripciones técnicas particulares, el plazo será el que se establezca en las mismas.

Se deberá aplicar la tasa por aprovechamiento especial del dominio público en el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios, adaptando, cuando proceda, el canon por prestación de servicios al público y el desarrollo de actividades comerciales o industriales, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria quinta de esta ley.

En el caso de que no se formule manifestación alguna por el titular de la licencia, se entenderá que éste opta por el mantenimiento de las condiciones del contrato.

4. En el caso de que el número de prestadores del servicio se encuentre limitado o se limite de acuerdo con lo previsto en el artículo 64.5 y 6 de esta ley, el titular de un contrato de gestión accederá directamente a la obtención de una de las licencias de prestación del servicio durante el tiempo que reste de su contrato, que no podrá exceder del establecido en el artículo 66.1 según el servicio de que se trate, pudiendo optar entre adecuarse al nuevo pliego regulador y a las prescripciones particulares del servicio o mantener las condiciones contenidas en el contrato de gestión indirecta del servicio.

Con arreglo a la dicción de esa Disposición Transitoria Séptima, por mandato del legislador, que no de las partes, los contratos existentes a su entrada en vigor relativos a la prestación de servicios portuarios, se transformaron en licencia de prestación de servicio portuario o en autorización de actividad, cuando se tratara de actividades calificadas como servicios portuarios en la ley 27/1992, pasando a configurarse como servicios comerciales con arreglo a lo dispuesto en la ley 48/2003.

Es la ley misma la que establece esa novación del negocio existente con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 48/2003. Y por efecto de la novación del título, insistimos, producida por mandato ex lege, lo que se deja al albur de las voluntades de las partes es solamente el derecho de opción consistente “*entre adecuarse al nuevo pliego regulador y prescripciones particulares del servicio o mantener las condiciones contenidas en el contrato de gestión indirecta del servicio*”.

La ley establece un plazo máximo de seis meses para ejercer esa opción, contado ese plazo desde la aprobación de las prescripciones particulares del servicio, de forma que, una

vez agotado ese plazo, si el licenciatario no hubiera dicho nada, la ley establece que el licenciatario opta por el mantenimiento de las condiciones del contrato.

Que se produce la extinción del contenido del título primigenio podemos extraerlo también del párrafo que señala *“En el caso de que opte por la no adaptación, el plazo de la licencia será el que reste del establecido en el contrato. Si se adapta al nuevo pliego regulador y prescripciones técnicas particulares, el plazo será el que se establezca en las mismas.”*

Por lo tanto, la Disposición Transitoria Séptima establece una novación de los contratos de gestión de servicios públicos y los transforma en licencias o autorizaciones. Y el plazo para ejercer la opción establecida cuenta a partir de que la Autoridad Portuaria apruebe las prescripciones particulares del servicio. En la medida que ello no ha sido realizado, ha de entenderse que el plazo no ha nacido todavía para Formentera Mar.

El hecho de que ello no haya sucedido todavía no obsta a que Formentera Mar ya no viene vinculada con la Autoridad Portuaria por un contrato de gestión de servicios públicos, sino que se ha producido una novación del título en virtud de la cual, ahora Formentera tiene la condición de licenciataria.

Esa novación le permite la posibilidad de que pueda solicitar a la Administración lo que establece la Disposición Transitoria Décima del TRLPEMM a cuyo tenor:

Disposición transitoria décima. Ampliación del plazo de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

1. El plazo inicial de las concesiones otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, podrá ser ampliado por la Autoridad Portuaria, a petición del concesionario y previo informe favorable de Puertos del Estado, cuando el concesionario se comprometa, por lo menos, a alguna de las siguientes obligaciones:

a) nueva inversión, en los términos señalados en el apartado 2.b) del artículo 82, salvo en lo referente al nivel mínimo de inversión.

b) contribución económica, que no tendrá naturaleza tributaria, a la financiación de infraestructuras de conexión terrestre entre las redes generales de transporte de uso común y las vigentes zonas de servicio de los puertos o de los puertos secos en cuya titularidad

participen organismos públicos portuarios, así como la mejora en dichas redes que favorezcan la posición competitiva de los puertos en su área de influencia y la intermodalidad en el transporte de mercancías.

c) reducción al menos en un 20 por ciento de las tarifas máximas incluidas en el título concesional, actualizadas conforme a lo previsto en dicho título, o en su caso en los pliegos de prescripciones particulares de los servicios portuarios.

El acuerdo de ampliación y la fijación del plazo de la misma deberán motivarse teniendo en cuenta el tiempo restante de vigencia de la concesión, el volumen de inversión realizada durante la vigencia de la concesión y que haya sido autorizada por la Autoridad Portuaria y la nuevamente comprometida, la vida útil de la misma y la memoria económico-financiera de la concesión en el momento de su otorgamiento y en el momento de la solicitud de ampliación de plazo, considerando en su caso, la nueva inversión comprometida, la contribución a la financiación de infraestructuras de conexión y/o la rebaja tarifaria propuesta. En todo caso, el importe total del compromiso del concesionario no debe ser inferior a la mayor de las siguientes cuantías:

La diferencia de valor, en el momento de la solicitud, entre la concesión sin prórroga y el de la concesión prorrogada. Estas valoraciones deberán ser realizadas por una empresa independiente designada por la Autoridad Portuaria y a costa del concesionario.

El 20 por ciento de la inversión inicial actualizada.

La ampliación del plazo de la concesión no podrá ser superior a 2/5 del plazo inicial y compensará los nuevos compromisos de inversión a ejecutar previamente a la finalización del plazo vigente, así como las reducciones de los flujos de caja previstos desde el momento en que se produzca la ampliación del plazo hasta la finalización del plazo vigente en el momento de la solicitud de ampliación debido a la reducción tarifaria y/o a la contribución a la financiación de infraestructuras de conexión. El plazo resultante de dicha ampliación no podrá superar los límites establecidos en el artículo 82 de esta Ley.

Será requisito necesario para obtener la ampliación prevista en esta disposición que el concesionario se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la concesión.

La ampliación de la concesión determinará la modificación de las condiciones de la misma, incluyéndose los nuevos compromisos adquiridos y el momento de su ejecución, que deberán ser aceptadas por el concesionario con anterioridad a la resolución sobre su otorgamiento.

2. El concesionario dispondrá de un plazo máximo de un año, contado a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, para formular su solicitud ante la Autoridad Portuaria, que deberá ir acompañada de las memorias económico-financieras de la concesión en el momento de su otorgamiento y en el momento de la solicitud de ampliación en la que se incluya los compromisos de inversión, la contribución a la financiación de infraestructuras de conexión y de mejora de las redes de transporte y/o la rebaja tarifaria propuestas.

3. *La ampliación del plazo concesional a que se refiere el apartado 1 de esta Disposición transitoria no será tenido en cuenta a los efectos de la valoración del rescate o de la revisión de la concesión y no alterará la situación jurídica existente respecto a las obras e instalaciones ejecutadas por el concesionario que, a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, hayan revertido a la Autoridad Portuaria, así como de la tasa de ocupación que corresponda exigir por su uso. Respecto de las obras e instalaciones que no hubieran revertido, será de aplicación el régimen previsto en esta Ley.*

4. *Los concesionarios que con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley hubieran presentado una solicitud de prórroga con arreglo al artículo 82 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, y que se encuentren en tramitación, podrán optar en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, entre la continuación del procedimiento con arreglo a la legislación anterior, o por la mejora voluntaria de la solicitud a los efectos de adaptarla a la nueva regulación, conservándose los actos y trámites cuyo contenido no se viera alterado por la nueva regulación.*

5. *La ampliación del plazo inicial de la concesión, cuando ésta sirva de soporte para la prestación de servicios portuarios, permitirá al concesionario solicitar la ampliación del plazo de la licencia correspondiente. Dicha solicitud se resolverá respetando las condiciones en materia de plazos máximos de la licencia de prestación del servicio portuario del artículo 114, sin que se considere la ampliación un supuesto de renovación a efectos del apartado 2 de dicho artículo, de forma que ambos títulos finalicen en la misma fecha.*

6. *La ampliación del plazo concesional será compatible con las prórrogas otorgadas o tramitadas con anterioridad al Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, con sujeción en todo caso a lo establecido en esta disposición.*

SÉPTIMA: Nos dice la recurrente que desde la entrada en vigor de la ley 48/2003 la APB ha considerado a Formentera Mar como concesionaria, y no como titular de un contrato de gestión de servicios públicos. Y para ello se refiere a las comunicaciones que esa Administración realiza a Formentera Mar en relación con las Tasas de Ayudas a la Navegación o T-0 y la Tasa de Embarcaciones Deportivas o de recreo, T-5, de forma que para esta Tasa, la Autoridad Portuaria, comunicó a la actora que, estando en vigor la ley 48/2003, se ha procedido a una nueva regulación de esa Tasa de la que son sujetos pasivos a título de contribuyente el propietario de la embarcación . Y que en dársenas otorgadas en concesión o autorización, el concesionario tiene la consideración de sujeto pasivo sustituto, estando obligado a cumplir las obligaciones materiales y formales de la obligación tributaria, de forma que la Autoridad Portuaria solicitó a Formentera Mar en su condición de concesionaria,

determinada información y le comunicó la tasa que debía abonar en concepto de sujeto pasivo sustituto del contribuyente como entidad concesionaria.

Esta circunstancia, que no niega la demandada, constituye un hecho propio que favorece a la actora, en detrimento de la posición de la demandada.

En definitiva, a pesar de que no se haya producido la opción material que refiere la disposición Transitoria Séptima, el negocio jurídico concertado por Formentera Mar y la APB ya no es el contrato de gestión de servicios públicos suscrito el 24 de junio de 1993, sino que por disposición legal se ha novado en una licencia o autorización administrativa cuyas prescripciones están pendientes de determinarse.

En consecuencia, la resolución impugnada en autos que desestima la petición formulada por considerar que al actuar la recurrente que ostenta un contrato de gestión de servicio público no le permite solicitar la ampliación y prórroga contemplada en la DT Décima del TRLPEMM no es ajustado a derecho. La respuesta es que en este caso, ya no existe el contrato de gestión de servicios públicos, y la naturaleza jurídica del título que vincula a ambas partes es una autorización administrativa, lo que permite a Formentera Mar solicitar la petición planteada en julio de 2015 conforme a lo establecido en la DT Décima del TRLPEMM.

OCTAVO: Nos dice la Abogacía del Estado que la Disposición Transitoria Cuarta de la ley 27/1992 ha sido expresamente declarada en vigor por la Disposición Transitoria segunda 1- a) Uno del TRLPEMM. Dice aquella Disposición:

Uno. Sin perjuicio de su posible modificación cuando se den los supuestos legalmente previstos, las autorizaciones que supongan ocupación del dominio público portuario y las concesiones vigentes a la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, seguirán sujetas a las mismas condiciones en que se otorgaron hasta que transcurra el plazo por el que fueron otorgadas, con excepción de los cánones aplicables, que se adaptarán a lo prevenido en dicha Ley y disposiciones que la desarrollen.

La vigencia de esa Disposición Transitoria Cuarta de la ley 27/1992, no altera lo que hasta aquí hemos dicho. La aplicación al caso de esa Disposición Transitoria Cuarta afecta a “*las condiciones*” del contrato otorgado y hasta que transcurra el plazo para el que fueron otorgadas. Por lo tanto, queda fuera del contenido de este debate, ya que tales condiciones

habrán de valorarse durante la aplicación de la DT Décima y el establecimiento de las prescripciones de la opción que exige la DT Séptima de la ley 48/2003.

Aquí nos limitamos a valorar si es posible plantear la petición formulada por la actora al amparo de la Disposición Transitoria Décima del RD Legislativo 2/2011. Y la respuesta de la Sala es que es posible, porque ha existido novación del título, de forma que lo que antaño fue un contrato de gestión de servicio público con unas condiciones determinadas, ahora se ha convertido ex lege, en una autorización administrativa, cuyas prescripciones, todavía están pendientes de determinar.

Llegados a este punto estimamos el recurso contencioso en cuanto a este punto. Sin embargo, la recurrente nos solicita también en el suplico de la demanda que acordemos la ampliación y prórroga del título que ostenta, y esa pretensión no ha de prosperar y la desestimamos, en la medida que no se ha tramitado el expediente administrativo y la APB no ha valorado las inversiones propuestas por esa parte para tal petición.

En consecuencia, la estimación del recurso ha de ser parcial. Acordamos la retroacción del procedimiento al momento que por la Autoridad Portuaria de Baleares valore si las inversiones propuestas en la solicitud presentada por Formentera Mar cumplen con lo establecido en la Disposición Transitoria Décima y artículo 82-2 b) del TRLPEMM.

NOVENO: En materia de costas de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional al ser la estimación parcial, no hacemos especial pronunciamiento de costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general aplicación

FALLAMOS:

PRIMERO: ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso.

SEGUNDO: ANULAMOS el acto administrativo impugnado por ser disconforme a derecho.

TERCERO: ACORDAMOS la retroacción del procedimiento al momento de que la APB valore si las inversiones propuestas por Formentera Mar cumplen con lo establecido en la DT Décima y artículo 82-2 b) del TRLPEMM

CUARTO: DESESTIMAMOS el resto de pretensiones formuladas en el debate.

QUINTO: Sin costas.

Contra esta sentencia y de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 7/2015 en la Ley 19/1998, caben los siguientes recursos:

1.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sala Tercera del Tribunal Supremo, según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. Téngase en cuenta Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo -BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

2.- Recurso de casación a preparar ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears y para la Sección de casación esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears,

según lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 29/1998, en el plazo de 30 días a partir de la notificación, si el recurso pretende fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Se tendrá en cuenta también el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación - BOE nº 162 de 6 de julio de 2016-.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrado de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castillon, que ha sido Ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.