

DENÚNCIA

Codi expedient: 863/17

Origen de l'actuació:

Denúncia per la qual se sol·licita a la IGS que es realitzen les comprovacions oportunes sobre diferents actuacions realitzades respecte a les concessions i autoritzacions en el domini públic marítim-terrestre en 3 ports de la Comunitat Valenciana (identificats a aquests efectes com a port 1, 2 i 3) .

Objecte de l'actuació:

Investigar les possibles irregularitats contingudes en la denúncia, en relació amb les autoritzacions i concessions concedides en aquests ports i, si és el cas, realitzar les recomanacions que resulten convenients per a l'esmena de la situació actual.

Naturalesa de l'actuació:

Investigació i informe

Data emissió informe:

6 d'octubre del 2017

Resultats de l'actuació:

Extracte de les principals conclusions:

Primera.- Valoració general i actes discrecionals.

La Llei 2/2014, de 13 de juny, de Ports de la Generalitat, disposa que l'atorgament d'autoritzacions i concessions per a la utilització del domini públic portuari té caràcter discrecional, però això no pot significar de cap manera que pugui ser arbitrari, entesa l'arbitrarietat com a desigualtat de tracte en l'aplicació de la norma, ni tampoc que no es respecten els principis bàsics de no discriminació, proporcionalitat i transparència.

Sense deixar de reconèixer la complexitat que comporta la gestió de la cessió de l'ús del domini públic i els limitats recursos humans amb què ha comptat el departament competent, les actuacions analitzades evidencien, segons el parer d'aquesta inspecció, una absència d'una visió clara de la necessitat de motivar i justificar tot acte administratiu que es dicte en l'exercici de potestats de caràcter discrecional pel que fa a aquests usos, per a la qual cosa resulta ineludible una labor prèvia d'anàlisi de les conseqüències de les decisions a adoptar que, sens dubte, ajudaria a realitzar una gestió més precisa i d'acord amb els principis exposats en el paràgraf anterior. Aquesta circumstància unida a la falta de transparència en la gestió, pot haver provocat condicions desiguals de competència empresarial.

La vigent llei de procediment administratiu, Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques, igual que les normes que li han precedit estableix que seran motivats, amb referència succincta de fets i fonaments de dret els actes que es dicten en exercici de potestats discrecionals (article 35.1. i).

Com s'ha reconegut per la doctrina i la jurisprudència, els actes discrecionals requereixen un plus de justificació respecte dels actes reglats perquè, en el cas d'aquests últims és la mateixa norma la que delimita els elements de l'acte, no obstant això en els actes discrecionals, el marge de decisió de l'òrgan exigeix que es justifique la raonabilitat de l'elecció. És per això que tot acte dictat a l'empara de l'exercici d'una potestat de caràcter discrecional ha d'arreglar els fonaments de fet i de dret que sustenten la decisió i això de manera que resulte "comprensible i justificable" la motivació de la decisió que pot

produir uns efectes o altres segons el sentit en el qual s'adopte.

Segona.- Sobre l'obligació de resoldre

Moltes de les sol·licituds i peticions presentades no han obtingut cap resposta per part dels òrgans competents. Respecte d'això és important recordar l'obligació de resoldre de les administracions públiques, tal com preceptua l'article 21.

La falta de resposta a molts escrits i peticions ha agreujat la majoria dels conflictes exposats.

Tercera.- Respecte al Port núm. 1.

En la investigació desenrotllada (període analitzat: des de 1999 fins a 2017), s'ha comprovat el següent:

-Casetes i amarratges: La gestió de les autoritzacions de les casetes i amarratges ha ocasionat un tracte desigual entre els empresaris que operen en el port amb possibles conseqüències desfavorables per als interessos d'alguns d'ells.

Així mateix, no s'han exercit degudament les facultats de tutela i policia administrativa sobre el domini públic portuari objecte d'autorització o concessió, tal com preceptua l'article 21.5 de la Llei 2/2014, de 13 de juny, de Ports de la Generalitat, a pesar de les reiterades sol·licituds d'empara.

La solució que ara s'està abordant d'adjudicació de casetes i amarratges, per mitjà de l'obertura d'un procediment de concurrència, igual que l'any 2000, segons el parer d'aquesta inspecció, no es motiva prou, ja que no es donen a conèixer els fonaments que aconsellen la distribució d'espais que es proposa per a la licitació.

Si l'òrgan gestor estima que ha d'aplicar-se una limitació d'usos, sobre la base d'un possible major rendiment i/o més seguretat d'aquests espais, açò hauria d'exposar-se i justificar-se.

-Quant a l'exigència al club nàutic de retirada de les embarcacions inscrites en la llista 6 (embarcacions destinades a explotació comercial), emparant-se en les condicions del plec de prescripcions tècniques de la concessió, va suposar al seu dia – 2 d'agost de 2016- com menys un acte arbitrari (entés com a desigualtat de tracte en l'aplicació de la norma), i discriminatori d'un club respecte a la resta, tenint en compte que la dita exigència va ser aplicada 7 mesos després als altres 2 clubs nàutics.

Quarta.- Respecte al Port núm. 2.

Al seu dia no es van valorar adequadament els perjudicis a tercers que podria comportar les dues ampliacions de les terrasses concedides a un dels restaurants ubicats en la zona de domini marítim terrestre.

Quan es fonamente la resolució en el fet de “no causar perjudicis a tercers”, s'hauria de deixar constància en l'expedient de les evidències que recolzen el dit argument. Precisament aquest fet, els possibles perjudicis econòmics a la resta de restaurants autoritzats, és el que ha motivat la denúncia.

Inclús sense obviar la complexitat de la presa de decisions en la cessió del domini públic per a usos d'explotació comercial que obliguen a conciliar diferents interessos en joc, no ha d'oblidar-se que l'interès general i els interessos particulars no són conceptes contradictoris o enfrontats, sinó elements que han de ser conciliats per les normes jurídiques i per l'acció dels poders públics, ponderant tots els interessos en joc.

Quinta.- Respecte al Port núm. 3.

La mateixa existència de la denúncia objecte d'aquesta actuació evidència la percepció d'una impossibilitat d'accedir a una gestió regularitzada per part dels denunciants, no tant per no aconseguir les seues pretensions sinó per desconèixer per què no són viables. L'absència de resposta o la irregularitat formal i argumentativa de la mateixa pot produir indefensió en els interessats, que pot arribar a impedir-los la defensa dels seus interessos legítims, situant-los en un àmbit de gestió que, de vegades, pot parèixer de naturalesa graciable.

Hi ha importants dubtes i llacunes en la gestió realitzada respecte a les autoritzacions concedides respecte a una de les activitats exercides en aquest port, per la qual cosa s'efectuaran recomanacions respecte d'això tenint en compte l'absència de documentació en els expedients examinats que puguen explicar o justificar les decisions adoptades, la qual cosa impedit formular una conclusió determinant.

Extracte de les principals recomanacions:

Primera.- Motivació actes discrecionals i deure de resposta

D'ara en avant han d'adoptar-se les mesures necessàries perquè tot acte dictat a l'empara de l'exercici d'una potestat de caràcter discrecional arreplegue els fonaments de fet i de dret que sustenten les decisions, de manera que resulte "comprensible i justificable" la motivació de les mateixes atés que poden produir uns efectes o altres segons el sentit en què s'adopten.

En especial, hauria de considerar-se la necessitat de disposar d'una plantilla suficient amb la formació necessària en matèria d'exercici de potestats discrecionals de les administracions públiques i de procediment administratiu comú.

Així mateix, s'haurien d'avaluar les sol·licituds no respostes o denegades tàcitament i reconsiderar les propostes formulades pels denunciants per a acceptar-les o denegar-les d'acord amb dret, evitant situacions que puguen donar lloc a indefensió o a un aparent tracte discriminatori.

Segona.- Transparència

La Llei 2/2015, de 2 d'abril, de la Generalitat, de Transparència, Bon Govern i Participació Ciutadana de la Comunitat Valenciana, regula i garanteix l'exercici del principi de transparència i el dret de lliure accés a la informació pública, entés com el dret de la ciutadania a rebre una informació adequada i veraç sobre l'activitat pública, garantint la llibertat de totes les persones a formar les seues opinions i prendre decisions amb base en aquesta informació.

Aquesta llei, que obliga a l'Administració de la Generalitat en el seu conjunt, ha d'observar-se amb major rigor en departaments com el que ha sigut objecte d'aquest informe, en els que l'atorgament d'autoritzacions i concessions per a la utilització del domini públic es basa en criteris de discrecionalitat.

Tercera.- Responsabilitat disciplinària

Es recomana al departament competent que analitzen els comportaments descrits en l'informe, a fi de verificar si concorren elements susceptibles de constituir una falta disciplinària de les tipificades en la llei de la funció pública.

Igualment, la direcció general competent haurà de prendre les mesures necessàries a fi d'extremar el zel en el compliment dels principis d'actuació previstos en l'article 87 de l'esmentada llei, exigibles a tot el personal empleat públic.

Quarta.- Port núm. 1

Vista l'evolució de l'assumpte en l'esmentat port, s'estima aconsellable que s'analitzi detingudament la situació, i es realitzi una labor de justificació de les decisions basada en dades objectives que permeti realitzar una cessió d'ocupació i ús d'aquests espais que resulte d'acord amb tots els interessos en joc, en essència: la seguretat i la protecció del medi ambient, les expectatives de negoci viables, així com de l'estabilitat a mitjà termini davall unes mateixes condicions econòmiques i d'accessibilitat dels espais, rendibilitat per a l'administració pública i oferta turística més adequada per al municipi.

Quinta.- Port núm. 2

Es recomana la revisió de les autoritzacions concedides les resolucions de les quals no tinguen motivació suficient, almenys pel que fa a l'ocupació de zones de pas, així com en els possibles perjudicis que es poden causar a tercers. Els actes discrecionals han d'estar protegits per dades objectives, basades en l'interès general, per a evitar que es convertisquen en arbitraris.

Sexta.- Port núm. 3

Sobre les qüestions sorgides en aquest port, en primer lloc, ha d'oferir-se una resposta degudament fundada en dret de totes i cada una de les sol·licituds que s'han presentat davant de l'òrgan competent, per mitjà de resolucions administratives que possibiliten la defensa dels interessos dels administrats.

En segon lloc, hauria de valorar-se si l'actual "zona de preembarcament" és adequada o seria procedent adoptar alguna mesura que harmonitzi millor els interessos dels diferents operadors i preserve els valors estètics del port.

Respecte a la tramitació de les autoritzacions concedides respecte a una de les activitats exercides en aquest port, hauran de ser objecte de justificació d'acord amb dret per part del departament gestor, els aspectes següents: successió en les concessions, extensió de la superfície concedida, així com els cànon i taxes aplicats.