NOTA INFORMATIVA

Asunto: **Aclaraciones a determinados extremos del concurso convocado a los efectos de habilitar la prestación por parte de terceros del servicio comercial de excursiones marítimas con base en el Puerto Deportivo de Benalmádena.**

PRIMERO.- La documentación publicada en el perfil del contratante del Puerto de Benalmádena, esto es, pliegos de cláusulas administrativas particulares, pliegos de prescripciones técnicas, cuadro resumen de las características del pliego de cláusulas administrativas particulares, anuncio de licitación, planos del Puerto y contrato regulador del servicio, resulta suficiente al objeto de que el licitador realmente interesado en participar presente su oferta correspondiente, conforme a criterios de objetividad, competitividad y libre concurrencia.

Como se puede apreciar, el contrato regulador del servicio es un documento tipo que recoge, con carácter general, los derechos y obligaciones de mayor relevancia para aquellos licitadores que finalmente resulten adjudicatarios del concurso y reúnan los requisitos exigidos para su perfeccionamiento.

A la formalización del referido contrato, el documento tipo de carácter general se transforma en un documento específico en el que, además de recoger las cláusulas generales, recogerá las cláusulas específicas derivadas de la oferta presentada por el licitador adjudicatario, así como todos los documentos anexos y anejos que en él se indican. De ahí que no resulte necesaria la publicación de la resolución de APPA.

Supuesto muy diferente es el de la documentación propia y necesaria para la celebración del concurso, esto es, pliegos, anexos y anejos, cuya publicación en el perfil del contratante a estos efectos no se discute, puesto que cumple con los pertinentes requisitos legales de publicidad, siendo ésta, la que cada licitador debe tener a su disposición a los efectos de presentar su oferta en una posición de igualdad respecto de otros posibles licitadores.

Es más, otro motivo por el que no resulta necesaria la publicación de la resolución de APPA y se estima que no existe vulneración de derecho alguno, lo puede encontrar en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares, cuando indica lo siguiente:

"(...) *el artículo 44 de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el régimen jurídico y económico de los Puertos de Andalucía, relativo a la Licencia de Actividad señala que la prestación de actividades comerciales o industriales en el espacio portuario, cuando no requiera título de ocupación, estará sujeta a la obtención de licencia de actividad.*

El plazo inicial máximo de vigencia de la licencia de actividad será de tres años, pudiéndose renovar de manera sucesiva por idénticos períodos, correspondiendo a la Agencia Pública de Puertos de Andalucía la competencia de otorgamiento de la referida licencia al concesionario, esto es al Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M.

Con fecha 5 de abril de 2018, la Dirección Gerencia de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía autorizó al Puerto Deportivo de Benalmádena el ejercicio de servicios comerciales en sus instalaciones, de manera que la referida resolución favorable, habilita legalmente al Órgano de Contratación para la celebración del presente concurso".

Por su parte, el artículo 45 de la misma Ley señala que en los puertos de gestión indirecta, la prestación de las actividades comerciales o industriales a la que se refiere el artículo 44 deberá estar habilitada en las prescripciones del título concesional y sus instrumentos de desarrollo, tal y como sucede en el presente supuesto.

Con ello, el fundamento legal que habilita a la celebración del concurso queda suficiente y manifiestamente motivado.

A mayor abundamiento, le participamos que todos los condicionantes establecidos por APPA en su resolución quedan convenientemente recogidos en los pliegos y documentación reguladora del concurso, de forma que ningún licitador pueda alegar en el futuro desconocimiento previo de las condiciones que pasarán a regular la futura actividad a desarrollar o vulneración de derecho alguno.

Por último, ponemos en su conocimiento que la resolución emitida por APPA, además de autorizar el ejercicio de actividades comerciales e industriales que no requieren ocupación del dominio público portuario, conforme a lo señalado en los artículos 44 y 45 de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, recoge además información específica del Puerto que no es susceptible de ser divulgada públicamente.

Con lo anteriormente expuesto, el Puerto Deportivo de Benalmádena considera suficientemente motivada su decisión de no publicar la resolución de APPA que otorga la

licencia para la prestación, por parte de terceros, del servicio comercial de excursiones marítimas, con base en el Puerto de Benalmádena.

No obstante lo anterior, a los efectos de evitar cualquier tipo de controversia sobre este extremo que empañen la buena fe que rige la convocatoria del concurso, el Puerto Deportivo de Benalmádena dará a conocer a todo interesado en concursar, los aspectos estrictamente relacionados con la licencia otorgada por APPA en la referida resolución, pudiendo consultarla de forma presencial en las oficinas del Puerto hasta el 29 de mayo de 2018 en horario de 10 horas a 13 horas, adelantándole que no se facilitarán copias del documento.

SEGUNDO.- El Artículo 17 de la Ley 9/2017, relativo al contrato de servicios, señala lo siguiente: "Son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en **el desarrollo de una actividad** o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos".

Por su parte, el artículo 44 de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el régimen jurídico y económico de los Puertos de Andalucía, relativo a la **Licencia de Actividad,** señala que la prestación de actividades comerciales o industriales en el espacio portuario, cuando no requiera título de ocupación, estará sujeta a **la obtención de licencia de actividad**. El plazo inicial máximo de vigencia de la licencia de actividad será de tres años, pudiéndose renovar de manera sucesiva por idénticos períodos, correspondiendo a la Agencia Pública de Puertos de Andalucía la competencia de otorgamiento de la referida licencia al concesionario, esto es al Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M.

Asimismo, el artículo 45 de la misma Ley dispone que en los puertos de gestión indirecta, el desarrollo de las actividades comerciales o industriales a la que se refiere el artículo 44 deberá estar habilitada en las prescripciones del título concesional y sus instrumentos de desarrollo

Dado que la APPA otorga al Puerto deportivo de Benalmádena una licencia de actividad la prestación de actividades comerciales o industriales, el Puerto Deportivo de Benalmádena, a su vez, otorga las oportunas licencias.

Dichas licencias deben ser entendidas en el estricto ámbito portuario, marco en el que nos movemos y pueden ser consideradas igualmente autorizaciones (no administrativas) para el desarrollo de una actividad o la prestación de un servicio no público.

Llegados a este punto ponemos en su conocimiento que el simple objeto del concurso es la selección de ofertas para la prestación de un servicio comercial de los definidos en la Ley 21/2007 que habilita a terceros al desarrollo de una actividad, como son las excursiones marítimas, con base en el Puerto Deportivo de Benalmádena, sin que en ningún caso pueda entenderse que el Puerto Deportivo de Benalmádena tenga intención alguna de prestar el referido servicio.

Esto es, el Puerto Deportivo de Benalmádena ha tramitado ante la Administración competente el oportuno instrumento para que terceros interesados puedan desarrollar una actividad comercial en sus instalaciones.

El Puerto Deportivo de Benalmádena no pretende efectuar ningún servicio comercial ni industrial. Lo que pretende es regularizar una actividad que desde años se ha venido desarrollando de forma poco idónea y con inseguridad jurídica para las partes. Para ello siguiendo la normativa de aplicación, ha obtenido la oportuna licencia para que terceros interesados puedan desarrollar ese servicio comercial.

En definitiva, la figura jurídica que se adjudica es una licencia, que en el ámbito portuario también se puede denominar autorización (no administrativa) para la prestación del servicio (no público) comercial de excursiones marítimas que será regulado por su correspondiente contrato, además de la correspondiente documentación del concurso.

TERCERO.- El contrato que regulará los servicios de la licencia tiene naturaleza jurídico-privada, aunque los actos preparatorios y de adjudicación tendrán la consideración de actos administrativos a los efectos de la convocatoria del concurso conforme a la Ley 39/2015.

CUARTO.- Las cantidades a abonar por la prestación del servicio comercial de excursiones marítimas con base en el Puerto de Benalmádena tienen carácter de precio privado.

La justificación del precio mínimo a ofertar queda suficientemente motivada en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

QUINTO.- El concurso es público.

Con independencia de ello, el desarrollo de esta actividad comercial sólo puede ser efectuada por embarcaciones deportivas registradas en lista 6ª, por mor de la normativa de aplicación.

El Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, por el que se regula el abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo regula el procedimiento de abanderamiento, matriculación y registro de buques. Este reglamento es de aplicación a todos los buques que pretenden el derecho de navegar bajo la bandera española. Establece el RD que las embarcaciones de recreo se registran en la lista 6° si son utilizadas con fines lucrativos y en lista 7° las otras.

Esto es, dicha normativa señala que toda **actividad económica** realizada mediante una **embarcación deportiva** deberá estar obligatoriamente registrada en lista 6ª, de manera que sólo podrán concurrir al concurso público aquellas embarcaciones que reúnan los requisitos técnicos que señala la normativa de aplicación.

SEXTO.- El Puerto Deportivo de Benalmádena constituye el soporte material de la concesión otorgada mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de abril de 1972 al Ayuntamiento de Benalmádena, la cual resultó transferida a la comunidad autónoma de Andalucía mediante Real Decreto 3137/1993, de 25 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios en materia de puertos.

En esta instalación portuaria resulta de aplicación lo establecido en el artículo 45 de la Ley 21/2007, por lo que una vez obtenida la correspondiente licencia expedida por APPA, compete al propio Puerto Deportivo de Benalmádena establecer el instrumento de desarrollo necesario para autorizar las actividades comerciales que pretendan desarrollarse dentro de las instalaciones.

Es por ello que el Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M., en el ejercicio de sus competencias, es libre de elegir la forma de gestión de las instalaciones portuarias de su titularidad conforme al pliego de condiciones regulador de la ocupación y la normativa portuaria de aplicación, especialmente la Ley 21/2007, de 18 de diciembre.

La decisión de iniciar un procedimiento (concurso) para otorgar el correspondiente título que habilite a la prestación del servicio comercial de excursiones marítimas con base

en el Puerto de Benalmádena, es discrecional por parte del Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M.

La presentación de una solicitud para la prestación del servicio tras la obtención de la autorización expedida por APPA, por sí misma, no genera otro derecho que a obtener una respuesta razonada a la misma.

Es el Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M. el que, en la búsqueda de la defensa de los intereses generales, determina la forma y el momento oportuno para el otorgamiento del correspondiente título que habilite a la prestación del correspondiente servicio comercial. Dicho en otros términos, los futuros peticionarios que no concurran al correspondiente concurso no ostentarán un derecho subjetivo a obtener un título habilitante frente al Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M., por el mero hecho de formular una solicitud para ello, sino que es el Puerto de Benalmádena, S.A.M. la que, en el ejercicio de servir con objetividad a los intereses generales pondera razonadamente cuál es el interés público prevalente. No se trata más que de la aplicación del principio de autonomía organizativa de los entes públicos.

Es consolidada la jurisprudencia que considera que el otorgamiento de este tipo de títulos no es un acto reglado, en virtud del cual el ente otorgante se limita a remover los obstáculos que impiden el ejercicio de un derecho preexistente en la esfera patrimonial del solicitante, sino que se trata de un acto discrecional, entendida la discrecionalidad como un margen de libre elección del Puerto Deportivo de Benalmádena, S.A.M. entre una pluralidad de posibilidades igualmente lícitas y orientadas a la satisfacción de los fines que pudieran calificarse de interés público que debe perseguir todo ente administrativo.

De ahí que, si lo estima oportuno, tenga potestad para decidir si le interesa que en sus instalaciones se desarrolle la actividad de excursiones marítimas o cualquier otra de tipo comercial y en qué condiciones, pudiendo en cualquier caso decidir que no se desarrolle en sus instalaciones este tipo de actividad comercial, sin necesidad de justificación alguna.

El servicio de excursiones marítimas se ha venido prestando desde sus inicios de forma poco idónea y con inseguridad jurídica para las partes, sin ajustarse a unos principios de adjudicación concretos. Con el oportuno concurso, las futuras licencias para la prestación del servicio serán otorgadas mediante la correspondiente licitación y publicidad y concurrencia, concediéndose a la oferta más ventajosa técnica y económicamente.

A la fecha de extinción de las vigentes autorizaciones provisionales, el Puerto Deportivo de Benalmádena no otorgará más autorizaciones de forma directa, de manera que la figura jurídica que será utilizada para el otorgamiento de nuevas licencias será inexcusablemente a través de concurso público, abierto a cuantos licitadores quieran presentarse al mismo.

Por tanto, determinada la figura jurídica a emplear para otorgar las oportunas licencias y teniendo en cuenta que el 31 de mayo de 2018 extinguen por vencimiento de plazo las autorizaciones provisionales en vigor, a partir del 1 de junio de 2018 el Puerto Deportivo de Benalmádena decidirá la oportunidad de autorizar la prórroga de los títulos habilitantes provisionales en vigor, adelantando que en estos momentos no considera oportuna renovación alguna.

SEPTIMO.- Vistas las manifestaciones formuladas, considerando aclaradas todas las cuestiones suscitadas, considerando suficientemente motivadas las argumentaciones esgrimidas en el cuerpo de este escrito, considerando que la documentación reguladora del concurso reúne los requisitos necesarios para adjudicar los correspondientes títulos habilitantes que pasarán a regular la prestación de un servicio comercial de los recogidos en la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, no se estima mínimamente oportuno, ni necesario suspender el concurso convocado.

La Consejera Delegada

Dª. Encarnación Cortés Gallardo

Benalmádena a 4 de mayo de 2018