



NOTA INTERIOR

FECHA

DE José Antonio Morillo-Velarde del Peso
Jefe de la Asesoría Jurídica

A Álvaro Rodríguez Dapena
Director de Planificación y Desarrollo

ASUNTO **Sobre la aprobación definitiva del Plan Especial del puerto de Málaga, sometida a determinada condición.**

P/2021/8289

Mediante Nota Interior de esa Dirección, fechada el 5 del presente mes abril de 2021, se solicita la opinión jurídica de esta Asesoría sobre determinado aspecto que atañe a la relación entre el planeamiento urbanístico y el otorgamiento concesional.

Concretamente se solicita parecer sobre la posibilidad jurídica de que el Ayuntamiento de Málaga, con ocasión de la aprobación provisional del Plan Especial del puerto¹, incorpore al citado acto de aprobación provisional un acuerdo (en rigor -y jurídicamente hablando-, una condición) de la que hace depender la eficacia del ulterior acto de aprobación definitiva del referido Plan Especial.

Tal condición de eficacia referida a un futuro acto administrativo urbanístico de aprobación definitiva del Plan Especial, en desarrollo del Planeamiento General urbanístico, queda expresado de la siguiente manera en dicha aprobación provisional:

“Advertir expresamente a la Autoridad Portuaria, que la eficacia del acuerdo de aprobación definitiva de esta Modificación de Elementos del Plan Especial del Puerto quedará condicionada, en todo caso, a que sea firme la autorización del Consejo de Ministros que levante la prohibición del uso hotelero en el dominio público portuario, tal y como exige el artículo 72.4 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; no pudiéndose publicar dicha aprobación definitiva y las ordenanzas correspondientes hasta tanto se haya obtenido la citada autorización”.

En cuanto a la opinión jurídica solicitada, esta Asesoría es del parecer que a continuación se expresa.

¹ Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga, adoptado en su sesión de 27 de noviembre de 2020, relativo a la aprobación provisional de la “Modificación Puntual de Elementos en la Plataforma del Morro e incremento del índice de edificabilidad máxima de la zona Ciudadano Portuaria (art. 13.4) del Plan Especial del Puerto”.

Primero.- La condición a la que el Ayuntamiento de Málaga somete la futura eficacia de la aprobación definitiva del Plan Especial, lleva a un razonamiento circular desde el punto de vista lógico-normativo que, por ello mismo, resulta de imposible cumplimiento jurídico; toda vez que, de conformidad con el art. 72.4 TRLPEMM², el Consejo de Ministros solo puede dictar el acto jurídico de levantamiento de la prohibición de uso hotelero en el puerto si previamente tal uso está permitido (“acomodarse” es el término literal que emplea el apartado 4 del art. 72 TRLPEMM) por el planeamiento urbanístico.

Dicho con otras palabras: el Gobierno de la Nación solo puede autorizar el uso hotelero en cuestión si, previamente, el Plan Urbanístico específicamente aplicable (aquí el Plan Especial mencionado) permite dicho uso hotelero para el suelo portuario en que ha de asentarse. Tal admisión en el Plan Especial requiere que este instrumento de planeamiento urbanístico se encuentre vigente y, por tanto, publicado según determine la legislación urbanística autonómica aplicable.

Consecuentemente, no puede establecerse una condición de eficacia respecto de la norma urbanística (Plan Especial aprobado definitivamente y publicado) que ha de servir de base para que el Consejo de Ministros pueda dictar una autorización (o levantamiento de la prohibición) para el uso que el Plan urbanístico admita³.

Segundo.- El anterior razonamiento ha de completarse con la regulación establecida en cuanto a la ordenación urbanística de los puertos contenida en el TRLPEMM⁴ (e

² Artículo 72. *Usos y actividades permitidas en el dominio público portuario.*

4. Excepcionalmente, por razones de interés general debidamente acreditadas y previo informe de Puertos del Estado, el Consejo de Ministros podrá levantar la prohibición de instalaciones hoteleras en espacios del dominio público portuario destinados a zonas de actividades logísticas y a usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, debiendo tales usos hoteleros acomodarse al plan especial de ordenación de la zona de servicio del puerto o instrumento equivalente. Dichas instalaciones no podrán ubicarse en los primeros 20 metros medidos tierra adentro a partir del límite interior de la ribera del mar o del cantil del muelle.(...)

³ Huelga decir que lo anterior implica [ex art. 56.2. a) TRLPEMM] el *prius* de que la DEUP admita para dicho suelo de la zona de servicio del puerto a ocupar por el hotel y sus instalaciones, el uso de interacción puerto ciudad al que se refiere el mentado art. 72.4 TRLPEMM, como así parece que admite la vigente Orden FOM/649/2017, de 6 de julio (BOE nº 161, de 7 de julio de 2017), por la que se aprueba la Delimitación de Espacios y Usos Portuarios (DEUP) del puerto de Málaga.

Además de lo anterior, el Acuerdo del Consejo de Ministros habrá de fundamentarse en motivos de interés general debidamente acreditados que justifiquen el carácter excepcional de la admisibilidad del uso hotelero en el demanio portuario, amén de que las instalaciones se ubiquen más allá de los 20 primeros metros medidos tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar o del cantil del muelle, como regula el reiterado art. 72.4 TRLPEMM.

⁴ Artículo 56. *Articulación urbanística de los puertos*

2. Dicho sistema general portuario se desarrollará a través de un plan especial o instrumento equivalente, que se instrumentará de la forma siguiente:

a) La Autoridad Portuaria formulará dicho plan especial.

Con carácter previo a la formulación del plan especial o instrumento equivalente que ordene la zona de servicio de un puerto, deberá encontrarse delimitada ésta mediante la aprobación de la Delimitación de los Espacios y Usos Portuarios en dicho puerto, no pudiendo extenderse las determinaciones de aquel plan más allá de la zona de servicio así delimitada.

interpretada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/1998, de 19 de febrero), y la competencia en materia de urbanismo⁵ que la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 61/1997, de 20 de marzo, atribuyó al Legislador autonómico, pudiendo afirmarse que, después de la STC 61/97, en materia de planeamiento urbanístico, el Estado ha quedado privado de la más mínima competencia efectiva, cayendo la misma bajo la competencia del Legislador autonómico, el cual la puede atribuir a órganos de un Ayuntamiento.

A este respecto, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA), regula el contenido de los Planes Especiales (art. 14), los órganos competentes para su aprobación definitiva [art. 31.1.B).c)], su tramitación (art. 32), y disponiendo el art. 33 LOUA en cuanto al acto de aprobación definitiva que:

“Artículo 33 Aprobación definitiva de los instrumentos de planeamiento

1. El órgano que deba resolver sobre la aprobación definitiva examinará el expediente y, en particular, el proyecto del instrumento de planeamiento en todos sus aspectos.

2. Cuando no aprecie la existencia de deficiencia documental o procedimental alguna, el órgano competente podrá adoptar, de forma motivada, alguna de estas decisiones:

- a) Aprobar definitivamente el instrumento de planeamiento, en los términos en que viniera formulado.
- b) Aprobar definitivamente el instrumento de planeamiento a reserva de la simple subsanación de deficiencias, supeditando, en su caso, su registro y publicación al cumplimiento de la misma.⁶
- c) Aprobar definitivamente de manera parcial el instrumento de planeamiento, suspendiendo o denegando la aprobación de la parte restante.
- d) Suspender la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento por deficiencias sustanciales a subsanar.
- e) Denegar la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento.”

Como se aprecia, entre las modalidades que puede revestir la aprobación definitiva de un Plan urbanístico en Andalucía, el Legislador urbanístico competente en la materia de planeamiento urbanístico (es decir, el Legislador autonómico andaluz que ha dictado la LOUA) no

b) Su tramitación y aprobación se realizará de acuerdo con lo previsto en la legislación urbanística y de ordenación del territorio, por la Administración competente en materia de urbanismo.

c) (...)

Los subrayados son nuestros.

⁵ Concretamente en su tres estrictos y clásicos ámbitos regulatorios: Planeamiento; Gestión -o ejecución y sus técnicas para llevar a la práctica las determinaciones del planeamiento: sistemas de compensación, reparcelación, expropiación, u otros que establezca la legislación urbanística autonómica-; y Disciplina urbanística.

⁶ La modalidad de aprobación definitiva prevista en el art. 33.2.b) LOUA, no puede a nuestro juicio ser interpretada, en rigor, como una aprobación “condicionada”, sino que ha de entenderse solo en el sentido de fijar determinadas deficiencias procedimentales que deban corregirse, modificar o introducir determinadas innovaciones por el órgano que otorgó la aprobación provisional, relevándole de volver a someterlo a aprobación definitiva, una vez atendidas aquéllas.

ha establecido para la aprobación definitiva de un Plan Especial que éste pueda ser aprobado sujetando su eficacia al dictado de un acto administrativo de un órgano externo a la Administración urbanística que, en el supuesto que se somete a examen, no es otro que el acto administrativo de un órgano constitucional estatal que es el Consejo de Ministros el cual, con base en la aplicación de una Ley sectorial estatal -art. 72.4 TRLPEMM- tiene la competencia para levantar la prohibición del uso hotelero en espacios de la zona de servicio de un puerto de interés general del Estado en determinadas condiciones que dicho Texto legal dispone.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, esta Asesoría considera que, con arreglo al art. 72.4 TRLPEMM, el Consejo de Ministros solo puede levantar la prohibición de que en suelo demanial portuario pueda ubicarse una instalación hotelera si ello se acomoda (es conforme o está previsto) en el planeamiento urbanístico aplicable y vigente (cual sería, en el caso que nos ocupa, el Plan Especial de constante cita, definitivamente aprobado y publicado), amén de la previsión de compatibilidad de tal uso en la DEUP vigente.

Consecuentemente no sería posible jurídicamente que el Consejo de Ministros dicte tal acuerdo si previamente el Plan especial urbanístico no estuviese aprobado definitivamente y sin la condición suspensiva de su eficacia referente a la existencia del previo acuerdo del Gobierno de la Nación. Mantener tal condición, cual es la contenida como advertencia a la Autoridad Portuaria de Málaga en el Acuerdo de aprobación provisional del Plan Especial como un “acuerdo séptimo”, no lleva más que a un razonamiento circular inadmisibles jurídicamente desde una perspectiva de interrelación normativa entre la LOUA y el TRLPEMM, pues relaciona dos elementos que se explican recíprocamente.

En efecto, y como apunta la Autoridad Portuaria de Málaga en la parte final de su escrito de 26 de enero de 2021 dirigido al Presidente de Puertos del Estado (párrafo segundo del “SOLICITO”), se está en presencia de dos procedimientos diferentes: uno, la tramitación del otorgamiento de una concesión demanial (arts. 81 y ss TRLPEMM) cuyo objeto determina que, como pieza separada dentro de dicho procedimiento se haya de acordar por el Consejo de Ministros el eventual levantamiento de la prohibición de instalaciones hoteleras en la zona de servicio del puerto de Málaga si ello está motivado legalmente con arreglo al art. 72.4 TRLPEMM; y otro, un procedimiento diferente que es el relativo a la sustanciación de la tramitación y aprobación de un Plan urbanístico en el marco de la LOUA.

El Consejo de *Ministros* solo podrá levantar la prohibición para las instalaciones hoteleras de constante cita si la construcción de dichas instalaciones llamadas a ampararse en una concesión demanial portuaria, previamente se acomodan al Plan Especial de ordenación de la zona de servicio del puerto o instrumento equivalente.

Dicho Plan Especial (“Modificación puntual de Elementos en la Plataforma del Morro e incremento del índice de edificabilidad máxima en la zona ciudadano-portuaria (art. 13.4) del Plan especial del Puerto de Málaga”) debe estar vigente al tiempo del dictado del repetido acto por el Consejo de Ministros.

Un saludo,