



INFORME JURÍDICO RELATIVO AL ANTEPROYECTO DE LEY DE PUERTOS Y TRANSPORTE MARÍTIMO DEL PAÍS VASCO.

I.- INTRODUCCIÓN

Por la Dirección de Infraestructuras del Transporte se remite, a efectos de su tramitación, el Anteproyecto de Ley de referencia.

Por el Servicio de Asesoría Jurídica se emite el presente informe de conformidad con las funciones atribuidas a la Dirección de Servicios en el artículo 8 del Decreto 196/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial, así como en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las Disposiciones de Carácter General.

El objeto del informe consiste en analizar la adecuación del “Anteproyecto de Ley de Puertos y Transporte marítimo del País Vasco” a la ley y al derecho. En dicho análisis se tendrá también en cuenta el cumplimiento de las directrices de técnica normativa, y en particular la Orden de 6 de abril de 1993, del Consejero de Presidencia, Régimen Jurídico y Desarrollo Autonómico, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993, por el que se aprueban las directrices para la elaboración de Proyectos de Ley, Decretos, Ordenes y Resoluciones; también se valorará el cumplimiento del artículo 18.4 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, que exige la realización de un uso no sexista del lenguaje. Se determinará asimismo la posterior tramitación que debe seguir la iniciativa.

II.- CONSIDERACIONES PREVIAS

a) Contenido del expediente

El expediente consta de la siguiente documentación:

- Orden de la Consejera de inicio del expediente
- Orden de la Consejera de aprobación previa, que adjunta el texto del Anteproyecto de Ley

- Memoria justificativa
- Informe de Impacto en función del género

La Orden que da inicio a la tramitación del Anteproyecto de ley justifica la iniciativa en la existencia de competencia legislativa y ejecutiva plena en materia de puertos que no sean de interés general, competencia que no ha venido acompañada, a pesar de los intentos habidos en legislaturas anteriores, de la aprobación de una norma con rango de ley que regule la materia. Dicha Orden también identifica cual debe ser el contenido de la misma.

Por su parte, la Memoria justificativa desarrolla la exposición de motivos del Anteproyecto, ampliando en ocasiones la justificación relativa a las opciones adoptadas en la elaboración del texto normativo.

El Informe de Impacto en función del género analiza la distribución entre mujeres y hombres de recursos tales como formación académica, situación laboral y utilización de la zona de servicio de los puertos de titularidad vasca y de los servicios portuarios que se prestan en los mismos y aporta datos sobre la participación social y laboral de mujeres y hombres en órganos, entidades y empresas del ámbito.

Por otra parte, como medidas que el Anteproyecto recoge para eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres, identifica el informe el principio de actuación recogido en el artículo 6.3, que establece que *“el respeto a los principios de protección de los intereses de la ciudadanía en su condición de personas usuarias de los puertos, especialmente en el caso de personas con discapacidad o con movilidad reducida, garantizando su derecho al acceso a los servicios de los puertos en adecuadas condiciones de calidad, y el respeto a los principios de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres deberán guiar la gestión de los puertos de Euskadi”*.

b) Competencia

Tal y como pone de manifiesto la Memoria justificativa del Anteproyecto, no es ésta la primera vez que se pretende la aprobación de una Ley de Puertos y, en las ocasiones anteriores, la tramitación alcanzo hasta la aprobación del Proyecto de Ley por parte del Consejo de Gobierno.

Ello implica que los aspectos relativos a la competencia que la Comunidad autónoma ostenta en la materia y su delimitación, tanto con respecto al Estado como con respecto a los Territorios históricos y los municipios, han sido objeto de informes de los correspondientes servicios jurídicos del Departamento correspondiente y de Dictámenes por parte da la Comisión Jurídica Asesora.

Los últimos informes, a los que, en estos aspectos relativos a la competencia me remito plenamente, son los del Servicio de Asesoría Jurídica del Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, de 24 de junio de 2011 y el Dictamen nº 69/202, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

Partimos de la competencia exclusiva de la CAPV en la materia de puertos, conforme al art. 10.32 EAPV, sin perjuicio de las competencias que corresponden al Estado en materia de puertos de interés general y marina mercante (art. 149.1.20 CE) y partimos también del marco normativo de referencia considerado en dichos informes, el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2011 (LPMM), de 5 de septiembre, que, si bien ha sufrido modificaciones desde entonces, las mismas no afectan a cuestiones relacionadas con el reparto competencial.

Partimos asimismo de la interpretación que debe darse a la competencia que la Comunidad Autónoma ostenta en materia de ordenación del territorio y del litoral y de la forma en que el ejercicio de dicha competencia puede incidir en el ejercicio por parte del Estado de la competencia que ostenta en los puertos de interés general, interpretación realizada por la STC 40/1998.

El texto del Anteproyecto resulta respetuoso con esta interpretación pues deja claro al dictaminar sobre su objeto que se aplica a los puertos e instalaciones portuarias y marítimas “de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco”.

Y partimos también de la titularidad estatal del dominio público portuario y marítimo terrestre (art. 132 CE), titularidad que no imposibilita el ejercicio de la competencia autonómica en materia de puertos, tal y como reconoce la STC 149/1991 y a la que responde el artículo 7 del Anteproyecto.

Junto a estas cuestiones que ya habían sido analizadas en informes anteriores, procede asimismo analizar la materia relativa al transporte marítimo en la medida en que el Anteproyecto regula también esta materia.

En este sentido, el Estatuto de Autonomía para el País Vasco dispone en el mismo artículo 10.32 que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en materia de transportes marítimos, sin perjuicio también aquí de lo dispuesto en el artículo 149.1.20.^a CE, que ya hemos dicho deja a salvo la competencia del Estado en materia de puertos de interés general y marina mercante.

Con este punto de partida, debe tenerse en cuenta la propia definición del concepto de marina mercante recogido en el art. 6 LPMM, que considera marina mercante la actividad de transporte marítimo, pero añade, “exceptuando el que se lleva a cabo

exclusivamente entre puertos o puntos de una misma Comunidad Autónoma, que tenga competencias en esta materia, sin conexión con puertos o puntos de otros ámbitos territoriales”.

Así, mediante Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias de 22 de junio de 2011 aprobado por el Real Decreto 900/2011, de 24 de junio, se procedió al traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de transporte marítimo.

La regulación contenida en el Anteproyecto respeta la competencia estatal por cuanto que su ámbito de aplicación se limita expresamente a la actividad de transporte marítimo “de pasajeros, de mercancías, o mixtos, en embarcaciones debidamente registradas, que se produzca entre puertos o puntos situados exclusivamente en el litoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco”.

Por último, en cuanto la iniciativa conlleva la creación de una nueva persona jurídico pública de la Administración Institucional de la CAPV, la iniciativa supone también el ejercicio de la competencia que reconoce el artículo 10.2 EAPV y que es expresión de las facultades de autoorganización que ostenta la Comunidad Autónoma para el adecuado ejercicio de sus competencias. Dicho ejercicio ha de tener en cuenta las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y legislación básica sobre contratos administrativos (artículo 149.1.18^a CE).

III.- ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO

a) Valoración del contenido del Anteproyecto de Ley

En relación con los artículos iniciales de la ley, se parte de un concepto amplio del término “puerto” que incluiría en principio cualquier estructura, siempre que la misma permita la realización de las actividades de tráfico portuario y la prestación de los servicios correspondientes. Si tenemos en cuenta que el tráfico portuario, tal y como también está definido en la propia ley, abarca las operaciones de entrada, salida, atraque, estancia y reparación de embarcaciones en puerto, está claro que, si bien no se exigen unas específicas características en cuanto a dimensión, infraestructuras, calado y medios organizativos, tal y como realiza la regulación estatal¹, se está pensando en infraestructuras de una cierta entidad, que permita embarcar y desembarcar mercancías y pasajeros que han de transportarse por mar.

Por otra parte, puede entenderse que la Ley también recoge en su ámbito de aplicación, además de los puertos así entendidos, las “instalaciones marítimas”,

¹ Art. 2 LPMM

definidas como aquellas que no exigen la realización de obras de abrigo o atraque físico y no suponen alteración sustancial del medio físico donde se emplazan. Y decimos que puede entenderse porque el artículo 1 establece que es objeto de la ley establecer el régimen jurídico también de las instalaciones marítimas, aunque las mismas no aparecen expresamente recogidas en el artículo 2.1, cuando indica el ámbito de aplicación de la norma.

Se aconseja por ello, en aras a una mayor coherencia del texto normativo, recoger expresamente en el artículo 2.1 que la ley se aplica “a los puertos marítimos del litoral vasco....., así como a las obras e instalaciones portuarias e instalaciones marítimas competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.”

En relación a las instalaciones marítimas, ya se ha indicado al analizar los aspectos competenciales, que el ámbito del anteproyecto es plenamente respetuoso con la competencia estatal y que se aplica a los puertos e instalaciones portuarias y marítimas “de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco”.

Resulta evidente por tanto que respecto a las instalaciones marítimas a las que alude el artículo 3.4, se ha debido producir la necesaria adscripción de espacios de dominio público marítimo-terrestre prevista en el art. 49.1 de la Ley de Costas y en el art. 16 LPMM, para que entren dentro del ámbito de aplicación de la norma. La jurisprudencia del TC resulta clara en este aspecto y así, en el recurso planteado contra la ley andaluza de puertos deportivos –STC 193/1998- estableció:

El art. 110, b) de la Ley de Costas dispone que corresponde a la Administración del Estado «la gestión del dominio público marítimo-terrestre... y en todo caso las concesiones de obras fijas en el mar, así como las de instalaciones marítimas menores, tales como embarcaderos, pantalanes, varaderos y otras análogas que no formen parte de un puerto o estén adscritas al mismo». Pues bien, la STC 149/1991, fundamento jurídico 7.º, A), b), consideró plenamente constitucional el citado precepto, por lo que no resulta aceptable que la LPDA pretenda extender el ámbito de la competencia autonómica en materia de puertos deportivos a cualquier varadero o pantalán por el hecho de que los mismos puedan ser susceptibles de algún tipo de utilización náutico-deportiva, pues es claro que no se trata de verdaderos puertos. Con independencia de ello, es obvio que si en determinados supuestos concretos las instalaciones marítimas menores, por la entidad de las mismas o por la relevancia de la utilización náutico-deportiva que en ella se realizare, fueran susceptibles, fácticamente de asimilarse a un puerto deportivo siempre será posible iniciar las actuaciones de cooperación interadministrativa que, en su caso, pudieran conducir al cambio de calificación de las instalaciones correspondientes, con el consiguiente cambio de titularidad de las mismas, tras su calificación como puerto deportivo.

En la misma orientación insistió también la STC 40/1998, fundamento jurídico 9.º, la cual tras declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley de Puertos del Estado, relativo a las

«instalaciones marítimas», precisó que ello «en nada afecta a la competencia del Estado sobre las instalaciones menores a que se refiere el art. 110, b), in fine , de la Ley de Costas, así como a la posibilidad de controlar, mediante la adscripción de espacios de dominio público marítimo-terrestre prevista en el art. 49.1 de la misma Ley y en el art. 16 LPMM que lo que por las Comunidades Autónomas se denomina puerto reúne las características propias de éstos y no se trata de simples instalaciones marítimas menores de competencia estatal» (STC 40/1998, fundamento jurídico 9.º).

En relación con el artículo 7, que delimita el dominio portuario de la CAPV, incluyendo dentro del mismo, “los derechos y los bienes, muebles e inmuebles, que siendo de titularidad pública, se encuentren afectos al uso general o al servicio público portuario de competencia autonómica”, resulta conveniente hacer referencia a la STC 149/1991, por la que se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la Ley 22/1988, de Costas. Dicha sentencia aclara cual es el alcance de la titularidad autonómica sobre el dominio público portuario, que deja siempre a salvo, la titularidad originaria del Estado. Establece así la sentencia: “la competencia autonómica abarca a todos los servicios portuarios, tanto los generales como los específicos, así como todos los servicios y actividades anejos e inherentes que no sean de competencia estatal. De ahí se sigue que las obras e instalaciones del puerto son creadas y gestionadas por la Comunidad Autónoma, que ostenta sobre ellas una titularidad plena, o diferida a la reversión tras la extinción de la concesión que pudiera existir sobre la obra o instalación. Ahora bien, la indudable titularidad autonómica de las obras e instalaciones portuarias no conlleva la plena titularidad demanial de aquella franja de terreno que es de titularidad estatal, por mandato expreso de la Constitución».

En relación con el artículo 8, relativo a la zona de servicios de los puertos, debe tenerse en cuenta la modificación realizada en la Ley de Costas. El párrafo 4 del artículo 49 modificado, atribuye al Estado la capacidad de definir, mediante reglamento, los criterios para la distribución de los distintos usos que pueden desarrollarse en el dominio público marítimo-terrestre

«4. En la zona de servicio portuaria de los bienes de dominio público marítimo-terrestre adscritos, que no reúnan las características del artículo 3, además de los usos necesarios para el desarrollo de la actividad portuaria, se podrán permitir usos comerciales y de restauración, siempre que no se perjudique el dominio público marítimo-terrestre, ni la actividad portuaria y se ajusten a lo establecido en el planeamiento urbanístico. En todo caso, se prohíben las edificaciones destinadas a residencia o habitación.

Reglamentariamente se fijarán los criterios de asignación de superficie máxima para los usos previstos en el párrafo anterior, teniendo en cuenta el número de amarres del puerto y los demás requisitos necesarios para no perjudicar el dominio público marítimo-terrestre, ni la actividad portuaria.»

La delimitación de usos que realice la administración portuaria deberá por tanto respetar las limitaciones que establezca el Estado. Ya se apuntó, cuando por parte de

esta Asesoría se procedió a analizar la incidencia de la modificación de la Ley de Costas en el ámbito competencial del Departamento, que habrá que esperar al desarrollo reglamentario previsto puesto que el mismo puede ser genérico y compatible por tanto con el ámbito competencial de la comunidad autónoma, pero “*también puede resultar tan exhaustivo que vacíe de contenido la competencia autonómica y las previsiones de la futura Ley de Puertos*”.

En relación con el capítulo II, relativo a la planificación, construcción y mantenimiento de los puertos, convendría aclarar en primer lugar cuál es el concepto de “puerto” e “instalación portuaria” a que se hace referencia en los distintos artículos, dado que si bien el artículo 3 de definiciones no recoge la definición de infraestructura portuaria, este concepto se utiliza en el artículo 9.

Al respecto, teniendo en cuenta que estos artículos hacen referencia a la planificación, ordenación urbanística, construcción y mantenimiento de los puertos, parece lógico pensar que con el concepto de infraestructura portuaria se quiere utilizar un concepto genérico que abarque tanto a los puertos, como a las obras e instalaciones portuarias y a las instalaciones marítimas. Este parece ser también el alcance que al mismo concepto se le da en la Exposición de Motivos de la Ley y en otros artículos relativos a las competencias del ente que se crea. Resultaría por tanto aconsejable recoger en el artículo 3 una definición de “infraestructura portuaria”.

Por otra parte, en relación con la tramitación de los planes especiales, el anteproyecto implica una modificación del criterio seguido en la legislatura pasada y la recuperación de la voluntad de los proyectos iniciales anteriormente tramitados. Se atribuye así la competencia para la aprobación inicial, provisional y definitiva de los planes especiales de ordenación portuaria al departamento competente en materia de puertos.

Al respecto, conviene tener en cuenta que la competencia para la formulación, tramitación y aprobación de estos planes en la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo se realiza en el artículo 97 de la misma, que atribuye la competencia al “órgano del Gobierno Vasco... competente al efecto”, sin que esta delimitación permita saber con certeza si la atribución pretendía ser realizada al departamento competente en materia de urbanismo o al competente en la materia sectorial que justifica la aprobación del plan.

Por otra parte, tampoco el análisis de los planes especiales aprobados hasta la fecha nos da una solución concluyente pues en el ámbito portuario se han aprobado planes especiales tanto por departamentos competentes en materia de urbanismo –Mutriku, Bermeo, Ondarroa-, como por departamentos competentes en materia de puertos – Hondarribia, Getaria, Zumaia-. En materias distintas a la portuaria han sido pocos los planes especiales aprobados por el Gobierno Vasco y estos lo han sido en materias competencia bien de medio ambiente y protección de la naturaleza -Txingudi-, bien de

urbanismo y ordenación del territorio –parque lineal del Nervión-, pero siempre en ámbitos materiales atribuidos en el momento de su aprobación al departamento que era asimismo competente en materia de urbanismo por lo que la aprobación de los mismos no resulta aclaratoria.

No obstante, no conviene olvidar que, con independencia de quien sea el departamento competente para la formulación, tramitación y aprobación de los planes especiales, el anteproyecto se remite en cuanto al procedimiento de aprobación de estos planes a lo establecido en la ley del suelo y por tanto, serán sometidos a informe de la Comisión de Ordenación del Territorio, órgano quien en última instancia garantiza la correcta incardinación del plan en el resto de instrumentos urbanísticos y de ordenación del territorio.

Relacionado con este tema, la Disposición Transitoria Primera establece un régimen transitorio para los Planes especiales portuarios “*que se hallen en tramitación a su entrada en vigor*”. No se alcanza a entender el sentido de dicho régimen transitorio, pues tal y como se ha dicho no queda claro realmente que la ley implique una modificación en cuanto al procedimiento de aprobación de estos planes o la atribución de competencias para ello. Deberá por tanto valorarse su mantenimiento, teniendo en cuenta para ello si existen o no en estos momentos planes especiales en tramitación y la fase en la que los mismos se encuentran, además del órgano que haya realizado las aprobaciones iniciales y provisionales.

En cuanto a la Delimitación de los espacios y usos portuarios, regulada en la sección segunda, el artículo 13 remite a un posterior desarrollo reglamentario que establecerá el procedimiento a seguir para su aprobación, si bien el propio artículo garantiza unos mínimos que esta regulación debe cumplir. En relación con éstos, se aconseja valorar la conveniencia de recoger, junto a la participación en el procedimiento de las administraciones locales y sectoriales afectadas, la participación asimismo de los sectores económicos y sociales afectados. No cabe olvidar que siendo la finalidad de este instrumento la distribución de los distintos usos comerciales, pesqueros y náutico-recreativos, las distintas empresas, asociaciones profesionales o clubes deportivos tendrán un interés fundamental en dicha distribución.

En relación con ambas figuras de delimitación de usos y a falta de una explicación en el expediente que justifique las diferencias entre ambas, conviene tener en cuenta el aparente distinto ámbito de los mismos dado que, mientras los planes especiales recogen la ordenación urbanística de la totalidad de la “zona portuaria”, la delimitación de espacios y usos portuarios se limita a ordenar “la zona de servicio de los puertos”. Conforme a las definiciones de los artículos 7 y 8 del anteproyecto ambos conceptos no son coincidentes por lo que tampoco el ámbito al que afectan ambas figuras de ordenación lo será.

El artículo 14 regula la construcción, ampliación, reforma y mantenimiento de los puertos y plantea con carácter general la necesidad de que las actuaciones se acomoden a lo previsto en los planes especiales portuarios. El apartado 3 de dicho artículo admite la posibilidad de acometer actuaciones no previstas en dichos planes “en casos de urgencia acreditada o interés público excepcional”. Exige en estos casos que dichas circunstancias sean apreciadas por el Consejo de Gobierno.

Con relación a esta regulación, nos parece necesario llamar la atención sobre las consecuencias prácticas de esta necesaria participación del Consejo de Gobierno en los supuestos de “urgencia acreditada”. El carácter de urgencia que parece motivar en estos casos la actuación en contra de lo previsto en el plan especial resulta difícilmente compatible con la necesidad de que dicha urgencia sea apreciada por el Consejo de Gobierno o por lo menos que –como parece lógico si no se dice lo contrario- lo sea con carácter previo.

A este respecto, la regulación de la legislación de contratos en materia de actuaciones de emergencia es mucho más permisiva y más coherente con la supuesta urgencia acreditada que debe justificar una actuación de este tipo; el artículo 113 LCSP permite la actuación inmediata del órgano de contratación, si bien exige comunicación al Consejo de Ministros en el plazo de 60 días. Se aconseja valorar la conveniencia de adoptar este modelo u otro similar en el que la comunicación al Consejo de Gobierno sea posterior a la actuación y se inicie por otra parte de forma inmediata la modificación del plan especial, si se trata de una actuación permanente.

La sección 4^a de este capítulo regula el régimen de conservación del dominio público portuario y en el mismo se establece una prohibición de vertidos, coherente con los principios establecidos en la normativa ambiental, tanto en cuanto a la prohibición de eliminación incontrolada de residuos como en cuanto a la protección del dominio público marítimo terrestre. No obstante, conviene tener en cuenta que esta prohibición tiene un alcance limitado probablemente no querido por cuanto que se prohíben los vertidos procedentes de las “actividades desarrolladas en la zona de servicio”, cuando lo correcto sería que dicha prohibición afectase a las actividades desarrolladas en la totalidad del dominio público portuario.

Por otra parte, en relación con esta materia, deberá tenerse en cuenta que, dado que la actividad de gestión de los residuos incluye –según definición del artículo 3 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos contaminados- las tareas de recogida de los residuos, la administración portuaria, en cuanto que debe facilitar dichos servicios en los puertos, deberá contar con la preceptiva autorización.

El capítulo III del Anteproyecto crea KAIAK como ente público de derecho privado. Dicha decisión es manifestación de la competencia relativa a la libre organización de la propia Administración Autónoma, artículo 10.2 EAPV; de la potestad para crear,

modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas (SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988, 227/1988 y 50/1999).

Se ha optado al hacerlo por una de las formas de personificación jurídica independiente previstas, a falta de una ley de organización y funcionamiento de la Administración General de la Comunidad Autónoma, en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre Principios Ordenadoras de la Hacienda General del País Vasco, Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre (LPOHG): los entes públicos de derecho privado, definidos por dicha ley como aquellos entes de naturaleza pública cuyo objeto es realizar, en régimen de descentralización, actividades de competencia de la misma y que se rigen fundamentalmente por el derecho privado.

Las razones apuntadas en la memoria justificativa del anteproyecto para la creación de un ente público de derecho privado apuntan al establecimiento de un modelo de gestión uniforme para la distinta tipología de infraestructuras portuarias y a la obtención de una mayor eficacia en la gestión, lo que resulta conforme con lo establecido en la ley de principios ordenadores, que contempla la utilización instrumental del derecho privado "*con la finalidad de que la conjunción derecho público-derecho privado constituya también otro medio apropiado para el logro de una mayor eficacia*" (Exposición de Motivos).

Los entes públicos de Derecho privado, tienen una naturaleza "híbrida" -pública y privada- y son sus leyes de creación las que delimitan en qué medida se someten al Derecho público y al privado. Claro que esa decisión no es incondicionada sino que cuando se establece su estatuto singular la ley ha de tener en cuenta, cuando desarrollan potestades públicas, las garantías y controles que rodean la actividad de las Administraciones. Así el artículo 22 del anteproyecto ya delimita las actuaciones del ente que se someten al derecho público: los de ordenación y gestión del dominio público, los derivados del ejercicio de la potestad sancionadora y los de gestión, liquidación, inspección y recaudación de tributos, además de todos aquellos que impliquen el ejercicio de potestades públicas.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que "*la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho Privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica*" (STC 14/1986, de 31 de enero).

La opción por la naturaleza de ente público de derecho privado a la hora de crear el nuevo ente habrá estado posiblemente condicionada por los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la actuación de la sociedad pública Euskadiko Kirol Portua en Bermeo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2012, dictada en el recurso de casación 2616/2009 (procedimiento ordinario 1356/2006 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco).

Esta sentencia recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en sus Sentencias 102/2005 y 121/2005, que, estimando diversas cuestiones de constitucionalidad, declara inconstitucionales y nulos los apartados 1 y 2 del art. 70 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante en la medida en que calificaban como "precios privados" contraprestaciones por servicios portuarios que, en realidad, constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público, concretamente tasas, y, por tanto, sometidas al principio de reserva de ley.

Así, el Tribunal Supremo afirma que también en este caso resulta innegable que estamos ante una prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho público, pues tales servicios o actividades son de solicitud o recepción obligatoria para los interesados y no son prestados o realizados por el sector privado. Se devengan así contraprestaciones que deben enmarcarse en el amplio concepto de prestación patrimonial de carácter público (art. 31.3 de la CE).

Determinada por tanto la naturaleza de tasas de las contraprestaciones a abonar por la utilización del dominio público portuario, la gestión de estos ingresos no podía encomendarse a una sociedad pública, dado que, de conformidad con el artículo 18.1 de la Ley de Tasas y Precios públicos, texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2007, de 11 de septiembre, *"la gestión y liquidación de las tasas corresponde a los departamentos, organismos autónomos y entes públicos de derecho privado que presten el servicio o realicen la actividad que determine el devengo de la tasa"*.

En este sentido, la naturaleza jurídica de ente público de derecho privado que se atribuye al ente que se crea permite atribuirle la gestión del dominio público portuario y el consiguiente cobro de las tasas derivadas de la utilización del mismo.

El régimen jurídico de tales entes, tal y como la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha recogido un sus dictámenes –entre otros 56/2003, 69/2006 y 160/2007-, es el siguiente:

- están dotados de personalidad jurídica propia y diferente de la que tengan las demás integrantes de la Comunidad Autónoma (artículo 7.3.b LPOHG);

- se rigen, en relación con las materias propias de la Hacienda General del País Vasco, por las disposiciones referentes a las mismas que les sean de expresa aplicación y, en lo que no las contradigan, por el derecho privado (artículo 18 LPOHG);
- se encuentran disposiciones, en materias propias de la Hacienda General del País Vasco, de expresa aplicación a los entes públicos de derecho privado en la LPOHG (artículo 29.2 sobre elaboración de anteproyecto de su presupuesto y 48.5 sobre actividad subvencional); en la Ley 8/1996, de 8 de noviembre, de Finanzas de la Comunidad Autónoma de Euskadi (artículos 35, sobre endeudamiento, y 51, sobre prestación de garantías); en el texto refundido de la Ley de Régimen Presupuestario de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 24 de mayo, (artículos 21, 39 y relacionados-); en la Ley 14/1994, de 30 de junio, de control económico y contabilidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco (artículos 1.4 y 6.3 y Disposición Adicional Tercera, entre otros); en el texto refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre (artículo 1.1.a) y concordantes); y en el texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por Decreto Legislativo 1/2007, de 11 de (artículo 1.1 y relacionados).
- a falta de una regulación general de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma, más allá de las materias propias de la Hacienda General del País Vasco, son aplicables a los entes públicos de derecho privado disposiciones autonómicas, o estatales, según las funciones o prerrogativas que se trate de ejercer en cada caso (así, artículo 2.2 de la Ley 30/1992, y ello respecto a los contenidos de dicha Ley que resulten básicos distinguidos por STC 50/1999) o las condiciones en que funciona o es financiado el ente (por ejemplo, artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

El anteproyecto no recoge con carácter general referencia expresa a estos aspectos, por lo que la regulación general referida resulta de aplicación supletoria a falta de previsión específica. No obstante, conviene detenerse en la única previsión específica recogida en el anteproyecto –art. 26- y relativa a la aprobación de los presupuestos, que atribuye a KAIAK facultades para la elaboración y aprobación de su propio anteproyecto de presupuesto.

Al respecto, la legislación aplicable en materia de hacienda, tanto la Ley de Régimen Presupuestario de Euskadi –art. 59- como la LPOHG -art. 29-, reconocen la competencia de los entes integrantes de la administración institucional para la elaboración de sus propios anteproyectos de presupuesto, pero no aluden a su

aprobación, más que cuando atribuyen al acuerdo del Gobierno, como no podía ser de otro modo, la aprobación de los distintos anteproyectos de presupuestos para su remisión al Parlamento. De todos modos, si bien no hay una atribución expresa de competencia para la aprobación de los distintos anteproyectos de presupuestos, la Ley de Régimen Presupuestario atribuye al departamento competente en materia de presupuestos la competencia para el sometimiento de los mismos a la aprobación del gobierno, e incluso para elaborarlos –art. 60-, con lo que indirectamente le está atribuyendo una función intermedia entre la que corresponde a los departamentos y entes integrantes de la administración institucional y sector público y el propio gobierno, a quien corresponde aprobar el proyecto de ley de presupuestos.

Desde luego, está en manos del Parlamento Vasco excepcionar el régimen general de competencias presupuestarias y otorgar una especial autonomía a determinadas personificaciones. Pero no cabe deducir del expediente que esa es la voluntad subyacente al anteproyecto, ni se explican qué razones fundamentan la separación del régimen general. Se sugiere por tanto reflexionar sobre el verdadero sentido que se quiere dar al precepto y, según el mismo, revisar la redacción proyectada.

En cuanto al personal, el anteproyecto establece que los puestos de trabajo serán desempeñados por “*personal contratado al efecto y por personal de la Administración General del País Vasco, según la naturaleza de las funciones asignadas a cada puesto de trabajo*” (art. 24). Establece también que “*los puestos de trabajo que comporten el ejercicio de potestades públicas estarán reservados a personal funcionario, que estará sometido a la normativa reguladora de la función pública de la Administración general de la Comunidad Autónoma*”.

Al respecto, conviene tener en cuenta que, tal y como ha dicho el Tribunal Constitucional, la distinción entre el personal funcionario y el personal laboral es básica en la legislación vigente. Mientras que el primero se gobierna en relación a las condiciones de empleo y trabajo por normas legales y reglamentarias dictadas por los órganos competentes de los diversos poderes públicos, como producto de una relación estatutaria, las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio de las diferentes Administraciones Públicas vienen establecidas en parte por las leyes o reglamentos y en parte, también, por Convenios Colectivos y/o contratos individuales entre el trabajador y el Ente Público, al igual que ocurre entre particulares (STC 57/1982).

Admitida esta distinción fundamental, también conviene tener en cuenta que en el ámbito autonómico, ni la Ley 6/1989, de 6 de Julio, de la Función Pública Vasca, ni la Ley 1/2004, de 25 de febrero, de Ordenación de los Cuerpos y Escalas de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos incluyen dentro de su ámbito de aplicación al personal funcionario de los

entes públicos de derecho privado, si bien establece la primera su carácter supletorio para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas vascas.

Este régimen propio que puede tener el personal funcionario de los entes públicos de derecho privado resulta determinante a la hora de interpretar lo que el anteproyecto recoge en su artículo 24 pues por una parte, en sus 2 primeros párrafos, alude a que los puestos de trabajo del ente se cubrirán por personal de la “Administración general del País Vasco”, mientras que el párrafo tercero atribuye al ente funciones que, respecto del personal funcionario de la Administración general corresponden al Departamento competente en materia de función pública o al propio Gobierno en la medida en que se aprueban por decreto.

Deberá por tanto aclararse cuál es la voluntad del anteproyecto si la de contar con personal funcionario propio y ejercer respecto al mismo las competencias relativas a determinación del régimen de acceso y procedimientos de provisión y promoción profesional que se recogen en el párrafo tercero del artículo 24 o proveer los puestos reservados de personal funcionario del ente con personal de la Administración general de la CAPV, con lo que dichas funciones serán ejercidas por los órganos competentes en materia de función pública.

Para finalizar con el análisis del capítulo relativo a KAIAK, procede llamar la atención sobre el principio de reserva de ley que rige en materia de designación de sedes, conforme al artículo 4 EAPV. Es evidente que la previsión estatutaria no se encuentra agotada por la Ley 1/1980, de 23 de mayo, de Sede de las Instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco, habiendo lugar a sedes diferentes a la de Vitoria-Gasteiz que allí se establece, pero el texto estatutario es claro al exigir para ello precisamente Ley del Parlamento Vasco, por lo que el silencio de la Ley supondría la imposibilidad de fijar luego una sede distinta.

En este sentido si bien es cierto que debe existir una justificación suficiente para separarse de lo establecido en la Ley de Sedes la proximidad a las infraestructuras portuarias podría ser argumento suficiente a favor de la elección de una sede en lugar diferente a Vitoria-Gasteiz.

De todos modos, atendiendo a las necesidades reales que se encomiendan a la persona diferenciada, resulta también evidente en este caso que el mantenimiento de la sede en Vitoria-Gasteiz permite la dimensión orgánica precisa en cada Territorio Histórico y la ubicación de órganos y servicios técnicos desconcentrados donde proceda.

El Capítulo IV de la Ley regula el régimen jurídico de los puertos y se estructura en dos secciones, la primera relativa a los Servicios portuarios y la segunda relativa a la gestión del dominio público portuario.

La regulación de los servicios portuarios, incorpora una clasificación ya conocida que distingue entre servicios generales, cuya titularidad y prestación se reserva con carácter general la Administración, admitiendo, en todo caso, su gestión indirecta; y servicios especiales, que son aquellos en los que, por darse las condiciones de mercado que garantizan una concurrencia suficiente entre los prestadores, su prestación corresponde al sector privado en régimen de competencia.

En relación a los servicios de practicaje y remolque portuario, deberá tenerse en cuenta que, conforme al art. 6 LPMM, la habilitación para el ejercicio del servicio de practicaje y la determinación de los servicios necesarios de remolque portuario se incluyen en el concepto de seguridad marítima, que se considera marina mercante y respecto de la cual el Estado dispone de competencia exclusiva. La prestación de estos servicios por parte de la administración portuaria deberá respetar dicha distribución competencial.

Por otra parte, merece también destacar que, tal y como expresamente recoge el artículo, los servicios de balizamiento y otras ayudas a la navegación no condicionan las competencias en materia de servicio de señalización marítima que corresponde a la Administración del Estado (art. 137 LPMM).

En cuanto al régimen de prestación de los servicios, el anteproyecto opta por la prestación de los mismos por parte de la administración portuaria para los servicios generales y por la prestación por particulares en régimen de concurrencia para los servicios especiales. Se establece además una prohibición de prestación mediante gestión indirecta para aquellos servicios que impliquen ejercicio de autoridad, coherente con la limitación establecida en cuanto al personal que exige que estas tareas sean desempeñadas por personal funcionario.

En el mismo apartado se añade no obstante que la citada prohibición se aplicará asimismo “cuando, por otras circunstancias, se considere conveniente la gestión directa”. En relación a esta última frase, se considera que la misma no respeta el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), entendido como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, F. 5), por lo que se aconseja su supresión.

Por otra parte, en cuanto al artículo 31, relativo al régimen de utilización de la zona de servicio, se aconseja su revisión por resultar en ocasiones reiterativo.

La sección segunda regula la gestión de dominio público portuario, con un desarrollo de su articulado más escueto que el recogido en anteproyectos anteriores. En este ámbito, en el que incide tanto la competencia exclusiva sobre legislación básica en

materia de contratos y concesiones administrativas, que corresponde al Estado, según dispone el art. 149.1.18 CE, como la regulación autonómica recogida en la Ley de Patrimonio de Euskadi, la opción de la Dirección proponente de no realizar un desarrollo exhaustivo en esta materia se considera adecuada.

Partiendo del carácter demanial del dominio público portuario (art. 132 CE), se establece una dualidad de títulos que habilitan para la ocupación privativa del dominio público portuario, en función del plazo de dicha ocupación -hasta 3 años la ocupación estaría sujeta a autorización y a concesión a partir de ese plazo- y un plazo específico para las autorizaciones amarre en las que no regiría el plazo general de 3 años, sino el de 5.

En relación al artículo 37, que regula la caducidad de la concesión administrativa, la regulación relativa al procedimiento se remite aun posterior desarrollo reglamentario, si bien se establecen dos aspectos de cumplimiento obligatorio en la propia ley: la necesidad de dar audiencia al interesado y el sometimiento a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora “cuando ello sea preceptivo de acuerdo a su normativa reguladora”. Se considera conveniente reflexionar sobre esta remisión a la normativa reguladora por cuanto que la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, establece el sometimiento de los expedientes de extinción de concesiones “en los casos en los que así lo exijan las normas de aplicación”.

Si fuera voluntad de la Dirección promotora sujetar a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora estos expedientes cuando exista oposición del concesionario, tal y como lo establece la regulación relativa al Consejo de Estado, debiera recogerse así expresamente.

En relación al mismo artículo, teniendo en cuenta que conforme al artículo 38.2 también la transmisión de capital social está sujeta a autorización, se considera que debiera recogerse también este supuesto en la letra l) del artículo 37.1. Del mismo modo, se debiera recoger en la letra m) la falta de comunicación del fallecimiento de la persona titular de la autorización, conforme a la obligación de comunicar establecida en el artículo 41.5.

El artículo 40 del anteproyecto regula el rescate de las concesiones y exige “*la previa declaración del interés portuario de las obras o actividades y el acuerdo de la necesidad de ocupación de los bienes y derechos*”. A este respecto, se debe tener en cuenta que conforme al artículo 16 del mismo anteproyecto dichas declaraciones van implícitas en las aprobaciones de proyectos de construcción, ampliación y reforma de los puertos, por lo que no resultaría necesario realizar una declaración independiente.

En relación con la regulación relativa a las autorizaciones, recogida en el artículo 41, el apartado 3 establece el procedimiento de concurso para el otorgamiento de las

autorizaciones, como procedimiento prioritario, pudiendo acudirse al sorteo en determinadas condiciones. En ambos casos, se deberán respetar los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad y transparencia (art. 75 Ley 22/1988, de 28 de julio).

Este mismo artículo establece para estos procedimientos el silencio administrativo negativo por transcurso del plazo de resolución, que se fija en 6 meses. Este carácter negativo del silencio, contrario en principio al principio general establecido en la LRJAPAC, encontraría amparo en dicha norma general por cuanto que afecta a facultades relativas al dominio público (art. 43.2 LRJAPAC).

El Capítulo V del Anteproyecto regula el Registro de empresas operadoras de transporte marítimo. En relación con esta materia, resulta de aplicación el Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), conforme al cual los Estados miembros no pueden supeditar dicha libertad a ninguna restricción, salvo en casos debidamente justificados, por lo que no pueden introducir ningún sistema de autorización previa.

De conformidad con ello, el Anteproyecto establece tan sólo una obligación de inscripción de las empresas operadoras, recorridos, horarios, características de las embarcaciones, tarifas, etc.

Esta obligación de inscripción se considera compatible con el respeto al principio de libre prestación de servicios. Así lo recoge expresamente la Comunicación de la Comisión relativa a la interpretación del citado Reglamento -COM(2014) 232 final, Bruselas, 22.4.2014-, según la cual los Estados miembros pueden pedir a los armadores que faciliten información anticipada sobre los servicios que tengan intención de prestar. Justifica la Comisión esta facultad en la conveniencia de los Estados miembros para disponer de información que les permita evaluar mejor las necesidades de transporte reales.

El Capítulo VI del Anteproyecto regula el Régimen de policía y sancionador en dos secciones diferenciadas, referida cada una de ellas a ambas materias.

En relación con la Sección primera, relativa al régimen de policía, procede realizar las siguientes consideraciones:

El artículo 43 regula el ejercicio de las potestades de vigilancia, inspección y control, estableciendo que las mismas se llevarán a cabo por personal de la administración portuaria, que tendrá a estos efectos condición de agente de la autoridad, teniendo valor probatorio los hechos constatados por los mismos. A este respecto, conviene

tener en cuenta que la presunción de veracidad de las actas administrativas, recogida en este artículo deriva de la genérica recogida en la LRJAPAC –art. 137.3-.

Puesto esto en relación con lo establecido en el artículo 22 del Anteproyecto, relativo al régimen jurídico de la actuación de KAIAK, está claro el sometimiento al Derecho administrativo de este tipo de actuaciones y consecuentemente la necesaria naturaleza funcional de quien realice estas actuaciones inspectoras.

En relación con el artículo 44, relativo a la preservación de la actividad de los puertos, deberá tenerse en cuenta, en el desarrollo reglamentario previsto en el apartado 2, que el mismo deberá respetar las competencias de capitanía marítima relativas a la seguridad marítima, dado que tanto en las operaciones de desguace como en las de hundimiento se debe requerir el pronunciamiento previo de Capitanía marítima, conforme a los artículos 303 y 304 LPMM.

En relación con el artículo 45, relativo a la recuperación posesoria y el desahucio administrativo, debemos partir del régimen general establecido en la Ley de Patrimonio de Euskadi², cuyo artículo 19 limita el ejercicio de las potestades de desahucio y recuperación posesoria de los entes públicos de derecho privado “para la defensa de los bienes que tengan el carácter de demaniales”. Dado el carácter demanial de los bienes de dominio público portuario, está clara la competencia del ente que la ley crea para el ejercicio de estas potestades y la cláusula residual de atribución de competencias recogida en el artículo 21.k) del texto implica que la competencia corresponde al ente público y no a la Administración general.

La Sección segunda es la relativa al régimen sancionador propiamente dicho y recoge, junto a la tipificación de las infracciones y las sanciones, aspectos relativos al establecimiento de medidas cautelares y procedimiento.

Antes de proceder al análisis de la regulación recogida en el anteproyecto, conviene hacer referencia a la diferencia existente entre medidas de policía y medidas sancionadoras propiamente dichas. Tal y como establece el Tribunal Constitucional *“para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa. No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las*

² Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre

condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se infinge un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente” (STC 48/2003)

Con base a esta diferenciación vemos que el anteproyecto recoge ambos tipos de medidas:

- Medidas de policía, tales como la caducidad de las concesiones y autorizaciones (art. 37) o la regulación relativa a la preservación de la actividad de los puertos (art. 44).
- Medidas sancionadoras, recogidas en la sección segunda del capítulo VI.

Conviene tener en cuenta que ambos tipos de medidas son compatibles y que la aplicación de los principios y garantías de procedimiento administrativo sancionador rigen con todo su rigor tan solo para las medidas propiamente sancionadoras, no para las medidas de policía.

Centrándonos ahora en la regulación relativa al régimen sancionador propiamente dicho, conviene recordar la doctrina constitucional sobre los parámetros que deben ser observados en su diseño. En este sentido, conforme a una línea constitucional que cabe calificar de constante, “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, ya que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado” (STC 18/1981).

Dentro de estos principios, el de tipicidad exige que la norma describa de forma precisa todos los elementos de la conducta infractora. En palabras del TC, “la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien las cometan” (STC 116/1993).

Atendiendo a este principio se aconseja revisar la tipificación de las sanciones relativas a vertidos de sustancias en los puertos, pues no parece que la descripción de los ilícitos administrativos recogidos tanto como infracciones leves como graves y muy

graves permitan discernir con el suficiente grado de certeza la correcta ubicación de los mismos.

Se aconseja también utilizar una formulación equivalente para las infracciones recogidas en los artículos 47.d), 48.a) y 49.a) porque si bien parece que en todas ellas se exige la existencia de daños y perjuicios causados al dominio público portuario, tan solo se recoge de forma expresa en la tipificación de la infracción leve. Del mismo modo, tampoco la formulación de las infracciones recogidas en los arts. 47.f) y 48.b) son coincidentes, cuando también en este caso las conductas ilícitas parecen obedecer a un mismo supuesto de hecho del que tan sólo se derivarían sanciones distintas en función del grado de afección de las mismas en la actividad portuaria.

Por otra parte, en relación con los importes de las sanciones y en ausencia de justificación alguna en el expediente, llama la atención la escasa cuantía de las sanciones previstas, si las comparamos con las establecidas por la legislación estatal, en la que las sanciones pueden alcanzar los 3.000.000€ o con la recientemente aprobada Ley 2/2014, de 13 de junio, de puertos de la Comunidad valenciana, conforme a la cual las sanciones pueden llegar a los 10.000.000€.

El artículo 52 por su parte regula la responsabilidad y establece que “*Son autoras las personas físicas o jurídicas que realicen las actuaciones tipificadas como infracciones por sí solas, conjuntamente o por medio de otra de la que se sirvan como instrumento*”. Además añade “*Cuando la responsable de una infracción sea una persona jurídica el juicio de culpabilidad se hará respecto de la persona o personas físicas que hayan formado la voluntad de aquélla. En estos casos no se podrá sancionar, por la misma infracción, a dichas personas físicas*”.

Ambas formulaciones, que responden a lo establecido con carácter general en la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad sancionadora de las Administraciones públicas de la CAPV (LPS), se contradicen no obstante con los criterios de determinación de autoría recogidos en el apartado 3 del mismo artículo, por lo que se aconseja su revisión.

En este sentido conviene reiterar lo establecido por la Comisión jurídica Asesora en el dictamen emitido sobre el anterior anteproyecto de ley de puertos:

“Los apartados anteriores resultan confusos y contradictorios, pues si, contrariamente a lo que ocurre en el derecho penal, en el derecho administrativo las personas jurídicas pueden ser responsables de infracciones, es porque es a ellas a las que se imputa la comisión, y no a las personas que hayan formado la voluntad de aquella, o los empleados o terceros que actúan por cuenta de ella, razón que subyace en el tenor del artículo 9.3 de la LPS y en el párrafo cuarto del artículo 62 del proyecto.

Otra cosa es que un mismo hecho sea constitutivo de varias infracciones, por afectar negativamente a otros tantos valores jurídicos (artículo 18.2, a LPS), en cuyo caso podrían distinguirse diversas responsabilidades en relación con el mismo hecho, pero en la forma en que están redactados los apartados a), d) y f) del artículo 62.3 citados, en conexión con lo dispuesto en el apartado 5 no contemplan la afección de una pluralidad de valores jurídicos, sino solamente de uno, por lo que la responsabilidad por la infracción administrativa debe recaer únicamente en la persona jurídica, y no en quienes hayan conformado la voluntad de aquella, o sus empleados o terceros que actúen por cuenta de aquella. Cuando no existe persona jurídica, la responsabilidad corresponderá únicamente a quien corresponda el dominio de la acción, esto es, a quien ordene la acción, que será el empresario, constructor, etc., y no a quienes cumplen las órdenes de aquellos.”

En relación con la regulación de las medidas cautelares, recogida en el art. 53, conviene llamar la atención sobre el carácter aparentemente limitativo de la regulación propuesta. Si conforme a la regulación contenida en la LPS, el órgano competente podrá “adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer o impedir la obstaculización del procedimiento, o para evitar la continuación o repetición de los hechos enjuiciados u otros de similar significación o el mantenimiento de los daños que aquéllos hayan ocasionado o para mitigarlos”, (art. 31), no se entienden los motivos del listado cerrado de posibles medidas cauterales a adoptar en el marco de procedimiento sancionador, por lo que se aconseja, para el caso de que no se quiera un listado cerrado, aclararlo así en el articulado.

El artículo 54 por su parte, si bien está recogido dentro de la sección relativa al procedimiento sancionador, está en realidad relacionado con las medidas de policía a las que antes hemos aludido, destinadas a restituir la situación alterada y que no tienen propiamente carácter sancionador. A estas mismas medidas reparadoras se refiere el apartado 4 del art. 50, por lo que podría resultar oportuno recoger estos aspectos de forma conjunta.

En cuanto a la concreta regulación contenida en el anteproyecto, procede recordar la necesidad de establecer en la norma, según exige la LRJAPAC –art. 99- la cuantía de las multas coercitivas que aquí se recogen.

b) Cuestiones de técnica legislativa

Cabe afirmar que el anteproyecto se ajusta en líneas generales a las Directrices para la elaboración de proyectos de ley, decretos, órdenes y resoluciones, aprobadas por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993, aplicables en virtud de la disposición adicional tercera de la LPEDG.

Ello no obstante se formulan las siguientes observaciones a fin de mejorar la calidad de la futura ley:

- El art. 35, cuando enumera los supuestos de extinción del derecho a la ocupación del dominio público portuario, recoge la caducidad y la revocación en este orden y luego en el articulado se sigue el orden contrario. Se aconseja mantener el mismo orden.
- La última frase del art. 39.3 está también recogida en el art. 40.2, al regular los rescates de las concesiones y probablemente sea este último el lugar correcto, sin que sea necesario reiterarlo en ambos artículos.
- Deben unificarse las referencias a la Comunidad Autónoma, puesto que se alude a la misma tanto como Comunidad Autónoma del País Vasco como Comunidad Autónoma de Euskadi.
- Sigue lo mismo con los conceptos de pasajeros y viajeros, que parecen utilizarse de forma indistinta por lo que resulta aconsejable que se utilice un único término. Sea cual sea la opción elegida, deberá recogerse en las acepciones tanto masculina como femenina.
- En la regulación relativa al transporte marítimo se utiliza en ocasiones una referencia a la ley como si se tratara de una ley con un contenido limitado a la regulación del transporte marítimo, cuando no es así. Se aconseja modificar en el art. 42.2 la referencia “servicios de transporte marítimo reglados en esta ley” y concretar por una parte en el art. 47.n) que se trata del registro de empresas operadoras de transporte marítimo y, por otra parte, en el art. 49.d) que se trata de los servicios de transporte marítimo.
- Se deberá revisar el texto para evitar referencias incorrectas al Departamento competente en materia de puertos, cuando la competencia corresponde al nuevo ente que se crea. Esto sucede por ejemplo en la regulación relativa a la tasa T-3. Mercancías.

Por otra parte, en cuanto a la correcta utilización del lenguaje desde el punto de vista de su uso no sexista, a que obliga el art. 18.4 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, el texto es respetuoso con dicha obligación, si bien en la exposición de motivos de la ley aparece el concepto de “los prestadores”, además de lo ya referido a “pasajeros” y “viajeros”, que deberá ser corregido.

c) Tramitación posterior del Anteproyecto de Ley

En relación con la tramitación procede apuntar en primer lugar los reiterados pronunciamientos de la Comisión Jurídica Asesora (por todos, DCJA 213/2011) que viene señalando que, “*al abordar el examen del procedimiento de elaboración de los anteproyectos de Ley en el seno del ejecutivo, hay que tener en cuenta que “el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho en libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que en el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera de acuerdo con la Constitución y las Leyes (art. 97 CE)”* (entre otras, STC 209/1987, de 22 de diciembre), por lo que, salvo los casos en que la Constitución, el Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) o, en ocasiones, las leyes orgánicas prevean algún trámite específico —supuestos ciertamente excepcionales en nuestro ordenamiento—, aquel examen es esencialmente un instrumento para estudiar la racionalidad de la regulación proyectada, esto es, su utilidad (con el concreto contenido propuesto) para alcanzar los objetivos que persigue su dictado”.

No obstante, también añade la CJA que “*contamos con un importante instrumento de referencia como es la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general (en adelante LPEDG), la cual, sin ignorar las mencionadas circunstancias, pretende orientar la actividad del Gobierno a fin de que procure seguir en la redacción de los proyectos de Ley la misma metodología que emplea para elaborar las disposiciones generales. De ese modo, señala su Exposición de Motivos, se contribuye muy positivamente a facilitar la labor del titular de la potestad legislativa, pues se le presentan para su discusión y decisión unos proyectos mejor fundados y articulados, con una técnica jurídica más depurada y apropiada para alcanzar los objetivos que se propone*”.

Realizadas estas observaciones, la tramitación del proyecto se analizará a la luz de dicha norma.

La tramitación se ha iniciado por Orden de Inicio de 31 de julio de 2013, tal y como recoge el artículo 4 de la Ley 8/2003 y, con fecha 2 de julio, se ha procedido a la aprobación previa del texto elaborado.

La mencionada Orden de inicio recoge los documentos que deben obrar en el expediente, los trámites de participación y consulta que se prevé realizar, así como los informes que procede recabar. Establece así que la propuesta normativa se acompañará de las siguientes Memorias: Justificativa, Económica, de Evaluación de Impacto en Función del Género, de Reducción de Cargas Administrativas y de Impacto de empresa.

La memoria justificativa y la de evaluación de impacto de género ya han sido elaboradas, con lo que quedarían pendientes de elaborar la memoria económica y las de Reducción de Cargas Administrativas y de Impacto de empresa, que pueden integrarse en un mismo documento. Dicha memoria además, en la medida en que el

anteproyecto prevé la creación de un nuevo ente de derecho privado y también da una nueva regulación a las tasas portuarias deberá dar respuesta a los contenidos exigidos tanto por la regulación aplicable en materia de control económico normativo en su variante organizativa, como a la aplicable en materia de tasas.

Se deberá cumplir con los trámites de audiencia y consultas que garanticen la participación de las administraciones y de los sectores económicos y sociales principalmente afectados por la regulación.

La Orden de inicio establecía además la realización de los siguientes trámites de informe:

- Consejo Económico y Social Vasco (artículo 3.1 a) de la Ley 8/2012, de 17 de mayo).
- Dirección de Relaciones con las Administraciones Locales [Consejo Municipal de Euskadi. (artículo 2.1 a) del Decreto 326/1994, de 28 de julio)].
- EMAKUNDE (artículos 18 a 22 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres).
- Dirección de Administración Tributaria del Departamento de Hacienda y Finanzas (artículo 17 del Decreto 192/2013, de 9 de abril, de estructura orgánica del citado Departamento).
- Dirección de Patrimonio y Contratación del Departamento de Economía y Hacienda (artículo 8.1 del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre).
- Informe del Departamento de Cultura sobre la incidencia de las disposiciones de carácter general en la normalización del uso del euskera y su adecuación a la normativa vigente en materia lingüística (artículo 2 del Decreto 128/2007, de 31 de agosto).
- Informe de la Dirección de Atención a la Ciudadanía e Innovación y Mejora de la Administración (artículo 18 c) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, de estructura orgánica del Departamento de Administración Pública y Justicia).
- Informe de control económico-normativo de Oficina de Control Económico del Departamento de Economía y Hacienda (Capítulo IV del Título III de la Ley 14/1994, de 30 de junio, de control económico y contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y Sección 3a del Capítulo III del Decreto 464/1995, de 31 de octubre), a quien deberá remitirse el expediente completo, incluyendo la Memoria Económica.
- Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (remisión del expediente completo: artículo 3.1 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi).

Junto a estos informes, en la medida en que el anteproyecto recoge regulación relativa al transporte marítimo, en aplicación del Reglamento (CEE) N° 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), se deberá consultar a la Comisión Europea.

IV.- CONCLUSIÓN

A la vista de lo desarrollado en el presente informe, el Anteproyecto de Ley objeto del mismo se informa favorablemente, si bien se aconseja valorar las observaciones realizadas en los apartados precedentes.

En Vitoria-Gasteiz,

**POR EL SERVICICO DE ASESORÍA
JURÍDICA**

Vº Bº

Fdo.: María Jesús Urkiola Mendibil

Jose Ignacio Bañuelos Ibañez
DIRECTOR DE SERVICIOS