

HOTEL



MINISTERIO DE FOMENTO

Puertos del Estado

Registro General

SALIDA 201600333 10/02/2016 09:52

Puertos del Estado

S/REF.

N/REF. P/2016/5294 JAS

FECHA 4 de febrero de 2016

DESTINATARIO

Presidente  
Autoridad Portuaria de Málaga

Muelle de Cánovas, s/n  
29001- Málaga

ASUNTO Remisión de informe jurídico.

AUTORIDAD PORTUARIA DE MÁLAGA

Registro de Entrada

Nº. 201600000295

18/02/2016 08:12:38

Adjunto se remite, a los efectos oportunos, el informe que ha sido solicitado a este Organismo Público por esa Autoridad Portuaria mediante escrito de fecha 26 de enero del año en curso, sobre la posibilidad -previamente a ultimar la modificación de elementos del Plan Especial-, de iniciar el trámite de competencia de proyectos para el otorgamiento de una concesión para la ocupación de determinadas parcelas en el Muelle del Morro de Levante del puerto de Málaga, para la construcción de un hotel emblemático y complejo comercial turístico y de ocio anexo.

EL PRESIDENTE

José Llorca Ortega

PASE a: Ubr Pte Explotacion  
As: Jcaz Fies

conocimiento y efectos   
para informe   
cumplimiento

Málaga, de 18 FEB. 2016

EL DIRECTOR

Avda. del Partenón, 10  
Campo de las Naciones  
28042 Madrid - España  
Tel. 91 524 55 00



**Informe sobre la posibilidad -previamente a ultimar la modificación de elementos del Plan Especial-, de iniciar el trámite de competencia de proyectos para el otorgamiento de una concesión para la ocupación de determinadas parcelas en el Muelle del Morro de Levante del puerto de Málaga, para la construcción de un hotel emblemático y complejo comercial turístico y de ocio anexo.**

P/2016/5294 JAS

Se ha recibido en este Organismo Público, escrito del Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga (APM) por el que, tras haberse recibido en dicho organismo portuario una petición de concesión demanial formulada por la entidad "Andalusian Hospitality II, S.L." para la construcción y explotación de un hotel emblemático y un complejo turístico y de ocio anexo a ubicarse en determinadas parcelas situadas en la denominada Plataforma del Morro de Levante, dentro de la zona de servicio portuaria, solicita informe jurídico sobre la posibilidad de iniciar el trámite de competencia de proyectos con la finalidad de poder tramitar -y ulterior y eventualmente otorgar- una concesión demanial con el referido objeto.

La cuestión planteada se formula por la APM indicando la circunstancia de que tal posibilidad de apertura del trámite de competencia de proyectos se pretende realizar con carácter previo a que esté ultimada por la Autoridad Portuaria la modificación del instrumento urbanístico que actualmente rige en el espacio portuario (Plan Especial del Sistema General del Puerto de Málaga, del año 2010), de tal modo que dicho instrumento establezca determinados parámetros urbanísticos (volumen de edificación, alturas, número de plantas, diseño y estructura arquitectónica de las edificaciones), así como los usos ciudadanos que, además del mencionado uso hotelero, se pudieran permitir en los espacios portuarios afectados por la ocupación solicitada.

La Autoridad Portuaria significa, así mismo, que antes de resolver el expediente concesional, procedería a tramitar ante el Consejo de Ministros el levantamiento de la prohibición general de construir instalaciones hoteleras en el demanio portuario, de conformidad con el art. 72.4 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPEMM).

En relación con lo solicitado, y con base en la documentación que ha sido facilitada por la APM, esta Asesoría Jurídica emite el presente informe al que son de aplicación los siguientes,

### ANTECEDENTES DE HECHO SUCINTOS

**Primero.-** Con fecha 18 de junio de 2015, tuvo entrada en el registro de la APM solicitud presentada por el representante de la entidad "Andalusian Hospitality II, S.L." para el otorgamiento de una concesión demanial sobre determinados espacios del suelo portuario, con destino a la construcción y explotación de un hotel y de un complejo de usos complementarios comercial y de ocio anexos, adjuntándose la correspondiente documentación técnica del proyecto.

Según la APM, dicha solicitud fue acompañada de la documentación exigida en el art. 84.1 TRLPEMM, incluyéndose además la documentación relativa a la garantía provisional relativa a las obras e instalaciones para las que se solicitaba concesión, cuya cuantía asciende a 1.858.679,88 €.

El proyecto presentado ocuparía las actuales parcelas E, B y C del ámbito denominado "Plataforma del Morro de Levante" grafiadas en el mencionado Plan Especial de 2010, que tienen una superficie total de ocupación de suelo portuario de 17.610 m<sup>2</sup> (15.595 m<sup>2</sup> en las parcelas B y E; y 2015 m<sup>2</sup> en la parcela C). La edificabilidad pretendida asciende a 14.126 m<sup>2</sup> destinados a aparcamiento y 43.515 m<sup>2</sup> destinados a un edificio que albergaría un centro de congresos, área comercial, casino y oficinas, así como un hotel de 33 plantas.

**Segundo.-** Desde la perspectiva urbanística, la APM indica que para dichos espacios portuarios se cuenta con un Plan Especial vigente (el referido Plan Especial del Sistema Portuario del Puerto de Málaga; texto refundido de junio de 2010), el cual incluye (art. 7) dichas parcelas dentro del Sector nº 2 ("Plataforma del Morro") de la Zona III ("Uso portuario-ciudadano"; ex art. 10).

Dicho Plan Especial establece en su art. 10 que dentro de cada Zona se pueden desarrollar los usos pormenorizados que se indican el art. 11 de las Ordenanzas de dicho Plan Especial. Así, el art. 11 ("Distribución de usos") asigna entre los usos pormenorizados propuestos para dicho Sector el uso hotelero (art. 11.1), si bien dicho uso pormenorizado no se recoge expresamente como uso permitido en el cuadro que tal art. 11.1 contiene para dicho Sector nº 2, reconociéndose, no obstante, que ese uso y otros podrían permitirse bajo determinadas circunstancias, las cuales vendrían a concretarse para la Zona III, en el art. 12.3º) del Plan Especial, precepto que, a su vez, remite a lo que se establezca en el Plan de Utilización del Espacio Portuario-que actualmente es inexistente- (y/o en el Plan Director de Infraestructuras, o en el Plan General), indicándose expresamente que ha de posibilitarse el correcto funcionamiento de las actividades portuarias en la zona.

Sobre este asunto expone la APM que el Plan Especial no prevé en detalle para las parcelas que se otorgarían en concesión, ni el uso hotelero ni la edificabilidad que se materializaría como consecuencia de la ejecución del proyecto presentado por la entidad solicitante de concesión; si bien señala el organismo portuario que tales

determinaciones de calificación urbanística ya han sido consensuadas con el Ayuntamiento de Málaga aportando, entre la documentación remitida a esta Asesoría, escrito del Alcalde de la ciudad, fechado el 31 de octubre de 2012, relativo a un proyecto de hotel en la citada Plataforma del Morro.

Consecuencia de todo lo anterior es que la APM ha de formular una modificación de dicho Plan Especial, respecto de lo cual ha elaborado el correspondiente texto en coordinación con la Gerencia Municipal de Urbanismo de Málaga, intitulado "Modificación puntual de elementos del Plan Especial en la Plataforma del Morro. P.E. 2016". Este texto no consta que haya sido formulado hasta la fecha por la Autoridad Portuaria, que es a quien compete hacerlo [art. 56.2.a) TRLPEMM], si bien se deduce del escrito de solicitud de informe que tal tarea se está ultimando.

**Tercero.-** Desde la perspectiva portuaria, ha de significarse que la ordenación de los usos de los espacios a ocupar se contiene actualmente tan solo en el referido Plan Especial de 2010, si bien existe una propuesta de DEUP, aprobada por el Consejo de Administración de la APM en su sesión de 24 de diciembre de 2014, que se encuentra actualmente en tramitación en Puertos del Estado.

Según informa la Jefe de Área de Espacios Portuarios de Puertos del Estado, durante la sustanciación de la referida tramitación se han solicitado por este Organismo Público los informes preceptivos a los Ministerios de Defensa, de Interior, de Industria, Energía y Turismo, y de Hacienda y Administraciones Públicas, así como a la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente; habiéndose abierto con tal Dirección General el periodo de consultas al que se refiere el art. 69.4 TRLPEMM. Informa dicha Jefe de Área que, actualmente, se han emitido los informes de los Ministerios de Industria, de Interior y de Hacienda y Administraciones Públicas, así como el de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar; pero no el del Ministerio de Defensa, habiéndose reiterado solicitud para su emisión.

**Cuarto.-** Dado el interés portuario que para la APM tiene el proyecto presentado por "Andalusian Hospitality II, S.L.", y considerando de un lado, el reducido plazo que el art. 85.8 TRLPEMM establece para resolver y notificar la resolución de los expedientes concesionales, y de otro lado, ante el temor a un eventual desistimiento del peticionario de la concesión que irrogaría perjuicios al interés portuario, el Consejo de Administración de la APM, con el fin de evitar ineficiencias en la gestión optimizadora de los recursos que tiene adscritos, acordó en su sesión de 23 de noviembre de 2015, previo informe de su Director, impulsar la tramitación del expediente concesional conjugando los principios de eficacia y celeridad con el de respeto a la legalidad, pretendiendo publicar la apertura del trámite de proyectos en competencia previsto en el art. 85 TRLPEMM para una concesión de estas características, y ello con carácter previo a que por el órgano urbanístico competente se haya aprobado la modificación del Plan Especial adecuada para los usos y aprovechamientos solicitados, y también previamente a la aprobación de la DEUP mediante la correspondiente Orden ministerial que actualmente está en tramitación.

A tal fin, en dicho Consejo se aprobó una propuesta de desarrollo del procedimiento de otorgamiento concesional una vez se haya abierto el trámite de competencia de proyectos. En dicha propuesta se contienen determinadas cautelas para preservar una eventual responsabilidad de la Autoridad Portuaria ante la falta de aprobación

definitiva tanto de la modificación del Plan Especial como de la DEUP en tramitación, y de la autorización del Consejo de Ministros que, con base en el art. 72.4 TRLPEMM, levantara la prohibición general de instalaciones hoteleras en los espacios portuarios. En dicha propuesta se explicita que todas las aprobaciones referidas deberán constar antes del momento en que la Autoridad Portuaria procediera, en su caso, a otorgar la concesión a la oferta seleccionada tras el trámite de competencia de proyectos, aprobación que se otorgaría condicionada a la concurrencia de todas las aprobaciones mencionadas.

Partiendo del conjunto de circunstancias a las que se ha hecho mención, el Presidente de la APM solicita informe jurídico a esta Asesoría, en el que se valore la pertinencia de tramitar la competencia de proyectos para seleccionar la oferta para la construcción y explotación de un hotel y un complejo con usos complementarios comerciales y de ocio en las referidas parcelas de la zona de servicio portuaria, con carácter previo a que esté aprobada la modificación del Plan Especial que concrete la calificación urbanística (usos del suelo, y tipología e intensidades edificatorias) aplicable al proyecto constructivo que se seleccione y a los terrenos portuarios afectados.

Con base en los anteriores Antecedentes, por esta Asesoría se formulan las siguientes:

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**ÚNICA.- Sobre la admisibilidad de la solicitud de concesión (art. 84.2 TRLPEMM).**

El art. 84.2 TRLPEMM dispone:

*"No se admitirán aquellas solicitudes que se opongan a lo dispuesto en la Delimitación de Espacios y Usos Portuarios, o en la normativa vigente, o cuando como consecuencia de su otorgamiento se pueda originar dentro del puerto situaciones de dominio de mercado susceptibles de afectar a la libre competencia en la prestación de los servicios portuarios o en las actividades o servicios comerciales directamente relacionados con la actividad portuaria, archivándose en el plazo máximo de dos meses, sin más trámite que la audiencia previa al peticionario.*

*Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos y éstos fueran susceptibles de subsanación, se procederá para ello en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".*

Como se deduce del tenor literal del precepto, la admisión de una solicitud de concesión se sujeta a tres requisitos concretos.

A juicio de esta Asesoría, el precepto y los requisitos de inadmisión de una solicitud que en él se contienen, deben ser interpretados restrictivamente, toda vez que su concurrencia implica una restricción para la libertad de los particulares y la iniciativa

privada en la actividad económica como correlato de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, constitucionalmente reconocida (art. 38 CE).

Tal interpretación restrictiva viene demandada, además, por la propia legislación reguladora del demanio portuario estatal, que está impregnada de constantes alusiones a la promoción de la iniciativa privada en la actividad económica en los puertos, y a la libertad de acceso en la prestación de servicios.

En efecto, cuando el TRLPEMM regula el modelo de gestión del dominio público portuario, establece que dicha gestión estará orientada a promover e incrementar la participación de la iniciativa privada en la explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios a través del otorgamiento de concesiones demaniales (art. 66.1), correspondiendo a las Autoridades Portuarias promover esa actividad económica por parte de la iniciativa privada (art. 66.2), con una gestión realizada con criterios de rentabilidad y eficacia (art. 66.3).

Junto a lo anterior, el precepto debe ser interpretado en relación con las competencias y funciones que la Ley atribuye a los organismos gestores de los puertos, que están enderezadas a la optimización de la gestión económica y la rentabilización del patrimonio y de los recursos que tienen asignados [art. 25.e) TRLPEMM], fomentando las actividades comerciales relacionadas con el tráfico marítimo o portuario [art. 25.f) TRLPEMM] y favoreciendo la libre competencia [art. 30.5.p) TRLPEMM]; todo ello en el marco del principio de autosuficiencia económica de cada Autoridad Portuaria (art. 156 TRLPEMM).

En tal sentido restrictivo entendemos que ha de realizarse la interpretación de las causas de inadmisión de una solicitud de concesión, por lo que para concretar el alcance de los requisitos de inadmisión previstos en el transcrito art 84.2 TRLPEMM y la concurrencia o no de los mismos en el supuesto que nos ocupa, resulta procedente su análisis individualizado a la luz de los referidos parámetros interpretativos.

Así, tendríamos:

- a) *Que la solicitud se oponga a lo dispuesto en la Delimitación de Espacios y Usos Portuarios.*

Considerando que actualmente no está aprobada la DEUP del puerto de Málaga, difícilmente la solicitud presentada por "Andalusian Hospitality II, S.L." puede oponerse a tal instrumento portuario.

En consecuencia, no concurre en la solicitud que se analiza este motivo de inadmisión de la solicitud concesional.

No obstante, habida cuenta que los usos actualmente establecidos para el suelo portuario tan solo constan en el mencionado Plan Especial de 2010, la concordancia de tales usos con los que demanda la solicitud concesional habrá que buscarla en dicho instrumento; tarea a la que de seguido se referirá el presente informe.

b) *Que la solicitud se oponga a lo dispuesto en la "normativa vigente".*

Para poderse pronunciar jurídicamente sobre esta causa de inadmisión, resulta preciso realizar una operación interpretativa sobre el alcance de la locución "normativa vigente", a la que se alude en el precepto.

Debe insistirse en que, según opinión de esta Asesoría, tal tarea interpretativa debe partir del hecho jurídico de que se está en presencia de una causa de inadmisión y que por ello mismo la interpretación ha de ser restrictiva por mor del principio *favor libertatis*, pues lo contrario supondría menoscabar el principio de libertad en la actividad económica y el fomento de la actividad privada que se ha de realizar en los puertos, a la que permanentemente se alude en el TRLPEMM, según se ha indicado.

A este respecto, el que la solicitud no se oponga a la "normativa vigente", entendemos que debe ser interpretada como una cláusula de estilo -y de cierre-, de alcance genérico y omnicompreensivo, similar a "que no se oponga al ordenamiento jurídico".

Tan genérico alcance derivado de la hermenéutica que sostenemos, implicaría que la solicitud no haya de ser inadmitida por el mero hecho de "oponerse" a cualquier norma aplicable, interpretación que se ve reforzada por la significativa locución empleada por el precepto cuando dice "que no se oponga" (y no, "que se ajuste"), lo que implicaría una sujeción menos estricta.

Desde otra perspectiva, y por si se entendiera que la mencionada "normativa vigente" estuviera específicamente referida a las determinaciones del Plan Especial del Sistema General del Puerto de Málaga (texto refundido del año 2010) para el suelo portuario al que se refiere la solicitud de concesión, hay que recordar (*vid. supra* Antecedente de hecho Segundo) que el art. 11.1 de dicho Plan Especial prevé como uso propuesto para las parcelas ubicadas en el Sector nº 2 ("Plataforma del Muelle del Morro") de la Zona III ("Uso portuario-ciudadano") el uso terciario hotelero (CH), y que el mismo podría permitirse bajo determinadas circunstancias, si bien tal uso no consta en el cuadro incluido en el citado art. 11.1 de las Ordenanzas del repetido Plan Especial, circunstancia que -unida al hecho de que no estén tampoco previstas sus magnitudes urbanísticas (altura, número de plantas, edificabilidad, etc.)- reclama su especificación en un instrumento que determine su calificación urbanística, lo que habría de determinar la formulación, tramitación y aprobación de una modificación de dicho Plan Especial vigente, al menos al tiempo en que por la Autoridad Portuaria hubiera de resolverse -no simplemente tramitarse- la solicitud concesional.

Dicho con otras palabras: el uso terciario hotelero está propuesto en el Plan Especial, pero no está suficientemente definida su calificación urbanística, de lo que cabe colegir -máxime con una interpretación restrictiva de la locución "normativa vigente" que contiene el art. 84.2 TRLPEMM- que tal uso terciario "no se opone" al Plan urbanístico vigente.

c) *Que, como consecuencia del otorgamiento de la concesión solicitada, se puedan originar dentro del puerto situaciones de dominio de mercado susceptibles de afectar a la libre competencia en la prestación*

*de los servicios portuarios o en las actividades o servicios comerciales directamente relacionados con la actividad portuaria.*

A la vista de la documentación facilitada por la APM, este requisito no consta que concurra en el presente supuesto; constando en dicha documentación (Informe del Director de la APM de 13 de noviembre de 2015) alusiones a informes de viabilidad del proyecto concesional presentado, emitidos respectivamente por el Jefe del Departamento de Finanzas y Estrategia y por el Departamento de Explotación del organismo portuario, favorables al mismo.

En cualquier caso, esta Asesoría considera que con la apertura del trámite de competencia de proyectos que pretende realizar la Autoridad Portuaria, lejos de verse afectada la libre competencia en la prestación de servicios comerciales dentro del puerto, se estaría posibilitando la concurrencia entre los eventuales interesados.

Con base en todo lo anterior, esta Asesoría considera que existe fundamento jurídico suficiente para que, previamente a ultimar una modificación del Plan espacial vigente en las parcelas afectadas por la petición de concesión demanial portuaria formulada por "Andalusian Hospitality II, S.L.", la Autoridad Portuaria de Málaga pueda iniciar el trámite de competencia de proyectos al que se refiere la solicitud de informe jurídico dirigida a esta Asesoría. Así mismo, se consideran adecuadas las precauciones que se contienen en la propuesta de desarrollo del procedimiento de otorgamiento de la concesión aprobada por el Consejo de Administración de dicha Autoridad Portuaria en su sesión de 23 de noviembre de 2015.

Todo lo anterior en el bien entendido de que para la resolución de dicho procedimiento y el correlativo otorgamiento, en su caso, del título concesional deberán encontrarse aprobadas tanto la DEUP como la modificación del Plan Especial a los que se ha hecho mención en el presente informe, así como contarse con el acuerdo del Consejo de Ministros relativo al levantamiento de la prohibición de instalaciones hoteleras en espacios de dominio público portuario, de conformidad con lo previsto en el art. 72.4 TRLPEMM.

Es lo que cumple informar a instancia de la Autoridad Portuaria de Málaga la cual, no obstante, decidirá lo que proceda.

Madrid, a 3 de febrero de 2016

EL JEFE DE LA ASESORÍA JURÍDICA



José Antonio Morillo-Velarde del Peso