



Roj: **STS 3362/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3362**

Id Cendoj: **28079130022014100390**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **03/07/2014**

Nº de Recurso: **2977/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 7681/2011,**
STS 3362/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Julio de dos mil catorce.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso de casación núm. 2977/2011 interpuesto por MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.A., PUERTO SOTOGRANDE, S.A., AYUNTAMIENTO DE FUENGIROLA y la entidad PUERTO DEPORTIVO DE FUENGIROLA S.A.M., representadas por Procurador y defendidas por Letrado, contra la sentencia dictada el 25 de febrero de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Sede de Málaga-, en el recurso contencioso-administrativo núm. 1539/2004 .

Han comparecido como partes recurridas la Procuradora Dña. Paz Santamaría Zapata, en nombre y representación de La AGENCIA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA, y LA JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 1539/2004 seguido en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Sede de Málaga-, con fecha 25 de febrero de 2011, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO. Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y en su virtud se anula el artículo 7.1 del Decreto 371/2004 , manteniendo en su integridad el resto de la Disposición General impugnada. Sin costas".

Esta sentencia fue notificada al Procurador D. José Domingo Corpas, en nombre y representación de MARINAS DEL MEDITERRANEO, S.A., al Procurador D. Vicente Vellibre Vargas, en nombre y representación de PUERTO SOTOGRANDE, S.A., al Procurador D. Luis Javier Olmedo Jiménez, en nombre y representación de AYUNTAMIENTO DE FUENGIROLA y de la entidad PUERTO DEPORTIVO DE FUENGIROLA, S.A.M., y al Procurador D. Pedro Ballenilla Ros, en nombre y representación de CLUB NAÚTICO SAN JOSÉ, de ALMERIMAR S.A. y de PUERTO DEPORTIVO AGUADULCE S.A., el día 17 de marzo de 2011.

SEGUNDO.- El Procurador D. José Domingo Corpas, en nombre y representación de MARINAS DEL MEDITERRANEO, S.A., el Procurador D. Vicente Vellibre Vargas, en nombre y representación de PUERTO SOTOGRANDE, S.A., el Procurador D. Luis Javier Olmedo Jiménez, en nombre y representación de AYUNTAMIENTO DE FUENGIROLA y de la entidad PUERTO DEPORTIVO DE FUENGIROLA, S.A.M., y el Procurador D. Pedro Ballenilla Ros, en nombre y representación de CLUB NAÚTICO SAN JOSÉ, de ALMERIMAR S.A. y de PUERTO DEPORTIVO AGUADULCE S.A., presentaron escritos de preparación de recurso de casación con fechas 28 de marzo de 2011 el primero de ellos, 31 de marzo de 2011 el segundo y el tercero, y 1 de abril de 2011 el cuarto.



Por Diligencia de Ordenación de fecha 18 de abril de 2011, se acordó tener por preparados los recursos de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

TERCERO.- El Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de CLUB NÁUTICO SAN JOSÉ, de ALMERIMAR S.A. y de PUERTO DEPORTIVO AGUADULCE S.A., parte recurrente, presentó con fecha 19 de mayo de 2011 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que reiteró el cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad y formuló **un único motivo casacional** al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de normas del Ordenamiento Jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, concretamente:

1.- Infracción, por inaplicación, del artículo 1 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público y doctrina constitucional relativa al carácter tributario de los cánones concesionales.

2.- Nulidad de la totalidad del Decreto 371/2004 de la Junta de Andalucía por infracción, por inaplicación, del artículo 24 de la Ley 50/1997 de 24 de noviembre del Gobierno y doctrina del Tribunal Supremo relativa a la nulidad de las normas.

3.- Nulidad en bloque del Decreto 371/2004 de la Junta de Andalucía por Infracción, por inaplicación, del artículo 23 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno, en relación con el artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, y 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000, según redacción de la Ley 13/2003 de 23 de mayo.

4.- Nulidad del artículo 10.1 del Decreto 371/2004 por infringir, por inaplicación, el artículo 23 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno en relación con el artículo 9.2 de la derogada Ley 8/1988 de 2 de noviembre de Puertos Deportivos de Andalucía.

5.- Nulidad de la Disposición Transitoria Única del Decreto 371/2004 por infracción, por inaplicación, de los artículos 1 y 2 de la Ley 6/1986 de 5 de mayo sobre determinación y revisión de tarifas y cánones en Puertos e Instalaciones Portuarias de Andalucía, por contravenir el principio de jerarquía normativa en cuanto al ámbito de aplicación de la norma reglamentaria; con sus correspondientes fundamentos de derecho, suplicando a la Sala "dicte sentencia en la que casando la sentencia recurrida se decrete la nulidad del Decreto 371/2004 de 1 de junio de la Junta de Andalucía en su totalidad, y subsidiariamente, de no admitirse la anterior petición, declare la nulidad del apartado "1" del artículo 10 y también la nulidad de la disposición transitoria única, ambos de la norma reglamentaria sobre la que se pronuncia la sentencia recurrida, todo ello por ser de justicia que respetuosamente pido".

El Procurador D. Rafael Palma Crespo, en nombre y representación de MARINAS DEL MEDITERRANEO, S.A., parte recurrente, presentó con fecha 31 de mayo de 2011 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que reiteró el cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad y formuló los motivos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de normas del Ordenamiento Jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, esto es:

1º) El primero, infracción, por inaplicación, del artículo 1 de la Ley 25/1998, de 13 de Julio, de modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público y doctrina constitucional relativa al carácter tributario de los cánones concesionales.

2º) El segundo, infracción, por inaplicación, del artículo 24 de la Ley 50/1997 de 24 de noviembre del Gobierno y doctrina del Tribunal Supremo relativa a la nulidad de las normas: nulidad del Decreto 371/2004.

3º) El tercero, infracción, por inaplicación, del artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre del Gobierno en relación con el artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de Abril de 1965, y 248 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 16 de junio de 2000, según redacción de la Ley 13/2003 de 23 de mayo: nulidad del Decreto 371/2004.

4º) El cuarto, infracción, por inaplicación, del artículo 23 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno en relación con el artículo 9.2 de la derogada Ley 8/1988 de 2 de noviembre de Puertos Deportivos de Andalucía: nulidad del artículo 10.1 del decreto 371/2004.

5º) El quinto, infracción, por inaplicación, de los artículos 1 y 2 de la Ley 6/1986 de 5 de mayo sobre determinación y revisión de tarifas y cánones en puertos de instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía determinante de la nulidad de la Disposición Transitoria Única del 371/2004 por contravenir el Principio de Jerarquía Normativa en cuanto al ámbito de aplicación de la norma reglamentaria;



con sus correspondientes fundamentos de derecho, suplicando a la Sala "dicte en su día sentencia por la que: 1º) Estimando los motivos Primero y Segundo, o Tercero del recurso case y anule la sentencia recurrida dictando sentencia declarando la nulidad del Decreto 371/2004 de 1 de junio de la Consejería de Obras Públicas y Transportes por el que se regulan los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía. 2º) Subsidiariamente, estime los motivos Cuarto y Quinto del recurso, case y anule la sentencia recurrida dictando sentencia declarando la nulidad del artículo 10.1 y Disposición Transitoria Única del Decreto 371/2004 ".

Asimismo, el Procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa, en nombre y representación de AYUNTAMIENTO DE FUENGIROLA y de PUERTO DEPORTIVO DE FUENGIROLA, S.A.M., parte recurrente, presentó con fecha 7 de junio de 2011 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que reiteró el cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad y formuló los motivos que estimó pertinentes, esto es:

1º) El primero, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción de normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, infracción de los artículos 9.3 , 31.3 , 51 en sus tres reglas, 52 y 62 de la Ley 30/1992 de la Ley de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 103 Y 104 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas vigente al momento de su publicación, y artículo 23 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre y artículo 14.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas .

2º) El segundo, al amparo del citado artículo 88.1.d), por infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre y Jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo.

3º) El tercero, al amparo del referido artículo 88.1.d), infracción de los artículos 1 y 2 de la Ley 6/1986, de 5 de mayo , sobre determinación y revisión de tarifas y cánones de Puertos de Andalucía, del artículo 9.3 de la Constitución Española , artículos 51 , 101 y 163 de la Ley de Contratos del Estado .

4º) El cuarto, por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , por infracción del artículo 24 de la Constitución Española y, concretamente, por vulneración del Derecho a la Tutela Judicial efectiva producida en la sentencia; con sus correspondientes fundamentos de derecho, suplicando a la Sala "dicte sentencia que case y anule la recurrida declarando nulo el Decreto 371/2004 de 1 de junio de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, objeto del proceso".

El Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de PUERTO SOTOGRANDE, S.A., parte recurrente, presentó con fecha 13 de junio de junio de 2011 escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que reiteró el cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad y formuló los motivos que estimó pertinentes, esto es:

1º) El primero, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional , con fundamento en el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión para la parte, y concretamente, por infracción de lo dispuesto por el artículo 35, apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional , por no haber tramitado ni dado respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada expresamente en el escrito de demanda.

2º) El segundo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción de los artículos 31.3 y 133.2 de la Constitución , artículos 1 y 8 de la Ley 58/2003 General Tributaria, artículo 6 de la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos en su redacción por la Ley 25/1998 de 13 de julio, y el artículo 93.4 y Disposición Final Segunda de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas , todo ello en concurrente infracción de la jurisprudencia establecida en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 27 de febrero de 1999 , 25 de febrero de 2000 , 12 de noviembre de 2001 , 23 de junio de 2003 y 15 de abril de 2003 en relación con la doctrina constitucional establecida por las Sentencias del Tribunal Constitucional números 185/1995 de 14 de diciembre , 63/2003 de 27 de marzo , 102/2005 de 20 de abril y 121/2005 de 10 de mayo .

3º) El tercero, al amparo del citado artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , por infracción del artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y de los artículos 9.2 y 20.1 de la Ley 8/1989 sobre Tasas y Precios Públicos en la redacción dada por la Ley 25/1998 de 13 de julio, en concurrente infracción de la jurisprudencia contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 27 de febrero de 1999 , 13 de noviembre de 2000 , 16 de marzo de 2005 , 27 de noviembre de 2006 y 13 de mayo de 2009 .

4º) El cuarto, al amparo del referido artículo 88.1.d), por infracción de los apartados 1º y 2º del artículo 51 y del artículo 62.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .



5º) El quinto, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 9.3 de la Constitución, del artículo 10.2 de la Ley 58/2003 General Tributaria y del artículo 62.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por la indebida e ilegal aplicación retroactiva de una disposición reglamentaria.

6º) El sexto, al amparo del citado artículo 88.1.d), por infracción del artículo 51 apartados 1 y 2 de la Ley 30/1992 y del artículo 248 del Real Decreto Legislativo 2/2000 que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en redacción dada por la Ley 13/2003 de 23 de mayo) y el artículo 74 de la Ley de Contratos del Estado de 1965; con sus correspondientes fundamentos de derecho, suplicando a la Sala *"dicte sentencia en la que, tras acoger la procedencia de los motivos de casación alegados, case y revoque la sentencia recurrida en casación, dictando otra en su lugar que declare la nulidad del Decreto 371/2004 en los términos solicitados en el Suplico de la demanda"*. Y por otrosí digo, y para el supuesto de que no fuera estimado el primer motivo de casación, *reiteró el planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad contra el artículo 9.1 in fine de la Ley 6/1986, de 5 de mayo, sobre Determinación y Revisión de Tarifas y Cánones en puertos e instalaciones portuarias, en la redacción dada por el artículo 10 de la Ley 15/2001, de 26 de diciembre, ambas de la comunidad Autónoma de Andalucía, en tanto que incurre en un supuesto de deslegalización máxima, o remisión en blanco, a la norma reglamentaria. Cuestión que habiendo sido planteada en la demanda sin embargo no fue resuelta, en modo alguno, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, pese a haberle sido solicitada en tiempo y forma.*

CUARTO.- La Procuradora Dña. Paz Santamaría Zapata, en nombre y representación de AGENCIA PÚBLICA PUERTOS DE ANDALUCÍA, y La Letrada de los Servicios Jurídicos en la representación que ostenta de LA JUNTA DE ANDALUCÍA, comparecieron y se personaron como partes recurridas.

QUINTO.- Por Decreto de la Sra. Secretaria de la Sala Tercera -Sección Primera- de fecha 30 de enero de 2012, se acordó tener por desistido al Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de CLUB NÁUTICO SAN JOSÉ, de ALMERIMAR S.A. y de PUERTO DEPORTIVO AGUADULCE S.A., en virtud de lo solicitado en escrito presentado en fecha 25 de enero de 2012.

SEXTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por Providencia de fecha 2 de Marzo de 2012 admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la Sección Tercera de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

SÉPTIMO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, la Procuradora Dña. Paz Santamaría Zapata, en representación de la AGENCIA PÚBLICA DE PUERTOS DE ANDALUCÍA, y La Letrada de los Servicios Jurídicos en la representación que ostenta de LA JUNTA DE ANDALUCÍA, partes recurridas, presentaron, respectivamente, con fechas 13 de junio y 22 de noviembre de 2012, escritos de oposición al recurso, formulando, al Procuradora Dña. Paz Santamaría Zapata, los argumentos que consideró convenientes a su derecho, esto es:

1º) El primero, respecto al contenido del fallo y los aspectos recurribles de sus fundamentos: carácter tributario del canon concesional portuario. Mostramos nuestra conformidad a la crítica que los recurrentes realizan sobre la naturaleza del canon ya que éstos consideran los cánones portuarios como tributos (postura que viene siendo mantenida por la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la generalidad de las sentencias dictadas) al contrario que la sentencia recurrida (que pretende establecer carácter contractual y no tributario del canon por concesión del dominio público portuario). Por ello, compartimos con los recurrentes que la sentencia de instancia debe ser casada en este punto, discrepando en el resto de los motivos de casación, considerando acertado el fallo judicial.

2º) El segundo, respecto a la formalización del procedimiento de producción normativa del Decreto 371/2004, de 1 de junio. La sentencia recurrida ha valorado y desestimado las alegaciones que al respecto se han formulado por los recurrentes, estableciendo que no concurre la pretendida inexistencia de un acto formal de incoación. Lo mismo sucede con respecto a las restantes pretendidas deficiencias reseñadas por los recurrentes.

3º) El tercero, respecto al principio de reserva de Ley y al de Jerarquía Normativa en el desarrollo reglamentario contenido en el Decreto 371/2004, de 1 de Junio. La sentencia recurrida sigue la Doctrina Constitucional que las recurrentes consideran transgredida, encontrándose el Decreto 373/2004, en cuanto a la determinación del quantum de la prestación, totalmente condicionado por los criterios y límites establecidos en el artículo 9 de la Ley 6/1986 sobre determinación y revisión de tarifas y cánones en puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma Andaluza. Por ello, es improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra la referida, pues las Sentencias del Tribunal Constitucional reseñadas por los recurrentes, consideran que es el límite máximo de la prestación de carácter público, o los criterios para fijarlo, lo que ha de venir determinado en la Ley para entender respetado el principio de reserva legal.



4º) El cuarto, respecto a la ajenidad del régimen jurídico de contratación en relación a los títulos de concesión administrativa sobre puestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Los recurrentes consideran que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que sus respectivos títulos han sido modificados unilateralmente, en contra de la normativa de contratación pública, y sin indemnización alguna, discrepando entre ellos de la naturaleza de la concesión de la que son titulares, postulando, unos que se trata de una concesión de servicio público, otros que es demanial, y otros que es un contrato de obra pública, coincidiendo todos en que el otorgamiento de dichos títulos se produce al amparo de la Ley de 1958 de Puertos Deportivos que, supletoriamente, remite al régimen de contratos públicos entonces vigente. Pero, aún discrepando de la naturaleza de la concesión, en ningún caso se trata de regulación de materia reservada al estado ya que no estamos ante legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas, sino ante la actuación de las competencias de la Administración autonómica en relación con los puertos radicados en Andalucía que no tengan la calificación de interés general, así como de la potestad tributaria de la Comunidad Autónoma, constituyendo la Hacienda autonómica, entre otros, los rendimientos de sus propias tasas por aprovechamientos especiales. Así, el Decreto recurrido se limita a regular los cánones de las concesiones en los puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, es decir, regula un ingreso público de la Hacienda Autonómica, limitándose a desarrollar reglamentariamente el canon establecido en el artículo 9 de la Ley 6/1986, sin que el mismo haya sido recurrido ni derogado. Tampoco cabe seguir argumentando con éxito que, los títulos otorgados por el Estado sobre puertos deportivos y transferidos a la Comunidad Autónoma de Andalucía no puedan ser variados por ésta en uno de sus aspectos esenciales, como lo es el canon concesional, porque ya se procedió a tal modificación en la Ley 1986, operándose ahora otra modificación legal de esa misma Ley a través de la redacción dada por las Leyes 2001 y 2002, limitándose el Decreto impugnado a desarrollar las previsiones legales sin extralimitación (sin perjuicio de la indicada en el artículo 7.1 anulado por la sentencia recurrida).

5º) El quinto, respecto al régimen transitorio establecido en el Decreto 371/2004, de 1 de junio, respecto a la pretensión de no aplicación de la normativa autonómica a las concesiones transferidas por al Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía. La sentencia recurrida determina que no concurre la denunciada eficacia retroactiva de las Disposiciones del Decreto. Contra el pretendido quebranto de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, cabe argumentar que: 1.- Se trata de un título obligacional del que resulta una relación jurídica de especial sujeción para el concesionario, a consecuencia de la cual deberá estar a las distintas modificaciones que se produzcan en el bloque normativo regulador de aquel status jurídico. 2.- La posibilidad de revisión de los cánones de las concesiones preexistentes es inherente a su naturaleza de tasa, amén de encontrarse expresamente prevista en norma legal, y haberse efectuado al amparo del régimen jurídico anterior. 3.- No cabe considerar máxima la retroactividad del Decreto, pues ello implicaría que los efectos retroactivos alcanzarán incluso a los cánones devengados en el pasado desde que se otorgó el título concesional, cuando realmente la retroactividad que contempla el Decreto 371/2004 es de grado mínimo, esto es, para los efectos futuros, por lo que en ningún caso queda comprometida la seguridad jurídica.

6º) El sexto, respecto al desequilibrio financiero atribuido al Decreto 371/2004, de 1 de junio. La pérdida del necesario equilibrio económico de la concesión no es un concepto abstracto que pueda oponerse en situaciones en las que, como la actual, la revisión introducida resulta de la necesaria aplicación de preceptos legales, como los relativos a la revisión de cánones. Además, la supuesta quiebra del equilibrio financiero no se acredita en ningún momento y no se prueba, ni si quiera someramente, que se comprometa gravemente la continuidad de la prestación del servicio por parte del concesionario. Adicionalmente, debe considerarse que no estamos ante un supuesto de modificación concesional, pues el carácter de tasa del canon, es preexistente a la nueva regulación del régimen de revisiones, y de tal condición de tasa resulta la previsible revisión de su cuantía, en la forma que la nueva norma regula, de manera objetiva, y acorde con la necesaria seguridad jurídica.

7º) El séptimo, respecto al establecimiento de los sumandos de actividad y ocupación como elementos integrantes del canon. Resulta patente la tergiversación que se hace por las recurrentes del artículo 2 de la Ley 6/1986, de 5 de mayo, sobre determinación y revisión de tarifas y cánones en puertos e instalaciones portuarias de la Comunidad Autónoma Andaluza, dado que la misma tiene ámbito general, tanto para los puertos de gestión directa, como indirecta, y es específicamente el artículo 9 de dicha norma el que regula la determinación de los cánones de las concesiones administrativas, que desde la primera redacción de 1986 ya incluía dos sumandos, uno de ocupación y otro de actividad, teniendo el sumando de ocupación como componentes (tal y como recoge el artículo 2 del Decreto 371/2004) por un lado, el valor de los terrenos y aguas del puerto ocupado para el normal desarrollo de la actividad concesional y, por otro lado, las obras, instalaciones y equipos entregados por la administración a tal fin, para aquellas concesiones en las que la Administración hubiera sufragado dichas obras. Por tanto, el Decreto establece que si las instalaciones han sido construidas por la Administración, el concesionario ha de sufragar tales gastos, al igual que los afronta



el concesionario que ha asumido la construcción de las mismas y habrá que estar al momento de la concreta cuantificación del canon para determinar si realmente no se ha atendido al hecho de que las instalaciones hayan sido construidas por el concesionario, sin que del Decreto quepa inferir esta consecuencia. En definitiva, sólo podría tener éxito la impugnación de una eventual liquidación del canon concesional en la que se hubiese adicionado una partida en concepto de ocupación de otras e instalaciones y estas no hubieran sido entregadas por la Administración Portuaria, sino construidas por el propio concesionario.

8º) El octavo, respecto al régimen de la modificación sustancial y no sustancial del título de la concesión y determinación del órgano competente. Los recurrentes sostienen que el Decreto excede el ámbito de la reserva legal al establecer, ex novo, la determinación de qué ha de entenderse por modificación sustancial y no sustancial del título concesional portuario, así como la competencia del Consejo de Gobierno para las modificaciones sustanciales, en su artículo 10. Consideramos este nuevo argumento introducido en casación absolutamente inoperante porque en ningún momento se indica en norma alguna que la fijación de la sustantividad o no de la modificación del título concesional deba ser objeto de reserva de Ley; es más, la modificación opera (a diferencia de la revisión, que constituye el supuesto de revisión de oficio) a instancia del interesado, por lo que no cabe plantear que pueda tratarse de un eventual supuesto de limitación de derecho. Añadir que, no puede pretenderse reserva legal en cuanto a que la diferenciación establecida, sobre la entidad de la modificación, tiene como única finalidad la determinación del órgano competente al efecto, lo cual, conforme a Derecho, no está sujeto a norma de rango legal; suplicando a la Sala *"dicte sentencia desestimatoria, que confirme el fallo de instancia, por congruencia con el desistimiento referido en el expositivo preliminar de este escrito, y adicionalmente dado que la consideración compartida por las partes, relativa a la naturaleza tributaria del canon concesional, no integra la parte dispositiva de la sentencia, que delimita el ámbito del recurso, siendo el resto de fundamentos del fallo y cuantas circunstancias se detallan en el presente escrito soporte de legalidad del Decreto impugnado"*.

Por su parte, La Letrada de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía, en la representación que ostenta, también formuló los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, esto es:

. En relación con el recurso de casación formulado por PUERTO DE SOTOGRANDE, S.A.:

1º) Respecto al primer motivo de casación, la recurrente plantea la incongruencia omisiva de la sentencia, censurando el que la Sala de instancia no se haya pronunciado sobre la petición formulada por la actora, mediante otrosí en su escrito de demanda, en relación con el precedente planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 9.1 de la Ley 6/1986, de 5 de mayo , sobre determinación y revisión de tarifas y cánones en Puertos e Instalaciones Portuarias, argumentando: que la Sala infringe el iter procedimental contemplado en el artículo 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional ya que no ha concedido alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la procedencia de tal cuestión y, que la sentencia adolece de falta de motivación ya que no ha resuelto expresamente si procede o no plantearla. Frente a esta argumentación damos por reproducida la argumentación de la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando se ha planteado esta misma cuestión en recursos anteriores (Sentencias de 21 de junio de 2012 , 23 de junio de 2011 , 20 de octubre de 2004 , 4 de octubre de 2010 , entre otras), de la que se desprende que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es obligada para el órgano judicial, sino una facultad que la ley confiere al mismo, lo que excluye la petición anudada a la estimación del motivo de que se plantee tal cuestión de inconstitucional. Así pues, aun en el hipotético caso de que la Sala a la que nos dirigimos considere que concurre defecto de motivación en cuanto al rechazo de planteamiento de la cuestión, habría que estar a la naturaleza de la normal legal cuestionada, que en este caso es autonómica (el artículo 9.1 Ley 6/1986, de 5 de mayo , sobre determinación y revisión de tarifas y cánones en Puertos e Instalaciones Portuarias), por lo que la única consecuencia de la eventual estimación del motivo sería la de reponer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia a fin de que esta se pronuncie sobre todas las alegaciones de las partes.

2º) Respecto al segundo y cuarto motivo de casación, se abordan conjuntamente por su estrecha e indiscutible vinculación ya que carece de efectos jurídicos la estimación del segundo motivo (que se refiere al carácter de tasa que debe predicarse del canon regulado en el Decreto 341/2004) si correlativamente no se estima el cuarto motivo (que versa sobre la supuesta infracción por dicho Decreto de los principios de reserva de ley y jerarquía normativa). Motivos que deben ser inadmitidos, toda vez que la actora lo que trata es de enjuiciar el derecho autonómico, lo que está vedado en el recurso de casación. Con carácter subsidiario respecto de las causas de inadmisibilidad, hemos de oponernos a efectos dialécticos en cuanto al fondo, toda vez que no se vulneran los preceptos que se invocan, remitiéndonos a los acertados y extensos fundamentos de la sentencia recurrida.

3º) Respecto al tercer motivo de casación, la recurrente denuncia la infracción del artículo 24.1 a) de la Ley del Gobierno , al considerar que en la elaboración de la disposición general que nos ocupa se ha omitido un trámite esencial del procedimiento (ausencia de Memoria Económica) que es determinante de nulidad de dicha norma.



Damos por reproducidos los acertados fundamentos de la sentencia recurrida, la cual considera que no se ha producido omisión de un trámite esencial del procedimiento, al poner de relieve la innecesaria de la Memoria Económica dado el objeto de la disposición reglamentaria que nos ocupa, que no es implantar un canon, sino regular el mismo. La sentencia recurrida, lejos de ser contradictoria, resulta plenamente congruente, toda vez que por el hecho de contener el Decreto un mero desarrollo de lo establecido en la ley y no introducir modificaciones esenciales, es precisamente por lo que no se considera necesaria la Memoria Económica.

4º) Respecto al quinto motivo de casación, la recurrente, nuevamente, bajo la aparente denuncia de principios generales consagrados en normas estatales (en este caso, irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales) trata de enjuiciar el derecho autonómico, ya que señala que el Decreto infringe el marco temporal establecido en la Ley andaluza 6/1986, lo que claramente nos remite al enjuiciamiento del derecho autonómico, vedado en esta sede, motivo por el cual debe inadmitirse. Con carácter subsidiario a la causa de inadmisibilidad, nos oponemos, remitiéndonos a lo argumentado por la sentencia recurrida en relación con esta cuestión, pues la misma, de forma acertada, concluye que la disposición reglamentaria enjuiciada se dicta en desarrollo del apartado 2 de la Disposición Final Primera de la Ley 15/2002, de medidas Fiscales, presupuestarias, de control y administrativas de la Junta de Andalucía y el artículo 46 de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materias de tributos cedidos y otras medidas tributarias. La retroactividad estricta o propiamente dicha sólo se produce respecto de hechos o actos jurídicos enteramente realizados bajo la legislación anterior, pero no cuando estamos ante situaciones incompletas, cuya plena eficacia exige que tengan lugar una serie de requisitos posteriores que se cumplen bajo la nueva ley. Así pues, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha de distinguirse entre: una retroactividad de grado máximo, que aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; una retroactividad de grado medio, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y, una retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma. Esta última retroacción es la que habría ocurrido en el supuesto que nos ocupa y, la misma, está plenamente admitida en nuestro derecho.

5º) Respecto al sexto motivo de casación, de la lectura del motivo se advierte que lo que censura la recurrente es un defecto de la propia sentencia (error in procedendo) y no un error del Juzgador en la aplicación de normas jurídicas (error in indicando), toda vez que lo realmente denunciado, no es la vulneración de ciertas normas materiales, sino el hecho de que la sentencia tiene una laguna, al no haberse pronunciado sobre la cuestión, resultando incongruente, al no haber relación entre el pronunciamiento sobre la naturaleza del canon y no haber tomado en consideración la alegación sobre desequilibrio de la concesión. Así pues, el motivo debe ser inadmitido, por haberse preparado indebidamente al amparo de la letra d) en lugar de la c) del artículo 88.1. de la Ley Jurisdiccional, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, por incumpliendo de la carga (por parte de la recurrente) de justificar en el escrito de preparación del recurso el necesario juicio de relevancia de la infracción de derecho estatal. Como causa de oposición, a los meros efectos dialécticos, negamos que concurran las infracciones denunciadas, toda vez que no se ha acreditado mínimamente en instancia, la supuesta quiebra del equilibrio económico-financiero de la concesión, por lo que procede la desestimación del motivo.

. En relación con el recurso de casación formulado por el AYUNTAMIENTO DE FUENGIROLA y de PUERTO DEPORTIVO DE FUENGIROLA, S.A.M. y por MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.A.:

Estos recursos de casación resultan inadmisibles ya que el codemandado no tiene legitimación activa para recurrir la sentencia que confirma la disposición impugnada (Decreto 371/2004, de 1 de junio). Entendemos que nos encontramos ante un caso de palmario fraude procesal dado que las aquí recurrentes AYUNTAMIENTO DE FUENGIROLA y de PUERTO DEPORTIVO DE FUENGIROLA, S.A.M. y, MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.A., dejaron transcurrir el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 371/2004, pretendiendo valerse después del recurso formulado por PUERTO DE SOTOGRANDE, S.A., para combatir dicha norma autonómica, a pesar de ostentar una posición procesal incompatible con esta pretensión. Ni esta actuación resultaba admisible (por lo que no fueron tenidos en cuenta sus argumentos en la sentencia de instancia), ni tampoco resultaba admisible el planteamiento del recurso de casación (que se formula para solicitar la nulidad de la disposición normativa), ya que es clara la incompatibilidad con esa personación en la instancia en la parte codemandada (Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 23 de abril de 2003, 22 de septiembre de 2006). Con carácter estrictamente subsidiario: damos por reproducida la causa de inadmisibilidad sobre la utilización instrumental de derecho estatal para recurrir, en el fondo, derecho autonómico y, también, en cuanto al fondo dado que los motivos expuestos son similares a los ya analizados, remitiéndonos a la fundamentación contenida en las alegaciones realizadas en relación con el recurso de casación formulado por PUERTO DE SOTOGRANDE, S.A., para oponernos a los motivos formulados



en los recursos de AYUNTAMIENTO DE FUENGIROLA y de PUERTO DEPORTIVO DE FUENGIROLA, S.A.M. y el de MARINAS DEL MEDITERRÁNEO, S.A.; suplicando a la Sala "inadmira los recursos por las causas de inadmisibilidad expuestas, y subsidiariamente, los desestime en todos sus extremos, confirmando la sentencia impugnada".

OCTAVO.- Terminada la sustanciación del recurso, por Diligencia de Ordenación e fecha 26 de noviembre de 2012, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para cuando por turno correspondiera. Y por Providencia de fecha 3 de Febrero de 2014 la Sala Tercera -Sección Tercera- acordó remitir las actuaciones a la Sección Segunda de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos entre las Secciones.

Llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 2 de Julio de 2014, fecha en la que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Montero Fernandez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la Sentencia de 25 de febrero de 2011, recaída en los autos 1539/2004, estimatoria parcial del recurso contencioso administrativo dirigido contra el Decreto 371/2004, de 1 de junio de la Junta de Andalucía, publicado en el BOJA nº 120 de 21 de junio de 2004, por el que se regulan la determinación y revisión de los sumandos de actividad y de ocupación de los cánones de las concesiones de los puertos e instalaciones portuaria de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la competencia para otorgar y modificar dichas concesiones. La Sentencia al estimar parcialmente el recurso anula el artº 7.1 del Decreto, manteniendo en su integridad el resto de la Disposición impugnada.

SEGUNDO.- Plantea la Junta de Andalucía causa de inadmisibilidad de los recursos de casación deducidos por las tenidas como partes codemandadas en el recurso contencioso administrativo Ayuntamiento de Fuengirola y Puerto Deportivo de Fuengirola y Marinas del Mediterráneo, S.A., en tanto que actuando como codemandadas instaron la nulidad del Decreto 371/2004, lo que resultaba incompatible con la posición procesal que ostentaban en el recurso, en tanto que la misma sólo le permitía la defensa de la disposición general objeto del recurso, lo que constituye un fraude procesal y la imposibilidad de alzarse contra la Sentencia de instancia; no cabe, pues, admitir sus recursos de casación solicitando la nulidad del Decreto. Señalando al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2003 y 22 de septiembre de 2006.

Tiene la razón la Junta de Andalucía en la denuncia que formula, las citadas partes acudieron al proceso tras el emplazamiento de la Administración, en condición de codemandadas; posición procesal que está acabadamente delimitada en esta jurisdicción, positivamente en defensa del acto o disposición impugnada, negativamente impidiéndole formular pretensiones impugnatorias del acto. En cambio como puede observarse ambas en sus escritos de contestación a la demanda solicitaron la nulidad del Decreto, lo que constituye un fraude procesal en tanto que en la posición de codemandados, una vez sobrepasado los plazos legales para poder impugnar el citado Decreto, pretendieron la anulación del Decreto que había sido impugnado por la entidad Puerto de Sotogrande, S.A., constituyéndose en una posición procesal no contemplada en esta jurisdicción. El artº 21.1.b) de la LJCA, indica las partes que pueden considerarse demandadas, y sólo le es dable al recurrente, artº 31 de la LJCA, pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación. Procede interpretar el artº 89.3 de la LJCA, en el sentido de que sólo tiene legitimación para preparar el recurso de casación quien la tiene para interponerlo, esto es, los que hayan sido parte en el procedimiento en el que recayó la sentencia o auto susceptible de recurso de casación, y no pudiéndosele reconocer a los citados la condición de correcurrentes, no se le puede reconocer legitimación para preparar e interponer recurso de casación.

TERCERO.- El primer motivo casacional que formula la entidad Puerto de Sotogrande, S.A., se funda en el artº 88.1.c) de la LJCA, al advertir que habiendo planteado mediante Otrosí en su escrito de demanda la posible inconstitucionalidad del artº 9.1 de la Ley Andaluza 6/1986, de 5 de mayo, en su redacción dada por Ley 15/2001, de 26 de diciembre, en tanto que contenía una remisión íntegra y en blanco al Reglamento para la determinación de la cuantía mínima del canon de actividad, afectando a un elemento esencial del tributo, se producía una vulneración del principio constitucional de reserva de ley tributaria, lo que le ha supuesto indefensión ante la falta de tramitación y respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada expresamente, cuando el Tribunal venía obligado a pronunciarse expresa y motivadamente sobre tal solicitud.

Como bien recuerda la representante de la Junta de Andalucía, este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la cuestión que es objeto de atención en este motivo casacional, y siempre se ha mantenido que estamos ante una facultad del Tribunal de instancia a ejercer de manera razonable y ponderada, no



tratándose, pues, de una obligación de atenerse al criterio de quien interesa el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de esta Sala de 23 de junio de 2011 (rec. cas. núm. 4532/2007), que establece el siguiente criterio:

«Por lo demás es constante la jurisprudencia de esta Sala que pone de manifiesto que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad o su no planteamiento depende de forma exclusiva de la voluntad del órgano judicial sin intervención alguna del poder dispositivo de las partes o del Ministerio Fiscal. Así, en nuestra sentencia de 28 de enero de 2002, dictada en el recurso de casación 9311/1997, recordamos que "El Tribunal Constitucional ha declarado repetidamente (sentencias de 12 de febrero de 2001, número 32/2001 , y 9 de mayo de 1994, número 130/1994 , y las que en ellas se citan) que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, puesto que el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no obliga al órgano judicial a plantear la cuestión cuando lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el Juez o Tribunal considere que la norma de cuya validez depende el fallo a adoptar pueda ser contraria a la Constitución. El citado precepto no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 de la Constitución , sino únicamente la facultad de instarlo ante los órganos judiciales, a cuyo único criterio, sin embargo, la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de aquélla cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deben resolver". Y añadimos, consecuentemente, que "El deber de motivación de las resoluciones judiciales no requiere que entre éstas y las alegaciones de las partes exista una exacta correspondencia, y menos aún es exigible esta correspondencia cuando dichas alegaciones van encaminadas a que el Tribunal plantee una cuestión de inconstitucionalidad. En consecuencia no cabe reprochar a la Sala de instancia que no se haya pronunciado expresamente sobre alguna de las razones que, a su juicio, habrían debido conducir al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad...".

En la misma línea, en la sentencia de 20 de octubre de 2004, dictada en el recurso contencioso-administrativo 168/2002 , recordamos que *"La misión de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no es controlar la constitucionalidad de las Leyes, expresión suma de la normatividad jurídica de carácter ordinario y que responden a la voluntad política expresada a través de las Cortes Generales, representantes del pueblo español. Ni siquiera es objeto de discusión que (artículo 117, apartados 3 y 4, de la Constitución , 5.2 y 8 de la LOPJ y artículo 1º de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998) su jurisdicción se concreta al conocimiento de las pretensiones que se dirijan contra los actos de la Administración sometidos al Derecho Administrativo, contra las disposiciones generales que tengan rango inferior al de la Ley, o contra los Decretos Legislativos, si excedieren de los límites de la delegación en ellos contenida".* Y añadíamos que *"Ciertamente que el artículo 35 de la LO 2/79 admite que los Jueces y Tribunales puedan suspender la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento para someter al Tribunal Constitucional la posible inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley de cuya validez dependa el fallo; pero el ejercicio de esa posibilidad debe estar sometido a la moderación que supone la duda, cierta y razonable, en torno a la constitucionalidad de la norma, sin perder de vista que el planteamiento de la cuestión implica el ejercicio de una potestad cuya procedencia y oportunidad constituye una auténtica facultad -el razonable ejercicio de la cual ha de ponderarse por parte del juzgador- y no el deber de atenerse al criterio de quien insta dicho planteamiento".*

Otro ejemplo más en la línea en la que nos movemos la constituye la sentencia de 21 de septiembre de 2005 , dictada también en un recurso de casación, dijimos que *"Es doctrina constante de esta Sala que no puede fundarse un recurso de casación en la impugnación de la decisión de los Tribunales de instancia en torno a la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 35 de la LO 2/79 , ya que ello no constituye una obligación, sino una prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, de la cual ha de hacerse uso con moderación y solamente en aquellos casos en que dichos órganos lo consideren justificado. Esa misma doctrina hace inviable cualquier pretensión de impugnación de la decisión adoptada en la instancia en relación con el planteamiento de la cuestión (Sentencias de 28 de enero y 20 de octubre de 2004 , y muchas otras)".* Añadiendo a continuación que *"Evidentemente eso no significa negar la facultad del Tribunal sentenciador de acordar proceder conforme al artículo 35 ya citado siempre que lo considera procedente; pero es igualmente constante la doctrina jurisprudencial que recuerda la conveniencia de que para hacerlo así existan «motivos sólidos», o «indicios que con gran vehemencia apunten hacia una contradicción de la Ley con inequívocos mandatos constitucionales» (Sentencias de 4 y 22 de marzo de 2003), sin que baste la alegación de una simple discrepancia normativa".*

Tampoco puede alegarse que, al menos, la denegación debió ser motivada, puesto que en este caso ha de llamarse la atención que la Sentencia de instancia parte de un presupuesto que, aunque erróneo, determina la suerte que había de correr la solicitud del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en los términos



apuntados, y así a la solicitud de nulidad del Decreto por infracción de la ley tributaria, contestó la Sala de instancia que *"en el supuesto aquí considerado, no se está ante un acto de naturaleza tributaria, sino ante una exacción contractual, esto es, ante una exacción procedente del condicionado particular del título que otorga la concesión administrativa de un determinado aprovechamiento del dominio público hidráulico (sic). No puede, por tanto, ser calificado de acto emanado de poder tributario originario o derivado alguno, sometido estrictamente al principio de legalidad... En suma, el canon que aquí se trata es el derivado de la explotación de instalaciones portuarias en régimen de concesión administrativa, carente, por lo dicho, de naturaleza tributaria"*. Puesto que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contra el artº 9.1 la Ley 6/1986, necesariamente ha de ponerse en conexión con la cuestión material con la que se relaciona, de suerte que el fallo que deba recaer no pueda sustraerse a la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, y en este caso al otorgar la Sala de instancia al canon la naturaleza de una exacción contractual, decaía todo argumento en el que sustentara la inconstitucionalidad denunciada, e implícitamente se estaba dando cumplida respuesta a dicha solicitud, pues como tantas veces hemos dicho *"...el principio de congruencia no requiere una correlación literal entre el desarrollo dialéctico de los escritos de las partes y la redacción de la sentencia. El requisito de la congruencia no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo"* (Cfr. SSTs de 20 de diciembre de 1996 y 11 de julio de 1997, entre otras muchas). El no tramitar y dar respuesta explícita a la solicitud, ningún defecto ni consecuencia desfavorable deriva, pues razonablemente se infiere de los argumentos antes apuntados que existió una denegación implícita de la solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Si la consideración de que estamos ante una exacción contractual destierra una posible vulneración del principio de reserva legal, resultaba innecesario por superfluo más justificación en tanto que faltaba el sustrato primero y esencial para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, cual era estar ante el establecimiento de una tasa. Se puede discrepar del resultado al que llegó la sentencia de instancia, se puede entender, como parece lo correcto, que no estamos ante una exacción contractual, sino ante una tasa, pero a la vista de la conclusión a la que llega la Sentencia no puede afirmarse que ignorara la solicitud, y ello, evidentemente, por considerar innecesaria la Sala de instancia entrar sobre una cuestión que quedó excluida desde que dejó sentado el referido presupuesto de la naturaleza jurídica del llamado canon concesional.

CUARTO.- Combate la parte recurrente en el siguiente motivo de casación la consideración de exacción contractual que para la Sala de instancia posee el canon que nos ocupa, afirmando que es esta premisa equivocada la que le lleva a resolver erróneamente el resto de cuestiones jurídicas controvertidas, formulando el motivo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción de los artículos 31.3 y 133.2 de la Constitución, artículos 1 y 8 de la Ley 58/2003 General Tributaria, artículo 6 de la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos en su redacción por la Ley 25/1998 de 13 de julio, y el artículo 93.4 y Disposición Final Segunda de la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas, todo ello en concurrente infracción de la jurisprudencia establecida en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 27 de febrero de 1999, 25 de febrero de 2000, 12 de noviembre de 2001, 23 de junio de 2003 y 15 de abril de 2003 en relación con la doctrina constitucional establecida por las Sentencias del Tribunal Constitucional números 185/1995 de 14 de diciembre, 63/2003 de 27 de marzo, 102/2005 de 20 de abril y 121/2005 de 10 de mayo.

La parte recurrida Agencia Pública de Puertos de Andalucía le da la razón a la parte recurrente, mostrando su conformidad a la crítica que se hace sobre la naturaleza tributaria del canon, con cita del artº 4.2 de la Ley 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, *"El canon de ocupación de terreno, utilización del dominio público, aprovechamiento de materiales o derechos de ejecución de servicios públicos que sean objeto de concesión administrativa, queda plenamente equiparado a tasa a efectos de esta Ley"*; determinado en su artº 42.2 su carácter supletorio respecto de la Ley 6/1986, de 5 de mayo, referente legal directo del Decreto 371/2004.

Para la Junta de Andalucía este motivo de casación se debe poner en relación con el motivo de casación cuarto, también formulado al amparo del artículo 88.1.d), por infracción de los apartados 1º y 2º del artículo 51 y del artículo 62.2 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues existe una vinculación entre ambos motivos pues carece de efectos jurídicos la estimación del considerar que estamos ante una tasa, si no se pone en correlación con la infracción de los principios de reserva de ley y jerarquía normativa.

Las partes se muestran de acuerdo respecto de la naturaleza jurídica del canon concesional determinado por el Decreto 371/2004, en desarrollo del artº 9 de la Ley 6/1986, en su redacción por las Leyes 15/2001 y 10/2002 de la utilización por los concesionarios del dominio público portuario. El presupuesto de hecho que motiva la exigencia del canon es la ocupación o uso del dominio público portuario. Conforme al artº. 2.2 a)

de la LGT que, a los efectos de calificar a las prestaciones patrimoniales satisfechas por los ciudadanos a las Administraciones públicas como tasas, dispone que:

" a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado".

No se discute que estamos ante la ocupación del suelo por las concesionarias se produce el hecho imponible por utilización privativa o el aprovechamiento especial de los bienes del dominio público portuario cuya titularidad le corresponde a la Administración autonómica andaluza, generan, como expone la STC 185/1995, de 14 de diciembre, " una situación que puede considerarse de monopolio, ya que si un particular quiere acceder a la utilización o al aprovechamiento citados para realizar cualquier actividad debe acudir forzosamente a los mismos » (FD 4 a)".

El canon a abonar por las concesionarias tiene naturaleza tributaria, estamos ante una tasa por la ocupación y utilización del dominio público portuario, cuya fijación debe sujetarse a la Ley estatal 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos y a la Ley autonómica 4/1998, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía y Ley 6/1986; sometida, por tanto, al principio de reserva de ley.

Para la recurrente, y ya entramos en el cuarto motivo casacional, se quiebra el principio de reserva de ley, pues el Decreto 371/2004 podía desarrollar válidamente la Ley 6/1986, siempre que hubiese habilitación legal y respetara las disposiciones contenidas en la misma. Considerando la recurrente que el Decreto se excede de dichos límites.

Para la recurrida Junta de Andalucía los motivos son inadmisibles -pues aún mostrándose de acuerdo con el segundo, afirma que carece por sí sólo de eficacia alguna sobre la validez del Decreto 371/2004-, puesto que la vulneración de los principios de reserva de ley y jerarquía normativa, sólo cabe analizarlo examinando el Derecho de la Comunidad Autónoma Andaluza, por lo que la cuestión no es si el Decreto vulnera dichos principios, sino si vulnera la Ley 6/1986.

Conforme al artº. 86.4 de la LJCA , las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, como la aquí impugnada, sólo son recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho Estatal o Comunitario Europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Este precepto se halla estrechamente relacionado con el art. 89.2 de la LJCA , que obliga, en tales casos, a que el escrito de preparación del recurso de casación justifique que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante de fallo de la sentencia impugnada.

Lo cierto es que la parte recurrente invoca los principios constitucionales de reserva de ley en materia tributaria y jerarquía normativa, pero cuando entra a analizar los posibles excesos reglamentarios se hace en relación con la Ley 6/1986,

-Artº 3.2, al ampliar el rango de facturación de cualquier actividad del concesionario al incluir las desarrolladas "fuera del ámbito material o territorial de la concesión", cuando la norma legal se refiere y regula las actividades del concesionario en las instalaciones portuarias.

- Artº 5.3, introduce el sistema de estimación indirecta sin estar previsto en la Ley.

- Art. 8.1 que establece como uno de los valores para determinar el sumando de la actividad "el valor de los activos públicos totales entregados en concesión", lo que contraviene el régimen previsto en el artº 9.1 de la Ley que distingue dos componentes diferenciados, el sumando de actividad y el sumando de ocupación; mezclando el Decreto los componentes de cada sumando.

- Artº 8.1 al calcular la cuantía mínima del canon de actividad cuando la Ley 6/1986 identifique o apunte previamente los valores, y lo hace por la remisión en blanco del artº 9.1 de la Ley 6/1986 .

- Artº 9.2, prescinde de los conceptos y clasificación de los puertos previstos en el artº 9.2 de la Ley 6/1986 e introduce unos valores mínimos por metro cuadrado sin cobertura legal.

- Artº 9.2.b) respecto de la valoración de la partida correspondiente a la ocupación de las aguas, prescindiendo del mandato recogido en el artº 9.2 de la Ley 6/1986 .

- Artº 12, sobre la revisión de los cánones previstas en el artº 14 de la Ley 6/1986 .



- Disposición Final Primera, introduce en los títulos concesionales dos cláusulas nuevas; previsiones no prevista en norma alguna.

- Régimen Transitorio, al prescindir por completo del sistema de gradación y de bonificación previsto en al Disposición Transitoria Segunda de la Ley 10/2002 .

Considerando que se ha vulnerado el artº 51 de la Ley 30/1992 y 62.2 del mismo texto.

Ninguna conexión ofrece entre los dictados del Decreto 371/2004 y la vulneración de las leyes estatales que sirve de pórtico para anunciar los motivos de casación que examinamos; toda su argumentación se vuelca en justificar los excesos reglamentarios respecto de las normas autonómicas.

Como tantas veces ha dicho este Tribunal las normas constitucionales y los principios que invoca la parte recurrente constituyen un elemento común a todos los ordenamientos jurídicos, ya sea el estatal, autonómico o local, y no puede servir de base, por sí solo, para fundar un recurso de casación, cuando el Derecho material es puramente autonómico.

En este sentido, se viene pronunciando esta Sala, sobre la infracción de los principios del artículo 9.3 y la nulidad del artículo 62 de la Ley 30/1992 , al señalar que " *Estos preceptos, en cuanto tienen el carácter de instrumentales, y, por tanto, constituyen elementos comunes para todos los ordenamientos jurídicos, ya sea el estatal, autonómico o local, no pueden servir de base por sí solos para fundar un recurso de casación, cuando el derecho material es puramente autonómico. pues admitir lo contrario sería tanto como privar de contenido al artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional , al existir siempre la posibilidad de acogerse a estos preceptos instrumentales y principios generales para con base en su infracción entablar el recurso de casación*" (STS de 17 de septiembre de 2008 dictada en el recurso de casación nº 4118 / 2005).

Como se comprueba sustenta la recurrente exclusivamente en la vulneración del principio de reserva de ley tributaria y jerarquía normativa, por contradecir el Decreto la Ley 6/1986, lo que evidencia que se contrastan únicamente normas autonómicas cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Recordemos los términos del Auto 25 de abril de 2012, en el que dijimos que " *La invocada infracción de los artículos 9 y 24 de la Constitución -o incluso la de los artículos 6.4 y 7 del Código Civil que las recurrentes deslizan en el primer motivo casacional ya analizado- no es obstáculo a la anterior conclusión pues la referencia a la lesión de los principios de igualdad, seguridad e igualdad -o la denuncia de fraude de ley-, no permiten dar acceso a la casación ya que se trata de principios que son comunes a todos los ordenamientos, ya sea estatal o autonómico y, por tanto, pueden invocarse en relación con cualquier norma de ambos ordenamientos en apoyo o contradicción de la misma, por lo que a los efectos de la casación han de ir indisolublemente referidos a la norma a que se aplican que será la que determinará el acceso o no a la casación. Lo trascendente, pues, en los casos como el que ahora nos ocupa, y así lo tiene declarado esta Sala, es que la sentencia haya valorado o dejado de valorar indebidamente y con relevancia para el fallo una norma estatal o comunitaria europea, ya que, de lo contrario, bastaría invocar instrumentalmente, como aquí hacen las recurrentes, una pretendida infracción de cualquier precepto constitucional o de derecho estatal para convertir en impugnables por la vía del recurso de casación aquellas sentencias que, con arreglo a lo establecido en el artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción , están excluidas de este recurso extraordinario*".

Todo lo cual nos a declarar la inadmisibilidad del cuarto motivo del recurso de casación, al amparo del art. 95.1 de la LJCA , en conexión con los arts. 93.2.a) y 86.4, por cuanto viene referido y pretende la aplicación de Derecho autonómico.

QUINTO.- Nadie cuestiona la inexistencia de Memoria Económica en la elaboración del Decreto que nos ocupa, en este sentido se pronuncia la Sala de instancia.

La Sentencia impugnada, al partir del error de considerar el canon concesional como una exacción contractual, al analizar la inexistencia de la Memoria Económica se refiere en exclusividad al artº 24.a) de la Ley del Gobierno, 50/1997 -aplicable al caso-, que exige en su artº 24.1.a) para la elaboración de los reglamentos memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar, nada dice ni se refiere, en razonable armonía con su apreciación de estar ante una exacción contractual, de los arts 9 -que prevé su carácter supletorio- y 20.1 de la Ley 8/1989 , que establece que: "*Toda propuesta de establecimiento de una nueva tasa o de modificación específica de las cuantías de una preexistente deberá incluir, entre los antecedentes y estudios previos para su elaboración, una memoria económico-financiera sobre el coste o valor del recurso o actividad de que se trate y sobre la justificación de la cuantía de la tasa propuesta.*"

La falta de este requisito determinará la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que determinen las cuantías de las tasas", que exige con notable mayor vigor la elaboración de la memoria



económica, pues como más tarde se verá y en razón de la exigencia de la materia sobre la que recae, con la misma se incorpora garantías que no son exigibles en la elaboración de reglamentos en general.

La Sentencia impugnada consideró que la justificación económica a la que se refiere el citado artº 24.1.a) de la Ley 50/1997, se concreta en los medios financieros que resulten necesarios para que pueda llevarse a efecto lo que en la disposición reglamentaria se establezca, esto es, su viabilidad económica, considerando que no era necesaria la Memoria porque la finalidad de la misma no era lograr la implantación del canon, sino determinar la regulación del mismo en desarrollo de la Ley 6/1986, por lo que concluye que la reglamentación impugnada no requería Memoria desde el momento en que no genera un costo.

La recurrente Puerto de Sotogrande, S.A., muestra su disconformidad con lo resuelto articulando motivo casacional al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 24.1.a) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y de los artículos 9.2 y 20.1 de la Ley 8/1989 sobre Tasas y Precios Públicos en la redacción dada por la Ley 25/1998 de 13 de julio, en concurrente infracción de la jurisprudencia contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 27 de febrero de 1999, 13 de noviembre de 2000, 16 de marzo de 2005, 27 de noviembre de 2006 y 13 de mayo de 2009.

Para la Agencia Pública de Puertos de Andalucía el criterio recogido en la Sentencia de instancia debe mantenerse, en tanto que, aparte de que ya el propio Consejo Consultivo de Andalucía le restó valor a su ausencia, dada la no generación de costes a la Administración se infiere la innecesariedad del estudio económico financiero. Insiste en que la propia jurisprudencia ha establecido que la falta de memoria económica no determina sin más la nulidad de la disposición, sino que habrá de ponderarse en cada caso su trascendencia, y siendo preceptivo en el establecimiento de nuevas tasas, en el caso que nos ocupa dada la predeterminación de los criterios para fijar su cuantía previstos en la Ley 6/1986, el Decreto desarrolla tanto el canon concesional como los elementos que lo integran, sumandos de ocupación y actividad, su revisión, en aquel marco legal, por lo que su omisión carece de relevancia invalidante.

En la misma línea se conduce la Junta de Andalucía, que defiende el carácter necesario de la memoria económica cuando se trate de implantar un canon, pero no cuando, como en el caso que nos ocupa, se trata sólo de desarrollar la regulación legal del canon en aplicación de los criterios predeterminados en la Ley 6/1986, sin introducir modificaciones esenciales. Añade que aún de aceptarse que la memoria económica constituía un trámite necesario, su omisión no puede reputarse esencial a los efectos de declarar la nulidad de la norma.

Como se ha indicado el legislador en la materia que nos ocupa exige para el *"establecimiento de una nueva tasa o de modificación específica de las cuantías de una preexistente"*, un requisito formal de gran intensidad, mayor que el que requiere el artº 24.1.a) de la Ley 50/1997 en tanto que incorpora una importante diferencia con respecto al régimen general, al punto que la ausencia de memoria económico-financiera determina la nulidad radical, *"a falta de este requisito determinará la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que determinen las cuantías de las tasas"*.

Esta Sala se ha pronunciado en numerosísimas ocasiones de la importancia de la elaboración de la memoria económico-financiera, determinando su ausencia o su insuficiencia la nulidad de pleno derecho de la tasa. Este requisito, pues, no es un requisito meramente formal, sino que, tal y como una constante jurisprudencia pone en evidencia, constituye una pieza clave para la exacción de las tasas.

Recordemos algunos pronunciamientos al efecto: Sentencia de 20 de febrero de 2009 (rec. cas. núm. 5110/2006) en la que indicábamos que *"esta Sección ha tenido la oportunidad de subrayar en muchas ocasiones que el citado principio de equivalencia -también se le ha denominado de "autofinanciación de las tasas" [Sentencia de 18 de septiembre de 2007 (rec. cas. en interés de la ley núm. 42/2006), FD Quinto]- es connatural a las tasas [Sentencia de 21 de marzo de 2007 (rec. cas. núm. 492/2002), FD Tercero]; que del mismo deriva únicamente que el importe total estimado de la tasa no debería superar el coste real o previsible global o en su conjunto del servicio público o actividad de que se trate [Sentencias de 19 de junio de 1997 (rec. apel. núm. 10175/1991), FD Segundo; de 7 de mayo de 1998 (rec. apel. núm. 9258/1992), FD Tercero; de 22 de mayo de 1998 (rec. apel. núm. 6694/1992), FD Tercero; de 21 de marzo de 1998 (rec. apel. núm. 8243/1992), FD Quinto; de 6 de marzo de 1999 (rec. cas. núm. 950/1994), FD Tercero; de 11 de marzo de 2002 (rec. cas. núm. 3225/1998), FD Cuarto A); de 18 de diciembre de 2000 (rec. cas. núm. 3114/995), FD Quinto; de 30 de noviembre de 2002 (rec. cas. núm. 3848/1998), FD Tercero; de 14 de febrero de 2004 (rec. cas. en interés de ley núm. 41/2003), FD Tercero; de 23 de enero de 2006 (rec. ordinario núm. 66/2003), FD Primero; y de 18 de septiembre de 2007, cit., FD Quinto]; y, por último, que la aprobación de la Memoria económico-financiera constituye, no un mero requisito formal, sino una "pieza clave para la exacción de las tasas" [Sentencia de 8 de marzo de 2002 (rec. cas. núm. 8793/1996), FD Cuarto]. Y esto es así en la medida en que « la aprobación de la Memoria económico-financiera constituye, no un mero requisito formal, sino una "pieza clave para la exacción de las tasas" y " un medio de*



garantizar, justificar (el ente impositor) y controlar (el sujeto pasivo) que el principio de equivalencia se respeta, y, por ende, para evitar la indefensión del administrado ante actuaciones administrativas arbitrarias"» .

A nuestro entender, no puede mantenerse, como se hace por las recurridas haciéndose eco de los términos de la propia Sentencia, que ya dijimos que parte de un error de base, la consideración del canon como exacción contractual, que como no se genera costes a la Administración se hace innecesaria la memoria; ya se ha dicho la mayor intensidad con que se exige este requisito en la materia que nos ocupa respecto del procedimiento de elaboración general de las disposiciones reglamentarias, en este se pretende estimar los costes para el mejor ejercicio de las potestades administrativas desde su viabilidad financiera, esto es, la estimación se hace desde una perspectiva interna, su coste real o previsible; en cambio en la materia que nos ocupa no sólo se pretende con la memoria económico-financiera dicho fin, sino que como expresamente se indica, se incardina *"sobre el coste o valor del recurso o actividad de que se trate y sobre la justificación de la cuantía de la tasa propuesta"* , esto es, posee también una proyección que se traduce en la justificación razonada de su cuantificación, recogiendo los criterios tenidos en cuenta y las explicaciones suficientes que justifique el cumplimiento de los principios tributarios a los que hace referencia el art. 31.1 de la CE y al resto del ordenamiento jurídico, impidiendo que la discrecionalidad administrativa se convierta en arbitrariedad, cumpliendo también funciones de garantías en tanto que se posibilita a los afectados conocer las razones que llevan a la Administración a la imposición de las tasas y que justificaron la fijación de los criterios y parámetros fijados para la liquidación de la cuota tributaria y haciendo posible el control judicial.

Con todo, no le falta razón a la representante de la Junta de Andalucía cuando afirma que cuando no estamos ante el establecimiento de una tasa, como es el caso (?), no siempre la ausencia de memoria económica determina la nulidad de la disposición. Así es, en aquellos casos en los que la disposición general no comporta propiamente la implantación de un tributo o de una tasa en este supuesto, sino una modificación, habrá de analizarse caso por caso su relevancia a los efectos de determinar las consecuencias jurídicas que comporta su ausencia.

El llamado canon concesional en las instalaciones portuarias en régimen de concesión administrativa, se preveía en el artículo 9 de la Ley 6/1986 , conformado por dos sumandos, el de actividad y el de ocupación, y en el artº 14 la revisión de los mismos.

El apartado 1 de la Ley preveía que *"el sumando de actividad del canon se determinará aplicando al volumen de facturación un porcentaje, que oscilará entre el cero con cinco y el cinco por ciento. Reglamentariamente se establecerán los porcentajes de las distintas actividades"*.

En desarrollo de la Ley se dictó el Decreto 176/1995, de 18 de julio, por el que se regula la determinación del sumando de actividad del canon. En el mismo se establece la fórmula de cálculo del sumando de actividad, se regula el supuesto de que la concesión sea la explotación de edificios, instalaciones o locales construidos, o equipos adquiridos por la Administración y los porcentajes a aplicar. Nada se regula respecto del sumando de ocupación.

El Decreto 371/2004, va a regular tanto el sumando de actividad como el de ocupación. Respecto del primero, contiene un desarrollo completo del sumando de actividad, variando respecto del Decreto 176/1995 la su fórmula de cálculo y desarrollando el artº 9 de la Ley en cuanto a los tipos de gravámenes, concretándoles y fijándoles en atención a la horquilla que prevé la Ley, tipos que no habían sido objeto de atención en el Decreto 176/1996, previendo el régimen de determinación del volumen de facturación al que añade el de estimación indirecta no contemplado legalmente y establece las cuantía mínimas del sumando de actividad como autorizaba a realizar reglamentariamente el citado artº 9 de la Ley.

Resultan evidentes por un lado los cambios sustanciales respecto del Decreto 176/1995 y por otro el desarrollo completo de las previsiones contenidas en el artº 9 de la Ley haciendo uso de la autorización que al efecto hacía la Ley.

Lo que no se hacía en el Decreto 176/1995 respecto del sumando de ocupación, viene a hacerlo este Decreto 371/2004. Se establece en el artº 9 de la Ley que el *"El sumando de ocupación del canon se calculará mediante la adición, en su caso, de las cantidades que resulten de los siguientes apartados"*. Se distingue entre ocupación de terrenos estableciendo un porcentaje sobre la base de criterios de mercado y se llama al reglamento para establecer las distintas categorías de puertos, en las que quedarán clasificados todos los puertos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que además se definirá por los valores de mercado del suelo en el entorno del puerto, se establece que en todo caso, el porcentaje se aplicará sobre el valor de mercado mínimo fijado para cada categoría (es de hacer notar que esta previsión fue modificada por el artículo 46 de la Ley 10/2002, 21 diciembre); ocupación de las aguas del puerto, estableciendo un porcentaje del valor de la lámina de agua, que se determinará por referencia a los terrenos contiguos o, en su caso, a las áreas de la zona de servicio con similar finalidad o uso, teniéndose en cuenta en la valoración las condiciones de abrigo de las mismas,



su profundidad y su ubicación; y ocupación de obras e instalaciones, en la que se prevé que la valoración de este apartado será el cien por cien de la anualidad de amortización de las obras, equipos e instalaciones entregadas, y sin que, en ningún caso, el importe sea inferior al cinco por ciento del valor de tales obras, equipos e instalaciones (norma modificada por el artículo 10 de la Ley 15/2001, 26 diciembre). El Decreto 371/2004, procede a establecer las reglas a los efectos de la determinación de los citados:

a) *El valor asignado a los terrenos será el que se determine sobre la base de criterios de mercado.*

A tal efecto, y estableciéndose un valor mínimo del suelo, sin incluir costes de urbanización, de 110 euros por metro cuadrado de techo o superficie no edificable pero susceptible de utilización lucrativa por el concesionario, para uso terciario, se establecen las siguientes categorías:

- Categoría 1: Valor de suelo entre 110 y 150 euros/m.

- Categoría 2: Valor de suelo entre 150 y 250 euros/m.- Categoría 3: Valor de suelo superior a 250 euros/m.

Corresponderá al titular de la Consejería de Obras Públicas y Transportes la actualización, mediante Orden, de los antedichos valores de referencia para cada categoría, así como el establecimiento de categorías adicionales. En la actuación del valor mínimo, se tendrán en cuenta las variaciones experimentadas en el valor del suelo desde la anterior actualización. Cada puerto se asignará a alguna de las categorías definidas en función de los valores de mercado del suelo en el entorno del puerto. El porcentaje del 5% previsto en el apartado 1.a) del presente artículo se aplicará, para el cálculo del sumando de ocupación, sobre el valor de mercado mínimo fijado para la categoría a la que se asigne cada puerto.

Los suelos de uso industrial se valorarán al 50% del valor resultante de la aplicación de los criterios anteriores.

b) *El valor asignado a la lámina de agua será el resultado de la ponderación del valor de terrenos contiguos o zonas de servicios de finalidad o uso similar. Se prestará atención especial a sus condiciones de abrigo, profundidad y ubicación.*

c) *El valor asignado a las obras, equipos e instalaciones será el que se derive de las valoraciones contables de la Administración pública portuaria. En ningún caso el valor resultante por aplicación del criterio establecido en el apartado 1.c) del presente artículo será inferior al 5% del valor de reposición de las obras, equipos e instalaciones entregadas".*

A la vista de los términos del Decreto 371/2004, no puede más que concluirse que no estamos ante una simple modificación o puesta al día de la cuantificación de la tasa de escaso alcance, sino de su implantación completa y acabada, en la que se establecen y concretan criterios, reglas, parámetros y categorías esenciales para su cuantificación, al punto que desciende a determinar el valor de mercado en los casos previstos legalmente, y todo ello sin ofrecer la más mínima explicación o justificación del resultado obtenido y plasmado en el Decreto, en tanto que como se dejó dicho se prescinde absolutamente de la memoria económico-financiera, y esta omisión en atención al caso concreto vicia de nulidad el propio Decreto.

Estimado este motivo casacional que conlleva la declaración de nulidad del Decreto, se hace innecesario entrar sobre el resto de motivos casacionales, aunque sí cabe advertir que el último, sobre el título concesional y su posible variación, es cuestión nueva hecha valer por vez primera en sede casacional.

SEXTO.- No procede hacer imposición de costas en la instancia, ni en casación.

FALLAMOS

PRIMERO.- Casar y anular la sentencia de 25 de febrero de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se de Málaga, por resultar contraria a Derecho.

SEGUNDO.- Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad PUERTO DE SOTOGRAÑE, S.A., contra Decreto 371/2004, de 1 de junio, de la Junta de Andalucía, que se anula.

TERCERO.- No hacer imposición de costas en la instancia ni en casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma D. Jose Antonio Montero Fernandez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.