

Voto particular que formula el Magistrado D. Luis Ignacio Ortega Álvarez respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 7258-2008.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría del Tribunal, expreso mi discrepancia con la Sentencia por las razones que en su momento defendí en la deliberación en el Pleno y que expongo a continuación.

Mi discrepancia se refiere exclusivamente a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 4.b) y 16.3 de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, por cuanto estimo que la argumentación utilizada, que comparto en su mayor parte, hubiera debido llevar a un resultado diferente del alcanzado por la Sentencia.

Los dos preceptos permitían determinados usos compatibles con la actividad del puerto entre los que se encontraban los hoteleros, sometidos a autorización expresa por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. La Sentencia acoge los motivos de impugnación planteados por el Abogado del Estado y concluye que dichos preceptos vulneran las competencias estatales en relación con el dominio público marítimo-terrestre, tal como las mismas vienen establecidas en la legislación de costas, en particular en los arts. 25 y 32 de la Ley 22/1988, cuya conformidad con la Constitución, en calidad de normas básicas, se declaró en los fundamentos jurídicos 3 D) y 4 D) de la STC 149/1991, de 4 de julio, criterio confirmado en las posteriores STC 87/2012, de 18 de abril y 137/2012, de 19 de junio, FJ 2.

De esta manera, según la Sentencia nos encontraríamos en un supuesto de inconstitucionalidad mediata o indirecta, por vulneración de la legislación básica estatal. Conforme a la reiterada doctrina constitucional, que la Sentencia recoge con precisión en el FJ 4, la apreciación de la denominada inconstitucionalidad mediata, derivada de la contravención de preceptos básicos estatales, requiere de dos elementos que han de concurrir cumulativamente. La constatación de que la norma estatal es básica y ha sido dictada al amparo de la distribución constitucional de competencias y, como segundo elemento, la existencia de una efectiva contradicción entre la norma impugnada y la básica que no pueda ser salvada por vía interpretativa.

En este segundo elemento reside la razón de mi discrepancia, pues estimo que era factible realizar una interpretación conforme de los arts. 4.b) y 16.3 de la Ley 21/2007, en cuanto facultan al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a autorizar la ocupación del dominio público portuario para uso hotelero. La Sentencia considera que los citados preceptos se refieren a todo dominio público portuario de titularidad autonómica, sin que se haga excepción alguna que permita entender que la autorización autonómica de usos hoteleros se limite a espacios portuarios en los que pudiera resultar admisible, por tratarse de terrenos adyacentes que no reúnan la condición de dominio público marítimo terrestre ni estén gravados con la servidumbre de protección. Recuérdese que son estos dos aspectos en los que el Abogado del Estado había residenciado la vulneración competencial que denunciaba, centrada en las competencias medioambientales ex. art. 149.123 CE, relativas a la regulación de las figuras de la adscripción del dominio público marítimo terrestre y de la servidumbre de protección, establecidas respectivamente en los arts. 32 y 25 de la Ley de Costas.

En mi opinión la Ley 21/2007 admitía con naturalidad la interpretación consistente en defender que la prohibición de uso residencial de la Ley de Costas es aplicable al dominio público marítimo-terrestre adscrito a un puerto de titularidad autonómica y a la servidumbre de protección vinculada a dicho demanio, pero no a las restantes zonas que integren el dominio público portuario de titularidad autonómica. En ese sentido, la enumeración del art. 15 de la Ley 22/2007, relativo a los bienes que integran el dominio público portuario de Andalucía, permitía inferir sin dificultad que, además de los bienes de dominio público marítimo terrestre adscritos por la Administración del Estado y, como tales, gravados con la correspondiente servidumbre de protección, existen otros bienes en el mencionado dominio público portuario que no tienen la aludida condición de dominio público marítimo terrestre ni están gravados con la mencionada servidumbre y en los que, en consecuencia, no es posible apreciar la vulneración competencial denunciada.

De hecho, tal como la Sentencia enuncia el canon que luego aplica, debería haber llegado a dicha conclusión, pues una vez sentado, por remisión a la doctrina constitucional que ya se ha mencionado, el carácter básico de los dos preceptos estatales indica, en el FJ 5, que “De lo señalado en ambos preceptos (que conservan su redacción original, y no han sido afectados por la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2013) resulta que en el dominio público marítimo terrestre adscrito a las Comunidades Autónomas, y en la zona de servidumbre de protección quedan prohibidos los usos hoteleros, esto es, de residencia o habitación, salvo los

supuestos excepcionales de autorización que se atribuyen con carácter exclusivo al Consejo de Ministros”. Es decir, que, en las zonas que no reúnan esas características, la vulneración competencial, expresada en la violación de la prohibición estatal, no se produciría.

Además, es la misma solución que se alcanzó en el ATC 34/2009, de 27 de enero, relativo al incidente de suspensión de la norma. Es cierto que las decisiones en el incidente de suspensión no prejuzgan el debate de fondo, pero, en este caso, podía haberse aplicado el modo de razonar del ATC 34/2009, en el sentido de que lo que allí era prevalencia del interés medioambiental es ahora ejercicio de la competencia estatal ex. art. 149.1.23 en la zona de dominio público marítimo terrestre adscrito a las Comunidades Autónomas y en la zona de servidumbre de protección, pero no en las demás que forman parte del dominio público portuario de la Comunidad Autónoma. En los términos del FJ 7 del citado Auto “Sin embargo, teniendo presente la delimitación de los bienes que, según el art. 15 de la Ley, integran el dominio público portuario de Andalucía, esa apreciación ha de realizarse en relación, tanto con los bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre propiamente dichos, los cuales en todo caso en virtud de lo dispuesto en la Ley de costas deberán ser o haber sido objeto de la correspondiente adscripción demanial en lo que se refiere a la zona de servicio del puerto (art. 49 de la referida Ley de costas y 103.2 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre), como con los incluidos en la servidumbre de protección de dicho demanio, pues entre las finalidades de esta última se encuentra el aseguramiento de la integridad y de las características propias de la zona marítimo-terrestre. Por el contrario esa prevalencia, y el consiguiente mantenimiento de la suspensión que la misma lleva consigo, no será predicable cuando la actuación autonómica autorizatoria de usos hoteleros en espacios portuarios de su competencia se produzca sobre terrenos colindantes con los anteriores, esto es, que no reúnan la condición de dominio público marítimo-terrestre ni tampoco estén gravados con la servidumbre de protección del mismo.”

Finalmente, he de advertir que la forma de razonar que ahora defiendo cuenta con precedentes inmediatos en la doctrina constitucional. Así, la consecuencia en tales casos no es la inconstitucionalidad del precepto, sino su interpretación conforme, esto es, el precepto es constitucional siempre que se delimite en la sentencia su ámbito de aplicación a fin de excluir que sea aplicable al caso que se examina. Ejemplos recientes de este modo de razonar, más acorde con el principio de conservación de la norma que ha de guiar el enjuiciamiento constitucional de la Ley, pueden encontrarse en las STC 148/2012, de 5 de julio FJ 16 y

apartado 3 del fallo, y 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 9 y apartado 1 del fallo.

En suma, por todo lo expuesto considero que la Sentencia debió declarar que los arts. 4.b) y 16.3 de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, no eran contrarios al orden constitucional de distribución de competencias, siempre que se interpretasen en el sentido que he expuesto.

Y en tal sentido emito mi voto.

Madrid, veintisiete de febrero de dos mil catorce.