



VOTO PARTICULAR

Voto particular de JULIO CÉSAR DÍAZ CASALES, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J en relación con las sentencias dictadas por la Sección Segunda de la misma Sala, dictadas en el Procedimiento Ordinario 4019/2020 y en el Procedimiento Ordinario 4046/2020 promovido a instancia de la Autoridad Portuaria de Vigo contra el Ayuntamiento de Vigo.

Con el máximo respeto y consideración que me merecen los Magistrados que determinaron el criterio mayoritario, pese a reconocer lo completo y extenso de las Sentencias, me atrevo a disentir del parecer de mis compañeros en atención a lo siguiente:

Primero.- Relación de dos procedimientos e intercambio de posiciones de las partes.

Como cuestión previa y a modo de aclaración he de advertir que en el fondo del asunto es la resolución de un convenio de colaboración que habían suscrito el 2 de noviembre de 1.992 la Autoridad Portuaria -antes denominada Junta de Obras del Puerto de Vigo-, el Consorcio de Zona Franca y el Concello de Vigo.

A raíz de un accidente acaecido en las instalaciones portuarias con ocasión de la celebración de un concierto la noche del 12 al 13 de agosto de 2018, tanto el Concello como la Autoridad Portuaria se dirigieron recíprocos requerimientos cuyo rechazo motivó el seguimiento de dos procedimientos diferentes, invirtiendo ambas partes sus respectivas posiciones, como resulta de lo siguiente:

- Procedimiento Ordinario 4019/2020

Seguido a instancia del Ayuntamiento de Vigo contra los Acuerdos de 26 de septiembre de 2019 por la que se declara a concurrencia de causa de resolución del convenio con arreglo al Art. 51.2.c de la Ley del Sector Público y de 19 de noviembre de 2019 por los que se requiere al Ayuntamiento la entrega de los espacios cedidos en perfecto estado de conservación o proceda al abono de la cantidad resultante del presupuesto que aporta.

- Procedimiento Ordinario 4046/2020

Promovido por la Autoridad Portuaria contra los Acuerdos del Concello de Vigo de 17 de octubre de 2019 por el que se rechaza el requerimiento por parte de la Autoridad Portuaria y se declara la procedencia de causa de resolución imputable a la Autoridad Portuaria y el Acuerdo de 10 de enero de 2020, por que se rectifica el acuerdo anterior.

La relación entre los recursos es tan estrecha y el sentido de las resoluciones tan distinto al que mantengo y adelanté en



las deliberaciones, que entendía necesario hacer esta aclaración para advertir que formularé el mismo voto en ambas sentencias, aunque modificando el sentido del mismo, inversamente a lo que mantienen mis compañeros en las sentencias de las que discrepo.

Aún es necesario hacer otra advertencia cual es que las resoluciones recurridas resultaron totalmente condicionadas por el accidente acaecido la noche del 12 al 13 de agosto de 2018 en el denominado Paseo de las Avenidas, en un festival que con periodicidad anual viene celebrándose en el entorno denominado O Marisquiño, por lo que entiendo que ha relacionarse los incumplimientos que recíprocamente se achacan la Autoridad Portuaria y el Concello con las causas del mismo.

Segundo.- Sobre los hechos que resultan admitidos por las partes.

Pese a que los antecedentes de la cuestión se contienen en las sentencias de las que discrepo, para mantener cierta coherencia en el razonamiento y facilitar la comprensión del mismo, trataré de sistematizar algunos antecedentes que resultan del expediente, haciendo hincapié en aquellas que fundamentan mi discrepancia. Son los siguientes:

1.- El día 2 de noviembre de 1.992 se celebró el convenio administrativo entre la Autoridad Portuaria -antes Junta de Obras del Puerto de Vigo-, el Concello y el Consorcio de Zona Franca, llamado "Abrir Vigo al Mar" con arreglo al cual:

- La Autoridad Portuaria pone a disposición del Consorcio un amplio espacio de la Zona Portuaria para su transformación urbanística y con la finalidad de facilitar su disfrute público.
- El Consorcio realizaría la inversión, incluyendo las indemnizaciones a los concesionarios y precaristas de la zona portuaria.
- La Autoridad Portuaria habría de reintegrar al Consorcio la inversión realizada, mediante el ingreso de las tasas de ocupación o los beneficios que la explotación del espacio le genere. Previendo incluso la compensación de las tasas que como el Consorcio, como concesionario, tuviera que abonar sin necesidad de transferencia de fondos entre las entidades.
- El Ayuntamiento, por su parte, se compromete al mantenimiento de la zona en perfecto estado de conservación, el abono de los gastos de alumbrado público, el agua, jardines, mobiliario urbano, limpieza, asfaltado, conservación de túneles y vigilancia.

La redacción de la cláusula VI -que por su relevancia transcribo literalmente- es la siguiente:



El ayuntamiento se compromete, durante los cincuenta años de vigencia de este convenio, al mantenimiento de toda la actuación en perfecto estado de conservación, bien con sus propios medios o bien con la contratación de obras y servicios.

El Ayuntamiento de Vigo se compromete al pago del alumbrado público y del agua consumida en las fuentes e instalaciones de esta zona, así como al mantenimiento de los jardines, mobiliario urbano, limpieza, asfaltado, conservación de túneles, vigilancia, etc..



- La vigencia del convenio se estableció en 50 años.
- En el convenio no aparece delimitada con precisión el ámbito físico que abarca.

2.- El Real Club Náutico de Vigo fue titular de una concesión otorgada en 1.981 para la construcción de una dársena para embarcaciones deportivas.

El Consorcio alcanzó un acuerdo con el concesionario el 1 de marzo de 1.996. Con arreglo al cual el Club Náutico renuncia a esta parte de la concesión y la dársena pasa a integrarse en la remodelación de la zona portuaria, cuyas obras culminaron en 1.999. A cambio el Consorcio habría de construir una piscina con arreglo a criterios determinados por el Club.

3.- El Ayuntamiento aprobó el Plan Especial de Ordenación del Puerto de Vigo en 1.998 que, en su Art. 29 apartado 2.D establece:

El frente entre Monterio Ríos y los muelles deportivos será ordenado íntegramente con predominio del tratamiento ajardinado y estacional, limitándose el acceso de vehículos al servicio exclusivo del Puerto (transportes especiales).

4.- El 14 de marzo de 2003 se formaliza la entrega por el Consorcio al Ayuntamiento, entre otros, de las instalaciones ejecutadas en la urbanización, entre otros, de los siguientes lugares:

3.3. Obras do Proyecto Abrir Vigo ao Mar.

a) Se fai entrega ó Concello das obras xa executadas e das urbanizacions resultantes que se citan, sendo éstas as seguintes:

- *Xardins e paseo de Montero Ríos*
- *Paseo do Porto Deportivo*
- *Xardins e Praza da Estrella*
- *Urbanización da Rúa Cánovas del Castillo*

b) O Concello continuará có mantemento de ditos espazos cedidos dacordo co convenio establecido asumindo os gastos necesarios para o normal funcionamento dos mesmos.

c) O Concello comprométese a establecer unha regulación do tráfico adecuada as características de ditos espazos públicos e a tal efecto e a través dos servizos técnicos consultará ao

Consortio co obxeto de que dita regulación resulte compatible con funcionamento dos aparcamentos que actualmente posúe en concesión así como o futuro aparcadoiro da r/Areal.

En el referido documento se contiene una cláusula general a modo de cierre que dice lo siguiente:

4.- Aspectos comúns:

a) Dádala trascendencia da inversión realizada é o destino que ao uso público faise de todas estas obras, o Concello de Vigo establecera as medidas necesarias para que ditos espacios se mantegan en las debidas condicións de limpeza e ornato así como de seguridade necesarias a fin de evitar os danos que en tales instalacións veñan efectuándose.

b) Nestas zonas en que coinciden competencias e intereses de distintas administracións, o Consorcio manifesta a súa vontade a fin de colaborar na signatura dun protocolo co Concello outras administracións, tendentes a garantir a seguridade, limpeza e conservación de ditos espazos.

5.- Por Orden FOM/822/2015 de 13 de abril se aprobó la delimitación de espacios y usos portuarios del Puerto de Vigo. Que fue declarada nula por St. de la Audiencia Nacional, siendo desestimado el recurso por el T.S. en St. de 10 de enero de 2019, por falta del trámite de evaluación ambiental.

6.- La Autoridad Portuaria alegó que el cumplimiento de las obligaciones por parte del Concello resultaba deficiente desde el año 2.012 lo que motivó varios requerimientos por su parte al Ayuntamiento.

Aportó para acreditarlo las reclamaciones acompañadas de diversas fotografías que reflejan la existencia de listones de madera levantados, placas del enlosado de piedra rotos, con hundimientos de las mismas.

7.- Por su parte el Ayuntamiento de Vigo aportó entre la documental varias sentencias de Juzgados de lo Contencioso-administrativo de Vigo de las que resulta que la demanda se dirigía conjuntamente al Concello y la Autoridad Portuaria en reclamaciones de responsabilidad patrimonial (St. JC 2 de 13 de octubre de 2009, o JC 1 de 15 de noviembre de 2016) o acreditativa de que la autoridad portuaria mantiene la competencia sancionadora en el ámbito (sanción de tráfico St. de 12 de marzo de 2012).

Por otra parte la Autoridad Portuaria aportó varias sentencias de los Juzgados (Sts. 64/2013, 201/2019, 54/2020 del JC1 de Vigo) que declaran la responsabilidad del Concello por el mal estado del paseo marítimo.

8.- Entre la documental aportada por el Concello se contiene una autorización concedida el 19 de julio de 2018, por la Autoridad Portuaria de Vigo a ULISES PROYECTOS EVENTOS ESPECIALES, S.L. para la ocupación de la superficie de la zona de paseo del Real Club Náutico de Vigo, intermediaciones de la



dársena de A Laxe, Terminal de Trasatlánticos, Paseo de Las Avenidas, y el Hall del Tinglado, para los días comprendidos entre el 19 de julio y el 20 de agosto, con las siguientes condiciones:

- a) Resulta otorgada por el plazo de 33 días improrrogables.
- b) No entraña cesión de dominio público ni facultades demaniales.
- c) Deberán cumplir las indicaciones que le realicen los servicios de la Autoridad Portuaria, entendiéndose como prioritaria la explotación portuaria. Indicando un teléfono de control.
- d) Se le exigió la prestación de una fianza por importe de 1.000 €.



9.- Por la Autoridad Portuaria se requirió al Concello la realización de las obras de reparación de la infraestructura colapsada, que fue rechazado por el Ayuntamiento que, a su vez, requirió lo mismo de la Autoridad Portuaria y, ésta, finalmente le requirió la entrega del ámbito en las mismas condiciones en las que lo había recibido o, alternativamente, le abonara la cantidad de 5.458.660,82 € en el que un informe de ingeniería cifra el coste de reposición de la dársena. Posiciones que son las que se vienen manteniendo en las resoluciones recurridas.

Tercero.- Motivos de la discrepancia con el criterio sostenido en las sentencias.

El argumento central de mis compañeros para entender que existe una causa de resolución del convenio por incumplimientos del mismo imputables al Ayuntamiento es que del mismo no resulta que las obligaciones de mantenimiento y/o conservación se limitaran a los elementos superficiales y visibles para la ciudadanía, excluyendo los elementos de sustentación de una plataforma de hormigón que en su día fuera construida por el Náutico de Vigo, siendo liberada posteriormente para integrarse en el proyecto y sobre la que, esto no se discute, se realizó una ampliación con maderas sobre pilotes que discurren por encima de la lámina de agua y que es justamente el lugar que colapsó la noche del 12 al 13 de agosto de 2018.

Pues bien en esta afirmación, que entiendo nuclear para el resultado de los recursos, radica mi discrepancia que sustento en las siguientes razones: **1)** al tiempo de celebrarse el convenio en 1.992 esa dársena no podía incluirse en el mismo habida cuenta de que el acuerdo alcanzado por el Consorcio de Zona Franca con el Club Náutico fue posterior, por lo que difícilmente puede mantenerse que las obligaciones asumidas por el Ayuntamiento de conservación y mantenimiento en la cláusula VI del Convenio le resultan de aplicación; **2)** la referida dársena no aparece mencionada en el acta de entrega

de las obras por el Consorcio al Ayuntamiento formalizada en 2003 y en la que se remite a las obligaciones de mantenimiento y conservación contenidas en el Convenio de 1.992; **3)** tampoco la aplicación de las reglas contenidas en los Arts. 1.281 y siguientes del Código Civil de interpretación de los contratos e invocadas por ambas partes, permiten mantener que fue el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento por parte del Ayuntamiento las determinantes del colapso de la infraestructura en el que descansa el incumplimiento determinante, a juicio de la Autoridad Portuaria y acogido en las sentencias, para la resolución del convenio y la liquidación del mismo en base a que: **3.1)** si atendemos a la literalidad de la cláusula el Ayuntamiento solo asume la conservación y mantenimiento cuando el estado de las armaduras exige una reparación que entraña su reforma, rehabilitación y/o reconstrucción, como resulta de los informes periciales aportados (también lo declaró el perito Sr. D. Javier Zubia Fernández en la ratificación de su informe sobre la valoración de costes, 33') y sobre la amplitud que tales trabajos entrañan debemos atender a cómo los define el Anexo del Decreto 143/2016 por el que se aprobó el Reglamento de la Ley del Suelo con preferencia a las acepciones del diccionario aducido por la Autoridad Portuaria -después de descartar la aplicabilidad de la normativa contractual y la urbanística-. En este mismo sentido los términos del acta de recepción de la urbanización entre el Concello y el Consorcio utiliza la expresión "*el concello continuará có mantenemento de ditos espacios*" y en el párrafo anterior parecen concretarse a la conservación de la seguridad y ornato, lo que evidencia, a mi juicio, que el mantenimiento no puede incluir obras del calado de las que exige la recuperación de lo arruinado; **3.2)** si atendemos a los hechos anteriores, simultáneos o posteriores de las partes resulta que estamos en presencia de un convenio con una previsión de duración de 50 años y del que habían transcurrido, al tiempo del accidente, 26 años y durante los mismos los requerimientos de actuación por parte de la Autoridad Portuaria al Ayuntamiento, antes del siniestro, se limitaba a exigir las reparaciones de los elementos superficiales sin incidencia alguna sobre los pilotes de sustentación de la estructura volada sobre el mar que colapso, a pesar de que su necesidad resultaba evidente incluso para un profano en construcciones de este tipo; y **3.3)** tampoco la atención a la mayor equivalencia de las prestaciones resulta favorable a la imputación de responsabilidad al Ayuntamiento cuando el Consorcio realizó una importante inversión de la que se resarce mediante el ingreso de las cantidades que la Autoridad Portuaria percibe de la explotación o compensándolas en los cánones que ha de pagar -en la contestación a la demanda en el recurso 4019/2019 la Autoridad Portuaria admite que tendría que abonar al Consorcio 10.670.871,54 € y que ya abonó 7.946.149,13 €-, mecánica a la que permanece ajeno el Ayuntamiento que se limita a prestar en la zona servicios públicos de su competencia para el disfrute general del ámbito, abonando las tasas de ocupación en relación con los túneles del Berbés y área central del Puerto (que motivó las



Sts. del T.S. de 19 de mayo de 2020 -recursos 2822 y 2829/2017); **4)** el Plan Especial de Ordenación del Puerto de Vigo y la Delimitación de los Usos Portuarios -aunque este último resultó anulado por la St. de la Audiencia Nacional por no contar con evaluación ambiental, como advierte la Autoridad Portuaria- delimitan un vial de exclusivo uso portuario para transportes especiales en el lugar en el que se produjo el accidente; **5)** la autorización en precario, por el tiempo limitado de 33 días y con preferencia de las atenciones portuarias, otorgada a la empresa organizadora del evento del Marisquiño con ocasión del cual se produjo el accidente evidencia tanto la competencia de la autoridad portuaria como la preferencia de sus determinaciones sobre ese espacio; **6)** tampoco la valoración de la prueba pericial y testifical practicada permite imputar el colapso producido al incumplimiento de obligaciones de mantenimiento por parte del Ayuntamiento, cuando resulta que D. FERNANDO RODRÍGUEZ GARCÍA -perito que ratificó el extenso y completo informe aportado por la Autoridad Portuaria- mantuvo que una inspección ocular por cualquier persona podía apreciar el grado de corrosión (6') D. JAVIER ZUBIA FERNÁNDEZ -que valoró las obras a petición de la Autoridad Portuaria y que también declaró a propuesta de la misma- sostuvo que era necesaria la reparación para la restitución del paseo a su estado original (33') D. FRANCISCO JAVIER DE LA FUENTE -ingeniero del Ayuntamiento, investigado penalmente en las diligencias seguidas a raíz del siniestro y que declaró a instancia del Ayuntamiento- señaló que el estado de corrosión era avanzado y general, cualquiera que lo hubiese visto podía apreciar que estaba colapsado (1.13', 1.18') y, por último, **7)** el hecho que las concesiones de espacios portuarios de ordinario obligan a los concesionarios a conservar diligentemente la superficie manteniendo la limpieza, higiene y ornato, pero no inciden sobre los pilotes o la sustentación de los espacios generados por obras de ingeniería, máxime cuando su reparación comporta importantes inversiones, como es el caso, resultando de todo punto ilógico que de preverse su exigencia al Ayuntamiento al tiempo de celebración del convenio en 1.992 no se contenga alusión alguna a las mismas cuando lo hace de actuaciones mucho menos onerosas para el erario municipal (como son la limpieza, mobiliario, suministro de agua, alumbrado público que, por otra parte, se corresponden con los servicios que presta el Ayuntamiento en todos los espacios de uso público).

Pues bien expuestas las razones por las mantengo mi disparidad con el criterio sentado en las Sentencias dictadas en los Procedimientos Ordinarios 4019/2019 y 4046/2019 entiendo que el sentido de las sentencias debió ser justamente el contrario al mantenido en las mismas, de forma que el recurso promovido por el Ayuntamiento de Vigo debió ser estimado y las resoluciones de la Autoridad Portuaria anuladas por entender que no resulta imputable el colapso producido a la falta de mantenimiento de la zona portuaria asumida en el Convenio de 1.992 por el Ayuntamiento de Vigo. Por el contrario, el promovido por la Autoridad Portuaria contra las

resoluciones del Concello, a mi criterio, debió ser desestimado.

Para que conste firmo este voto particular junto con la sentencia en A Coruña a 22 de febrero de 2022.

EL MAGISTRADO JUEZ

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.