

CRISIS DEL COVID-19 Y SU IMPACTO SOBRE LA CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO: UNA OPORTUNIDAD DE MEJORA (BETTER REGULATION)

COVID-19 CRISIS AND ITS IMPACT ON THE GRANT OF PUBLIC PORT DOMAIN: AN OPPORTUNITY FOR IMPROVEMENT (BETTER REGULATION)

Encarnación Montoya Martín ¹

Catedrática de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla

y Julio David Moreno Prieto ²

Doctorando en Derecho en la Universidad de Sevilla y Abogado en Cuatrecasas

1. ORCID: 0000-0002-6817-3384

montoya@us.es

2. juliodavid.moreno@cuatrecasas.com

Fecha de recepción: 17/11/2022 Fecha de aceptación: 22/01/2024

Resumen

La regulación en el dominio público portuario se ha vuelto más crítica que nunca, especialmente a raíz de la pandemia COVID-19. En este artículo, se resumen las conclusiones fundamentales que emergen de un análisis exhaustivo de este ámbito regulatorio, destacando la importancia de aplicar la perspectiva de la better regulation y sus herramientas e indicadores.

Uno de los puntos cruciales es la necesidad de incorporar la better regulation al marco regulatorio del dominio público portuario, abarcando la participación de los interesados, el análisis de impacto regulatorio (RIA) y la evaluación ex-post. La crisis de la COVID-19 ha evidenciado la urgencia de reformas, tanto temporales como estructurales.

Se estudia la necesidad de aplicar la better regulation en el propio dominio público, no solo para mejorar su rentabilidad, sino también para contribuir a la sostenibilidad social y medioambiental. La pandemia de la COVID-19 ha puesto de manifiesto la relevancia de abordar estos desafíos de manera integral y orientada al interés general.

Palabras clave

Better regulation, dominio público portuario, Covid-19, concesión, legislación portuaria.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

Abstract

The regulation within the realm of the public port domain has assumed heightened significance, particularly in the aftermath of the COVID-19 pandemic. In this article, we succinctly encapsulate the pivotal conclusions stemming from a comprehensive analysis of this regulatory sphere, with a distinct emphasis on the imperative of applying the tenets of better regulation alongside its requisite tools and indicators.

Foremost among these conclusions is the imperative to integrate the principles of better regulation into the regulatory framework governing the public port domain. This integration ought to encompass comprehensive stakeholder participation, rigorous regulatory impact assessments (RIA), and meticulous ex-post evaluations. The exigencies laid bare by the COVID-19 crisis have unequivocally underscored the necessity for reforms, both of a transitory and structural nature.

It is studied the need to apply better regulation principles within the public port domain, with an unwavering focus on elevating the standards of regulation for the betterment of society and the environment, in addition to ensuring economic viability. The COVID-19 pandemic has undeniably accentuated the relevance of addressing these challenges comprehensively and in alignment with the overarching public interest.

Key words

Better regulation, port public domain, Covid-19, concession, port legislation

I. BETTER REGULATION, PRINCIPIOS CARDINALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO EN EL USO Y APROVECHAMIENTO DEL DOMINIO PÚBLICO

La *better regulation* o buena regulación económica es una política pública mediante la cual se pretende generar normas eficientes, trámites simplificados e instituciones eficaces para fomentar y promover la actividad económica. La calidad regulatoria constituye un factor que contribuye al desarrollo económico, a las inversiones, pero también a otros objetivos de las políticas públicas como la sostenibilidad ambiental y social y, en definitiva, al bienestar de los ciudadanos.

Sirva esta introducción para reivindicar la aplicación de la *better regulation* y sus indicadores también en el dominio público, su uso y explotación, no sólo para mejorar su valorización o rentabilidad¹ -corriente de la valorización del dominio público-, sino como factor que contribuya a la sostenibilidad social y medioambiental del demanio como bienes afectos a un uso o a un servicio público, en definitiva, al mejor servicio del interés general. En estas líneas proponemos su aplicación al dominio público portuario y a su uso y explotación, en particular por medio de la concesión.

Para ello, un aspecto clave será superar la polémica acerca de la naturaleza jurídica de la concesión demanial y reformar la legislación portuaria, el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (en adelante, "TRLPEMM") proclamando de manera expresa la aplicación de los principios cardinales de la contratación pública.

A. La calidad regulatoria en la OCDE y en la UE

La importancia de la buena regulación se ha puesto de relieve desde hace años por instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, "OCDE"). Destaca la Recomendación del Consejo sobre Política y Gobernanza Regulatoria, de 2 noviembre de 2012 por ser el primer instrumento internacional en desarrollar un marco sistémico sobre gestión y gobernanza regulatoria como una política de gobierno completo. Los Indicadores de Política y Gobernanza Regulatoria (iREG) que presentan evidencia actualizada de las prácticas de gobernanza y política regulatoria de los países miembros de la OCDE miden los tres principios clave de la Recomendación: la participación de los interesados, el análisis de impacto regulatorio (RIA) evaluando críticamente los efectos positivos y negativos de las regulaciones propuestas y existentes y la evaluación *ex-post*. El estudio más reciente de la OCDE en esta línea, la tercera entrega de la serie sobre la perspectiva de la política regulatoria *Regulatory Policy Outlook 2021* incorpora el impacto de la pandemia COVID-19 que ha puesto de relieve el papel crucial que desempeña la regulación en la economía y la sociedad, pero también ha expuesto lagunas en la elaboración de normas nacionales e internacionales que han costado vidas y dinero.

¹ FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A., 2015 y en otra obra de la misma autora también de 2015 (ambas citadas en la bibliografía). El ordenamiento jurídico está virando -de una forma arrítmica y asistemática, pero claramente perceptible- de una óptica de conservación y resguardo del dominio público hacia una tendencia de ¿valorización? o rentabilización del mismo, que implica la toma de conciencia del valor de los patrimonios públicos y la voluntad de racionalizar y rentabilizar su gestión para conseguir, de esta manera, una mayor eficacia en la prestación de los servicios y fines públicos, y, en definitiva, una mejor satisfacción del interés general.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

También la Unión Europea (en adelante, “UE”) lleva trabajando desde hace años en esta línea. Resaltamos la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Normativa inteligente en la Unión Europea Bruselas, 8.10.2010 COM(2010) 543 final, que en el contexto de la crisis económico financiera de 2008 señala que ha sido rica en enseñanzas para la política reguladora, pues ha sacado a la luz la necesidad de abordar algunas medidas incompletas, ineficaces y que rinden menos de lo preciso, y de hacerlo, en muchos casos, urgentemente. Es importante subrayar que como afirma la Comisión en la referida Comunicación “legislar mejor no quiere decir que haya «más» o «menos» legislación de la UE; ni significa desregular o dejar de tratar como prioritarios determinados ámbitos políticos, ni comprometer los valores que nos son preciados: la protección social y medioambiental y los derechos fundamentales, incluida la salud, por poner solo algunos ejemplos. Legislar mejor consiste en asegurarnos de que cumplimos realmente los ambiciosos objetivos políticos que nosotros mismos nos hemos fijado”.

La Comisión se compromete a asumir la responsabilidad política de aplicar en su trabajo los principios y procesos de mejora de la legislación y pide a las demás instituciones de la UE² y a los Estados miembros que hagan lo mismo. En definitiva, la agenda «Legislar mejor»³ garantiza una legislación de la UE transparente, basada en pruebas, considerando todos los impactos significativos —ya sean positivos o negativos, cuantificables o no- fundada en las opiniones de aquellos que pueden verse afectados renovar el corpus legislativo vigente y mejorar la aplicación.

Para impulsar la recuperación de Europa, es de vital importancia legislar de la forma más transparente y eficiente posible; eliminar los obstáculos y la burocracia que ralentizan las inversiones y la construcción de la infraestructura del siglo XXI, trabajando con los Estados miembros, las regiones y el nivel local y las partes interesadas clave; introducir un enfoque de 'uno dentro, uno fuera', principio que garantiza que las cargas recién introducidas se compensen mediante la eliminación de cargas equivalentes en el mismo ámbito político e incorporar los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas⁴.

² Vid. Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación de 13 de abril de 2016 sobre la mejora de la legislación disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016Q0512(01)&from=EN) (consultado el 07/11/22).

³ Disponible en https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_es (consultado el 20/10/22).

⁴ La más reciente Comunicación de la Comisión en esta materia es Mejorar la regulación: unir fuerzas para hacer mejores leyes abril 2021 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European and Social Committee and the Committee of the Regions Better Regulation: Joining forces to make better laws disponible en https://ec.europa.eu/info/files/better-regulation-joining-forces-make-better-laws_en (consultado el 20/10/22).

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

B. Breve referencia al marco estatal

De manera sucinta vamos a repasar el contexto normativo estatal de la *better regulation* para pasar seguidamente a analizar su aplicación al sector portuario.

Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (denominada “Ley Paraguas”)⁵ por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior es la norma en la que se recogen por primera vez una serie de obligaciones vinculadas con los principios de la mejora regulatoria, en relación con la transparencia, la simplificación de procedimientos, la aplicación del principio de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Sería la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible la norma pionera de nuestro ordenamiento jurídico que en sus artículos 4 a 7 ya derogados y sustituidos por Ley 39/2015, de 1 de octubre de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (en adelante, “LPAC), eleva el objetivo de mejora de la calidad de la regulación a rango de ley y extiende su ámbito de aplicación al conjunto de las Administraciones públicas.

Por su parte, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (en adelante, “LGUM”), confirma el compromiso con el paradigma de la mejora regulatoria para los operadores económicos ante la existencia de distintos marcos regulatorios entre las Comunidades Autónomas (en adelante, “CCAA”) regulando los principios de necesidad, proporcionalidad, transparencia y consagrando de manera específica en el artículo 7 el principio de simplificación de cargas. La LGUM extiende los principios inspiradores de la “Directiva de Servicios 2006/123” a todas las actividades económicas, también a sectores expresamente excluidos por la citada Directiva Europea como el transporte portuario⁶ y a la circulación de los productos al preceptuar su artículo 2 que esta Ley “será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional”.

Finalmente, la LPAC⁷ establece principios de buena regulación en el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria proclamando los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. La iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos. El artículo 130.2 de la LPAC proclama que “Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica”.

⁵ Ley cuyo artículo 2.1 dispone que se aplica “a los servicios que se realizan a cambio de una contraprestación económica y que son ofrecidos o prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro”.

⁶ STS de 29 de julio de 2021, nº rec. 3319/2020 (Roj: STS 3537/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3537), sobre la que volveremos a continuación.

⁷ DEL GUAYO, I., 2017. Tomo 1, pp. 451-470.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

ÁLVAREZ SUÁREZ⁸, señala que el margen de mejora para España se encuentra sobre todo en el intercambio de buenas prácticas y el papel de la cooperación interadministrativa. Precisamente en esta dirección se ha constituido la Conferencia Sectorial de Mejora Regulatoria y Clima de Negocios el 22 de julio de 2021 como órgano de interlocución directa entre el Gobierno, las CCAA y entidades locales para la cooperación en el ámbito de la regulación económica. Es el primer foro de alto nivel de coordinación en materia económica y permitirá mantener una relación fluida y eficaz en asuntos de interés común, para impulsar consensos y trabajar en líneas de acción específicas que permitan mejorar el clima de negocios, favorecer las inversiones y la creación y crecimiento empresarial. Para ello contará, por un lado, con funciones propias de análisis, estudio, seguimiento, propuesta y supervisión de asuntos de carácter económico y, por otro lado, con funciones transversales para promover las mejores prácticas en el ámbito regulatorio en coordinación con el resto de Conferencias sectoriales. Se regula en el artículo 10 de la LGUM tras la reforma llevada a cabo por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas.

C. Aplicación de los principios de la LGUM a las actividades económicas que se desarrollan en el dominio público portuario

La LGUM se aplica también a las actividades económicas que se desarrollan en dominio público. En efecto, el artículo 9 de la LGUM dispone como garantía de los operadores económicos que: “1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, simplificación de cargas y transparencia”. Y a continuación establece: “2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior: letra b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento”.

Mas es necesario destacar, difundir y extraer todas las consecuencias de esta disposición. Así ha tenido ocasión de proclamar la aplicación de la LGUM en el dominio público portuario la STS de 29 de julio de 2021, nº rec. 3319/2020 (Roj: STS 3537/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3537), referida además a la actividad de los transitarios en los puertos. La cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia analizada en la sentencia consiste en determinar si resulta aplicable, y en qué términos, lo dispuesto en la LGUM (especialmente, en sus artículos 5⁹, 7, 9, 16 y 17) a la prestación de servicios comerciales y al desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios – y en concreto, de las actividades de transporte- en los puertos de titularidad estatal, a los efectos de precisar, en caso afirmativo, si ello supone algún tipo de cortapisa a la Autoridad Portuaria a la hora de establecer la exigencia de la autorización referida en el artículo 139.2 del TRLPEMM.

⁸ Desde un enfoque económico *vid.* ÁLVAREZ SUÁREZ, M., 2019, pp. 72-85. Las barreras y obstáculos innecesarios y desproporcionados generados por las malas prácticas regulatorias suponen una pérdida de oportunidades de crecimiento. Esto conlleva el desaprovechamiento de economías de alcance y de escala y la pérdida de recursos productivos en el estudio y el cumplimiento de dichas cargas. En consecuencia, se generan efectos negativos directos sobre la economía y el bienestar general”.

⁹ Artículo 5 Principio de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes; artículo 7 Principio de simplificación de cargas; artículo 16 Libre iniciativa económica y artículo 17 Instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

La importancia de esta sentencia es que en ella se proclama de manera taxativa que es de aplicación a cualquier actividad económica, también la que se desarrolla en dominio público, en este caso portuario. Inicialmente la actividad de transporte quedó excluida de la regulación del desarrollo de la libertad de establecimiento articulada a partir de la Directiva 2006/123/CE y de la Ley 17/2009 de transposición de la misma. El artículo 2.2.d) de la Directiva y el mismo precepto de la Ley 17/2009 son bastante claros en este sentido, añadiendo al mismo tiempo una exclusión específica de los servicios portuarios.

Ahora bien, posteriormente, la LGUM extiende parte del cuerpo de garantías de la libertad de establecimiento al conjunto de las actividades económicas, sin excepciones. Así pues, queden incluidas en esta segunda norma las actividades de transporte, también inicialmente las desplegadas en un ámbito de dominio público pues esta circunstancia no excluye necesariamente el cuerpo jurídico inherente a las actividades económicas (Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, sentencia 12 de diciembre de 2000, asunto núm. T-128/1998).

La Directiva de servicios (Directiva 2006/123), si bien no excluye de su ámbito de aplicación las actividades que se desarrollen en dominio público (artículo 12 y considerando 39) -así lo recuerda la STJUE de 14 de julio de 2016, asuntos C-458/2014, y C-67/2015-excluye, en cambio, del mismo los servicios de transporte -que en ella se califican de "servicios económicos de interés general" -, incluidos los servicios portuarios (artículo 2.2.d). Y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 2.2 d) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que la traspone.

En cambio, el Preámbulo de la LGUM, es claro al expresar la voluntad del legislador interno de incluir en su ámbito de aplicación servicios expresamente excluidos de la Directiva 2006/123, como los servicios de transportes, sin que establezca excepciones en función del lugar de ejercicio de la actividad, sin perjuicio, lógicamente, de la incidencia en el interés general que deba atribuirse a la circunstancia de prestarse la actividad en el dominio público y de las modulaciones a que ello pueda dar lugar. La LGUM tiene pues una clara "voluntad expansiva", y así se manifiesta en su Preámbulo: "Todas las Administraciones Públicas observarán los principios recogidos en esta Ley, en todos sus actos y disposiciones y para todas las actividades económicas, y especialmente en aquellas actividades que, bien por su carácter estratégico (telecomunicaciones, energía, transportes) bien por su potencial para la dinamización y el crecimiento económico (distribución comercial, turismo, construcción, industrias creativas y culturales, alimentación, sector inmobiliario, infraestructuras) resultan de especial relevancia para la economía". Así pues, los principios de menor restricción (proporcionalidad) y la exigencia de motivación de la opción elegida son la base sobre la que se asienta la estructura de la intervención administrativa en las actividades de los particulares.

La interpretación que fija el Tribunal Supremo (en adelante, "TS") en la sentencia es que la LGUM resulta de aplicación a la actividad que los transitarios llevan a cabo en los puertos del Estado. De ello obliga a interpretar la autorización de la actividad por ellos prestada que deriva del artículo 139.2 del TRLPEMM, a la luz de los principios establecidos en la LGUM. En el caso, el TS declara que estos principios han sido respetados en la autorización previa analizada¹⁰.

¹⁰ Para el TS las funciones que desarrollan en el puerto los transitarios y su dimensión dentro y fuera del puerto pone, asimismo, de relieve, ya desde la perspectiva de la proporcionalidad, que se hace necesario un control

D. Reforma TRLPMM y proclamación de la aplicación supletoria de los principios cardinales de la contratación pública

Contrato del sector público y concesión demanial son dos figuras sometidas a distinta regulación, contractual y portuaria. Por otra parte, mucho se ha debatido acerca de la naturaleza de la concesión demanial sosteniéndose posturas dispares. A ello se añaden las dificultades que en ocasiones se presenta para la calificación del negocio jurídico, si como contrato o concesión demanial para la adecuada aplicación de su régimen jurídico y, en caso de que constituya un contrato, determinar la competencia de los Tribunales administrativos de recursos contractuales¹¹.

El interés y finalidad pública del servicio se erige como primer elemento caracterizador de los contratos administrativos. Al efecto de determinar la naturaleza del negocio jurídico resulta necesaria la previa distinción del carácter patrimonial o contractual y deslindar, asimismo, en este último caso, su incardinación en alguna de las diferentes tipificaciones contractuales. Es criterio manifestado por las Juntas Consultivas de Contratación y por la jurisprudencia¹², que para juzgar cuándo estamos ante un contrato administrativo o una concesión demanial, debe atenderse a la prevalencia en el servicio a obtener un interés público o finalidad pública frente al interés privado de la instalación de un negocio o actividad que requiera la ocupación privativa de un bien demanial (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, resolución nº 316/2017, de 2 de noviembre de 2017). Tal como advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio. Así, se deberá de analizar el negocio jurídico concreto para identificar la causa o finalidad perseguida con el mismo por la Administración.

En esta misma línea, la Junta Consultiva de Contratación pública del Estado (Expediente nº 29/2021) declara que a efectos de determinar la calificación jurídica de un negocio como contractual o como concesión o autorización demanial habrá de atenderse a la prevalencia del interés público o privado como causa del mismo. Se aplicará la figura jurídica del contrato público si el interés público es prevalente en la necesidad a satisfacer, aun cuando el destinatario final del servicio y pagador sea el usuario. Por el contrario, será una autorización o una concesión demanial sujeta a su normativa reguladora específica cuando prevalezca el interés privado del adjudicatario, requiriéndose para la instalación del negocio o prestación del servicio la previa ocupación de un bien de dominio público¹³.

previo, y no sólo a posteriori. La funcionalidad de este servicio comercial prestado en el puerto desde la perspectiva de la seguridad pública, esto es, que el tráfico de mercancías que se lleva a cabo en el puerto en el que intermedian se lleve a cabo en condiciones de seguridad. La identificación previa de estos intermediarios de transporte es un componente esencial de la "trazabilidad de la cadena logística" que supone el tráfico de mercancías que es garantía de la seguridad pública, como se destaca en la actuación administrativa impugnada. Ello excluye las otras dos modalidades de intervención administrativa previstas en la ley, la declaración responsable y la comunicación previa, en la medida en que no permiten este control previo. Asimismo, afirma que existe explícita motivación desde la perspectiva de la necesidad y de la proporcionalidad de la autorización en el acuerdo de incoación del expediente

¹¹ Resolución TACRC nº 1085/2019; Resolución TACRC nº 241/2015.

¹² STS entre otras, de 17-07-1995, 4 10-2005 y 19-09-2011 ha dejado claro que existe una diferencia entre ambas figuras en la medida en que, por ejemplo, la concesión de dominio público es una forma de gestión de los bienes demaniales del Estado por la que se autoriza la ocupación o uso de bienes de dominio público, en tanto que el contrato administrativo tiene como finalidad esencial establecer un vínculo obligacional entre la Administración y quien resulte adjudicatario de tal contrato.

¹³ *Idem* Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: "Un elemento característico en tales casos es que el negocio jurídico no se limite a autorizar

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

Aquí se propugna la expresa aplicación de los principios cardinales de la contratación pública para la mejora regulatoria del uso y explotación del dominio público portuario, su contribución a la sostenibilidad ambiental y social en una tendencia que ya se ha iniciado y que el TS ha tenido ocasión de declarar de manera expresa respecto del demanio minero regulado en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, en relación a los concursos mineros en la sentencia de 22 de octubre de 2019 (Roj 3367/2019). En la citada sentencia el Alto Tribunal ha venido a confirmar algo que ya sostenía parte de la doctrina y es la aplicación supletoria de la legislación de contratos del sector público a los concursos mineros¹⁴. En el caso resuelto por el TS, la Junta de Andalucía presentó recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de septiembre de 2017 (rec. núm. 789/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede en Sevilla Sección Primera) que anuló la adjudicación de diversos permisos mineros por contener criterios de valoración contrarios a Derecho. El Tribunal Superior de Justicia con base en la aplicación de la normativa de contratación pública y los principios generales que la inspiran de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, había anulado aquellos criterios que eran contrarios a los principios de igualdad de trato y transparencia del procedimiento, ya que la Mesa había fijado coeficientes de ponderación y sub-criterios a posteriori, sin que hubieran sido conocidos previamente por los licitadores.

La Junta de Andalucía discrepó de la aplicación de la normativa de contratos y planteó al TS si esta normativa es complementaria y/o subsidiaria a la legislación del dominio público minero y, en particular, “si resulta aplicable en los concursos mineros [...] la normativa sobre criterios de valoración de las ofertas”. Para dirimir esta cuestión, el TS analiza el procedimiento de adjudicación de permisos (artículo 72 del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería aplicado al caso enjuiciado) y determina que se trata de un procedimiento de concurrencia competitiva. Sobre esta premisa, concluye que la Ley de Contratos del Sector Público y los principios esenciales de la contratación se aplican subsidiariamente en este ámbito, máxime teniendo en cuenta que la Ley de Minas “supera los 40 años de antigüedad”.

Mutatis mutandi, estimamos necesario proclamar también para la concesión demanial, máxime su otorgamiento por concurso regulado en artículo 86 del TRLPMM la aplicación de los principios cardinales de la contratación del sector público que se contemplan en el artículo 1 de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante “LCSP”), y la aplicación supletoria de la propia LCSP: publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa; incorporación de cláusulas sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto de la concesión.

Dado que el artículo 9.1. LCSP excluye de la presente Ley “las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo

el uso privativo de un local de titularidad pública, permitiendo la utilización por el adjudicatario en su propio provecho para la realización de una actividad económica, sino que la Administración titular regule el ejercicio de la actividad a desarrollar, estableciendo las condiciones de la prestación, especificando los servicios a ofrecer, el horario de apertura, haciendo coincidir los días de apertura con los de las instalaciones públicas en cuyo seno se sitúa, regulando la limpieza de las instalaciones, etc.”

¹⁴ RIVERO YSERN, J.L. y MONTOYA MARTÍN, E., 2015.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”, y el artículo 84.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone que “Las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público se regirán en primer término por la legislación especial reguladora de aquéllas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de éstas, por las disposiciones de esta ley”, consideramos que debería reformarse el TRLPMM en el sentido de proclamar de manera expresa la aplicación supletoria de la LCSP y sus principios cardinales como mejora regulatoria del uso y aprovechamiento del dominio público portuario más allá de su valorización, como mejor servicio a la satisfacción del interés general.

II. LA CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO. UNA APROXIMACIÓN A SU RÉGIMEN JURÍDICO

El sistema competencias portuario actual deriva de los artículos 148 y 149 de la Constitución Española (en adelante, “CE”). Desde la aprobación del texto constitucional, la titularidad de los puertos se ha repartido entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No es objeto del presente estudio analizar el marco constitucional de competencias, por lo que nos limitaremos en concluir que las competencias del Estado en materia portuaria quedan reservadas (i) a los puertos de interés general y (ii) a los puertos que desarrollen actividades comerciales, cuando las Comunidades Autónomas no hayan asumido su titularidad¹⁵.

Los puertos de interés general se regulan en el TRLPEMM y se enumeran en su Anexo I, los cuales forman parte del dominio público marítimo-terrestre e integran el dominio público portuario, rigiéndose por dicha ley y, supletoriamente, por la legislación de costas¹⁶.

El TRLPEMM cuenta con diferentes técnicas jurídicas para la gestión del dominio público portuario por terceros¹⁷. Sobre el dominio portuario pueden existir distintos usos en función de su intensidad, pero en los supuestos de que el uso comporte circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad o rentabilidad se impone, de manera taxativa, la utilización mediante el otorgamiento de autorización o concesión demanial¹⁸.

La concesión de dominio público puede definirse como “un título jurídico mediante el que la Administración otorga a un particular un derecho real, consistente en usar y aprovechar, de forma excluyente, bienes de dominio público en beneficio de la actividad del particular y de la colectividad”¹⁹.

No hay un criterio unánime en la doctrina sobre su naturaleza jurídica, existiendo distintas teorías, que han sido sistematizadas por FERNÁNDEZ ACEVEDO. La concesión de demanio ha sido calificada por un sector como “actos administrativos esencialmente unilaterales, si bien necesitados de colaboración del particular, puesto que la solicitud del mismo es presupuesto de su existencia y la aceptación de la concesión requisito unas veces de su validez y otras de su eficacia”. Otro sector considera a la concesión como un contrato administrativo, que “nace de un acuerdo de voluntades entre la Administración concedente (expresada en su voluntad de conceder y en la creación de parte de las consecuencias jurídicas) y el sujeto concesionario (expresada en la oferta que realiza a la Administración para ser concesionario o en la aceptación de las condiciones fijadas por la Administración) que se concreta en un contrato sinalagmático generador de recíprocas obligaciones y derechos”. También, como apunta este autor, existen otras posturas intermedias o mixtas, que sostienen “que se trata de un acto en parte contractual y en parte unilateral” que conlleva potestades de control del interés público²⁰.

En la legislación portuaria, la concesión portuaria se regula en los artículos 81 y siguientes, mediante la que se legitima temporalmente a un sujeto para la ocupación del dominio público

¹⁵ Artículos 149.1.20ª y 148.1.6ª de la CE.

¹⁶ Artículo 67.1 del TRLPEMM.

¹⁷ Artículo 66.1 del TRLPEMM.

¹⁸ Artículo 73.2 del TRLPEMM.

¹⁹ LAFUENTE BENACHES, Mª. M., 1988, p. 29.

²⁰ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., 2007, pp. 108 a 126.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

portuario, con obras o instalaciones no desmontables o usos por plazo superior a tres años²¹, sin que pueda superar los cincuenta años²², salvo en el caso de prórroga extraordinaria, que podrá alcanzar los setenta y cinco años, previo cumplimiento de una serie de requisitos²³. No cabe confundir la concesión demanial con la autorización, pues esta última es distinta y se contempla en los artículos 74 y siguientes del TRLPEMM.

La concesión portuaria cuenta con un elemento personal, esto es, el concesionario²⁴ y la Autoridad Portuaria concedente²⁵, un elemento material, conformado por la porción de demanio portuario objeto de aprovechamiento privativo²⁶, y otro causal que podemos identificarlo como “el interés privado del concesionario, proporcionando al mismo un beneficio para el interés público”²⁷.

El demanio otorgado en concesión es el soporte físico necesario para la prestación de los servicios portuarios y comerciales que precisen de ocupación²⁸, así como de las actividades industriales, comerciales o de servicios en el dominio público portuario²⁹. Para los servicios portuarios, la Autoridades Portuarias otorgan una licencia³⁰, y para los servicios no portuarios (servicios comerciales) y las actividades económicas, el título que conceden es una autorización de actividad³¹. Las concesiones otorgadas no eximen a sus titulares de obtener los restantes permisos, licencias, autorizaciones y concesiones que sean exigidas por otras disposiciones normativas³².

Cabe mencionar -siquiera sea someramente- la creciente apertura de los puertos estatales a la ciudad y su entorno³³, mediante la implantación de actividades tales como “equipamientos culturales, recreativos, certámenes feriales, exposiciones y otras actividades comerciales no estrictamente portuarias, siempre que no se perjudique el desarrollo futuro del puerto y las operaciones de tráfico portuario y se ajusten a lo establecido en el planeamiento urbanístico”³⁴; extremo, por cierto, muy criticado por algún autor, por haber “contribuido a distraer a las Autoridades Portuarias, durante el último decenio, de las estrictas responsabilidades que requiere la adecuada gestión de las trascendentes infraestructuras portuarias”³⁵.

El régimen jurídico de las concesiones de dominio público portuario se conforma, en la actualidad, por su título de otorgamiento, el cual se ha debido ajustar a las previsiones del Capítulo III del Título V del Libro I del TRLPEMM, al pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones demaniales que aprueba el Ministerio de Fomento³⁶ y al pliego

²¹ Artículo 81.1 del TRLPEMM.

²² Artículo 82.1 del TRLPEMM.

²³ Artículo 82.2 del TRLPEMM.

²⁴ Artículo 84 del TRLPEMM.

²⁵ Artículo 26.1.I) del TRLPEMM.

²⁶ Artículo 81 del TRLPEMM.

²⁷ EGUINO DE SAN ROMÁN, R., 2012, p. 277.

²⁸ Artículos 115.4 y 139.2 del TRLPEMM.

²⁹ Artículo 138.2 del TRLPEMM.

³⁰ Artículo 109 del TRLPEMM.

³¹ Artículo 139.2 del TRLPEMM.

³² Artículo 73.4 del TRLPEMM.

³³ Sobre las relaciones puerto-ciudad, *vid.* a ESTEPA MONTERO, M., 2017, pp. 161-204.

³⁴ Artículo 72.1 del TRLPEMM.

³⁵ SÁNCHEZ BLANCO, A. 2010, pp. 339 a 383.

³⁶ Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, que aprueba el pliego de condiciones generales para el otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

de condiciones particulares que determine la Autoridad Portuaria³⁷. En lo no previsto debe estarse a lo dispuesto en el artículo 73.1 del TRLPEMM, que dispone que “la utilización del dominio público portuario se regirá por lo establecido en esta ley, en el Reglamento de Explotación y Policía y en las correspondientes Ordenanzas Portuarias, las cuales establecerán las zonas abiertas al uso general y, en su caso, gratuito. En lo no previsto en las anteriores disposiciones será de aplicación la legislación de costas”³⁸.

Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante, “LPAP”)³⁹ y en la LCSP⁴⁰, a las que la jurisprudencia ha apelado en alguna ocasión para solventar dudas y lagunas puntuales.

La concesión demanial otorga a su titular una serie de derechos y obligaciones, entre los que destaca el derecho al uso privativo del demanio portuario y el correspondiente abono de las tasas portuarias que correspondan por la ocupación y actividad que se desarrolle. En paralelo, la Administración portuaria ostenta una serie de potestades públicas de administración, protección y defensa del demanio portuario.

El procedimiento de adjudicación de las concesiones portuarias se regula en los artículos 83 a 87 del TRLPEMM, que puede iniciarse a petición del interesado⁴¹, por concurso convocado por la Autoridad Portuaria⁴² y, en determinados supuestos excepcionales, por otorgamiento directo⁴³, además de otras formas de iniciación muy específicas⁴⁴. El plazo máximo para notificar la resolución del expediente será de ocho meses y rige un sistema de silencio negativo⁴⁵. El otorgamiento de una concesión portuaria compete al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria⁴⁶, que decidirá discrecionalmente sobre su otorgamiento⁴⁷. Pero, como muy acertadamente apunta EGUINO DE SAN ROMÁN, “la discrecionalidad en el otorgamiento de la concesión abarca también la discrecionalidad en las condiciones de ese otorgamiento, que va a determinar el alcance de los derechos y obligaciones”⁴⁸.

El TRLPEMM regula en los artículos 88 y 89 los procedimientos de modificación y revisión de las concesiones -a los que se hará referencia en el siguiente apartado-, en el artículo 90 la división y unificación de estas, y en el artículo 92 la transmisión y los actos de gravamen. Debe

³⁷ Artículo 81.2 del TRLPEMM.

³⁸ Debe precisarse que si sobre la concesión portuaria se desarrolla un servicio portuario debe estarse también al pliego de prescripciones particulares del servicio y a la licencia que se otorgue (artículos 81.4 y 115.4 del TRLPEMM). La aplicación supletoria de la Ley de Costas a las concesiones demaniales es un tema controvertido, sobre el que no vamos a entrar ahora, pero sí lo dejamos apuntado.

³⁹ Cabe citar la STS de 19 de septiembre de 2011 (Roj: STS 6318/2011 - ECLI: ES:TS:2011:6318) y a SANTAMARÍA PASTOR, J.A., 2004, pp. 67 y 68.

⁴⁰ El artículo 9.1 de la LCSP, tras declarar excluida a las concesiones demaniales de su ámbito de aplicación, matiza “salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley”. En términos parecidos, el artículo 4 de la LCSP especifica que a los negocios excluidos -como las concesiones demaniales- se les aplicarán “los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”. Sobre esta cuestión puede consultarse la Sentencia, de 20 de julio de 2021, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, del Tribunal Supremo (Roj: STS 3126/2021 - ECLI: ES:TS:2021:3126).

⁴¹ Artículo 85 del TRLPEMM.

⁴² Artículos 85 y 86 del TRLPEMM.

⁴³ Artículo 83 del TRLPEMM.

⁴⁴ Artículos 59.3 y 91 del TRLPEMM.

⁴⁵ Artículo 85.8 del TRLPEMM.

⁴⁶ Artículo 30.5.n) del TRLPEMM.

⁴⁷ Sentencia, de 14 de julio de 2004, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec. 843/2003, LA LEY 167040/2004). En el mismo sentido, entre otros, los Dictámenes del Consejo de Estado 810/1995, de 11 de mayo y 1.644/1995, de 28 de septiembre.

⁴⁸ EGUINO DE SAN ROMÁN, R., 2012, p. 291.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

de llamarse la atención que estos son los procedimientos a los que pueden acudir las Autoridades Portuarias para solventar las distintas vicisitudes que acontezcan durante la vigencia de una concesión portuaria.

El principio de imprescriptibilidad del demanio y el interés portuario hacen del negocio concesional una figura avocada a la extinción, bien por el transcurso del plazo, bien por otras causas o procedimientos, como son el de revocación, el de caducidad y el de rescate. Mientras que las causas de extinción se contemplan en el artículo 96, los procedimientos mencionados se regulan en los artículos 97 a 99, respectivamente. Los efectos de la extinción se prevén en el artículo 100.

III. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA EN LAS CONCESIONES DE DOMINIO PÚBLICO PORTUARIO: ESCASEZ DE MECANISMOS PARA UNA RÁPIDA RESPUESTA

La crisis sanitaria del COVID-19 trajo como consecuencia un descenso de la actividad portuaria en los puertos de interés general, sobre todo en el primer periodo de estado de alarma declarado por el Gobierno en 14 de marzo de 2020⁴⁹, materializada en una disminución del tráfico portuario, provocando una caída de los tráficos de mercancías y de pasajeros del 8 % y del 59 % respectivamente, y que alcanzó la mayor disminución respecto al año anterior en el mes de mayo de 2020 para las mercancías, con una reducción del 25 %, y en el mes de abril para los pasajeros, con un 96 % menos.

En cuanto a los títulos concesionales, aquellos en los que se desarrollan usos vinculados a la interacción puerto-ciudad, que requieren de público y presencia física en el desarrollo de su actividad (especialmente aquellos ligados al sector de ocio y restauración), fueron los que experimentaron un mayor descenso, unido a los títulos relacionados con el tráfico de pasajeros que también se vieron muy afectados. En cambio, las concesiones soporte de actividades industriales y logísticas no se vieron especialmente perjudicadas, al mantenerse en unos niveles muy similares al año anterior⁵⁰.

La principal cuestión que se planteó en el sector portuario al inicio de crisis sanitaria era qué pasaba con la explotación del demanio portuario cuyas actividades y servicios se han visto afectados por la crisis sanitaria o por las medidas adoptadas; es decir, qué sucede con el aprovechamiento del dominio público portuario concedido que no puede explotarse, con el plazo máximo de duración de las concesiones portuarias que se han visto paralizadas, con las obligaciones de pago de las distintas tasas portuarias a las que los concesionarios temporalmente no pueden hacer frente, con los tráficos mínimos o actividades comprometidas en los títulos concesionales que se incumplirán como consecuencia del nuevo contexto económico sobrevenido, con la pérdida de ingresos de los concesionarios, con los negocios que han tenido que echar el cierre, con los servicios portuarios o comerciales que no han podido prestarse durante algunas semanas o meses, etc.

Para hacer frente a esta situación, el principal instrumento jurídico con el que contaron las Autoridades Portuarias al inicio de la crisis sanitaria era el TRLPEMM, que recoge, en sus artículos 88 y siguientes, distintos procedimientos administrativos para solventar las distintas vicisitudes que pueden acontecer en una concesión portuaria. Como veremos, la amplitud y gravedad de la crisis sanitaria pusieron de manifiesto determinadas carencias en los mecanismos contemplados en el TRLPEMM, que no contenían medidas específicas para mitigar los efectos asociados a una crisis de gran magnitud como la del COVID-19.

Los operadores portuarios exigían medidas compensatorias concretas para dotar de continuidad a las concesiones portuarias y, con ello, evitar el cese anticipado de las actividades económicas y servicios que, como consecuencia de la declaración del estado de alarma o de las medidas adoptadas, no podían desarrollarse con normalidad. Esta imposibilidad ha sido total y absoluta en algunas concesiones no sólo durante el estado de

⁴⁹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante, "RD 463/2020").

⁵⁰ Datos extraídos del informe de fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas en 29 de junio de 2022.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

alarma y sus prórrogas (incluyendo las denominadas “fases” de transición hacia la “nueva normalidad”), sino también durante los meses posteriores, sobre todo aquellas que precisaban de público y de la presencia física de usuarios. Pero aun así los concesionarios debían seguir haciendo frente al pago de las tasas portuarias y, en paralelo, los plazos de sus concesiones seguían computando, poniéndose en riesgo la amortización de las inversiones que estos habían realizado.

Esta situación propició que, un mes después de la declaración del estado de alarma, el Gobierno dictase normas excepcionales y transitorias dirigidas al sector portuario, a las que haremos referencia en el siguiente apartado. Antes hemos de analizar los distintos mecanismos que contiene la legislación portuaria ordinaria, destacando aquellos elementos que, a nuestro juicio, dificultaron que pudiese articularse una respuesta ágil y eficaz ante la situación que estaba azotado a las concesiones portuarias. El objeto de las siguientes páginas es, por tanto, apuntar los principales aspectos de determinados procedimientos que deberían ser analizados con detenimiento en una eventual reforma del TRLPEMM y algunas medidas o mecanismos que deberían introducirse, para que la legislación portuaria pueda reforzarse de cara a crisis futuras, aprovechando la oportunidad de la crisis sanitaria del COVID-19.

A. La modificación de las concesiones portuarias

El primero de los procedimientos que contiene el TRLPEMM para hacer frente a situaciones excepcionales en las concesiones portuarias es el de modificación, que se regula en el artículo 88 del TRLPEMM. El precepto diferencia entre modificaciones de la concesión y modificaciones sustanciales de la misma. Mientras que las primeras tienen un carácter residual, las segundas están tasadas⁵¹.

Así, tendrá la consideración de modificación sustancial (i) la modificación del objeto de la concesión, (ii) la ampliación de la superficie de la concesión en más de un 10 % de la fijada en el acta de reconocimiento, (iii) la ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 %, (iv) la ampliación del plazo de la concesión, en los supuestos establecidos en las letras b) y c) del artículo 82.2 del TRLPEMM (es decir, cuando la eventual prórroga no se encuentra prevista en el título de otorgamiento) y (v) la modificación de la ubicación. *Sensu contrario*, cualquier modificación no contemplada en el citado artículo 88. 2 debería calificarse como no sustancial.

La diferencia entre ambas radica en la tramitación administrativa. Si la modificación es sustancial habrá que seguir un procedimiento extenso, muy similar al del otorgamiento de una nueva concesión, excluido el trámite de competencia de proyectos, pero que incluye el de información pública⁵². En cambio, en caso de que la modificación no se califique de sustancial, bastará con el informe del Director de la Autoridad Portuaria, que será elevado por el Presidente al Consejo de Administración para su resolución⁵³. En ambos casos, la resolución

⁵¹ PALOMAR OLMEDA, A., 2021.

⁵² Apartados 2 y siguientes del artículo 85 del TRLPEMM.

⁵³ Artículo 88.1 del TRLPEMM.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

definitiva que el Consejo de Administración adopte es de carácter discrecional, y atiende a razones de necesidad y oportunidad⁵⁴.

Así, mediante este mecanismo, los titulares de una concesión portuaria que se vieron afectados por la crisis sanitaria pudieron solicitar a la Autoridad Portuaria la modificación de determinadas condiciones asumidas en el título concesional que prevén no cumplir y las consiguientes medidas compensatorias, tales como la exoneración del pago del canon, la prórroga del plazo concesional en proporción al plazo de suspensión o limitación de la actividad o tráficos mínimos.

Aunque es cierto que mediante este procedimiento podrían haberse alcanzado multitud de soluciones compensatorias para solventar las situaciones transitorias de desequilibrio, no es menos cierto que no existe una libertad absoluta de la Autoridad Portuaria para modificar los condicionantes de los títulos concesionales, por cuanto el TRLPEMM contempla determinados preceptos que son de obligado cumplimiento, como es el caso, por ejemplo, de la duración máxima de las concesiones⁵⁵ y del importe de las tasas portuarias⁵⁶, los cuales solo pueden alterarse en los casos expresamente previstos en la ley⁵⁷. No se permite, por tanto, ningún tipo de negociación entre Autoridades Portuarias y concesionario sobre estas cuestiones⁵⁸, lo que dificulta que puedan adoptarse medidas compensatorias adecuadas al caso concreto.

Otro hecho que evidencia que el mecanismo de la modificación no fue muy exitoso es la duración del procedimiento administrativo para otorgar una modificación (especialmente en el caso de que la modificación tenga carácter sustancial) y la necesidad de convocar al Consejo de Administración para que resuelva expresamente las peticiones y se pronuncie sobre las nuevas condiciones del título concesional. El TRLPEMM debería diferenciar entre la competencia para “otorgar” concesiones de la “gestión” de estas, atribuyendo a otro órgano distinto al Consejo de Administración la competencia para resolver, entre otros, el procedimiento de modificación de las concesiones -al menos en aquellos casos en los que esta no tenga carácter sustancial-.

Tampoco merece una valoración positiva la ausencia de criterios preestablecidos en el artículo 88 del TRLPEMM sobre las pautas que deben seguir las Autoridades Portuarias para resolver las peticiones de modificación de las concesiones, pues existe gran incertidumbre entre los concesionarios sobre el resultado que se obtendrá en estos casos. A nuestro entender deberían introducirse algunas pautas mínimas que arrojen cierta seguridad jurídica a los operadores portuarios.

⁵⁴ VÉLEZ FRAGA, M. y NÄGEKE GARCÍA DE FUENTE, N., 2021. En este mismo sentido, puede citarse la Sentencia, de 11 de marzo de 2022, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (ECLI: ES:TSJPV:2022:1184).

⁵⁵ Artículo 82 del TRLPEMM.

⁵⁶ Artículos 161 y siguientes del TRLPEMM.

⁵⁷ Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2017 por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos también incorpora previsiones sobre la determinación, la cuantía y las rebajas de las tasas por infraestructuras portuarias. Igualmente debe tenerse en cuenta que las reducciones de las tasas pueden colisionar con el derecho de la competencia y las normas sobre ayudas de Estado.

⁵⁸ Sobre esta cuestión puede consultarse a VILLAR ROJAS, F.J. 2019, pp. 125 a 140, y a EGUINO DE SAN ROMÁN, R. 2021.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

B. La revisión de las concesiones portuarias

El artículo 89 del TRLPEMM regula la revisión de las concesiones portuarias, que es un mecanismo afín a la modificación de las concesiones, aunque presenta ligeras diferencias.

La revisión de la concesión se permite, únicamente, en cinco supuestos tasados. De entre estos nos detendremos en los previstos en las letras a) y b), dada la conexión con el objeto de este estudio. Así, procede la revisión de la concesión “a) cuando se hayan alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento, de tal forma que las circunstancias objetivas que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión hayan variado de modo que no sea posible alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión” o “b) en caso de fuerza mayor”.

Si se examina con detenimiento estos supuestos puede llegarse a la conclusión de que el mecanismo de revisión se asemeja a la técnica tradicional del reequilibrio económico del contrato. En particular, el primero de estos vendría a positivizar en la legislación portuaria la cláusula *rebus sic stantibus* en el título concesional, que precisamente viene a legitimar la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico cuando se hayan alterado las circunstancias determinantes de su otorgamiento⁵⁹. El segundo de los supuestos también apunta a un reequilibrio de las prestaciones, pero se reconduce a la técnica de la fuerza mayor⁶⁰.

La previsión de estas causas de revisión en la legislación portuaria ordinaria debe valorarse muy positivamente, pues la crisis sanitaria acontecida podría tener encaje en ambas. Además, como se desprende de la regulación, y a diferencia del mecanismo de modificación de las concesiones, la revisión viene exigida por razones de interés público; extremo que también debe valorarse muy positivamente, pues el margen de discrecionalidad del Consejo de Administración queda muy limitado o, incluso, anulado⁶¹.

En cambio, no resulta del todo satisfactorio el procedimiento administrativo y las medidas compensatorias contempladas en la legislación portuaria. Respecto al primero, el artículo 89.2 del TRLPEMM dispone que para revisar una concesión debe seguirse el procedimiento de modificación previsto en el artículo 88, según sea o no sustancial. Si bien, en estos casos puede iniciarse de oficio o a instancia de parte⁶². Dado que el procedimiento es el mismo que para la modificación de la concesión -aunque con ligeros matices- la valoración ya apuntada en el subapartado anterior es extrapolable a este caso.

En cuanto a las medidas compensatorias, la Autoridad Portuaria debe pronunciarse sobre estas en el expediente de revisión del título concesional, conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 89.1 del TRLPEMM.

Sin embargo, ese párrafo solo las prevé para “los tres últimos supuestos”; es decir, para los contemplados en las letras c), d) y e) del apartado 1º del artículo 89, no para los mencionados en los apartados a) y b), que son aquellos en los que podría haber tenido encaje la crisis sanitaria. La ausencia de medidas compensatorias concretas es otro aspecto que debería ser

⁵⁹ GARCÍA PÉREZ, M. 1995, p. 303.

⁶⁰ FONSECA-HERROR RAIMUNDO, A. J., 2021, pp. 25-33.

⁶¹ EGUINO DE SAN ROMÁN, R., 2012, p. 295.

⁶² Artículo 89.1 del TRLPEMM.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

objeto de revisión en una eventual reforma del TRLPEMM. La deficiente e inquietante redacción del párrafo tercero del artículo 89.1 genera incertidumbre, que puede evitarse con una regulación más detallada, que proporcione seguridad jurídica a los operadores portuarios y las Autoridades Portuarias en su aplicación.

C. Extinción de la concesión portuarias

Cuando no sea posible la modificación o revisión del título concesional, solo queda la extinción de este, si nos atenemos a los mecanismos expresamente previstos en el TRLPEMM. Así, el artículo 96 regula distintas causas por las que puede extinguirse una concesión portuaria, de entre las que tenemos que destacar, por la conexión con la temática, la “c) renuncia del titular, que sólo podrá ser aceptada por la Autoridad Portuaria cuando no cause perjuicio a esta o a terceros”, el “d) mutuo acuerdo entre la Autoridad Portuaria y el titular” y la “f) revocación”.

La renuncia unilateral y la extinción por mutuo acuerdo tienen como elemento común que pueden resultar muy útiles cuando la concesión portuaria no es económicamente viable como consecuencia de una causa externa. Ambos mecanismos, además, requieren de la voluntad de la Autoridad Portuaria, bien confirmando la ausencia de perjuicios para el interés público y para terceros, en el caso de la renuncia, bien porque existe un interés compartido en que se extinga la concesión, en el supuesto del mutuo acuerdo.

En todo caso, antes de optar por alguno de estos mecanismos, es necesario un análisis particularizado, caso por caso, de los pliegos de condiciones que rigen la concesión portuaria y demás documentos que obren el expediente administrativo, pues estos pueden resultar muy beneficiosos para el concesionario o, por el contrario, muy perjudiciales en función de las condiciones pactadas. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la renuncia -no el mutuo acuerdo- tiene como consecuencia la pérdida de la garantía, conforme a lo dispuesto en el artículo 93.3 del TRLPEMM.

En efecto, el éxito o fracaso de estos mecanismos depende en gran medida de la negociación y buen entendimiento de las partes, lo que vislumbra una situación de inseguridad jurídica e inquietante litigiosidad si dicha negociación no llegara a culminarse de forma satisfactoria. No se trata, por tanto, de mecanismos fiables, pues el TRLPEMM no establece reglas concretas, claras y generales de aplicación, todo ello sin olvidar el amplio margen de libertad que se le confiere a las Autoridades Portuarias.

Por último, debe hacerse una breve mención a la revocación de la concesión, que se encuentra prevista en el apartado segundo del artículo 97 del TRLPEMM, el cual dispone que “las concesiones pueden ser revocadas por la Autoridad Portuaria, sin derecho a indemnización, cuando se hayan alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento que impliquen la imposibilidad material o jurídica de la continuación en el disfrute de la concesión y, en casos de fuerza mayor, cuando, en ambos supuestos, no sea posible la revisión del título de otorgamiento”.

La revocación de la concesión precisa del cumplimiento de tres requisitos: (i) la existencia de una de sus causas, (ii) que la concesión no pueda proseguir y (iii) que no sea posible la revisión del título concesional; requisito que vendría a reconocer el carácter subsidiario de la revocación frente al mecanismo de la revisión previsto en el artículo 89 del TRLPEMM.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

Este mecanismo que ofrece el TRLPEMM tampoco entendemos que haya devenido útil para solventar las vicisitudes de la crisis sanitaria, no solo porque se trata de un mecanismo subsidiario a la revisión del título concesional, lo que ya de por sí denota que no es un medio ágil y eficaz, sino porque conlleva la pérdida del derecho de indemnización en compensación por las obras e instalaciones pendientes de amortizar, lo que puede provocar cierto rechazo por parte de los concesionarios, pues la revocación, como aclara el artículo 97, se otorga “sin derecho a indemnización”.

IV. LA REACCIÓN ANTE LA SITUACIÓN EXCEPCIONAL: HUIDA HACIA LA ADOPCIÓN DE UN DERECHO DE NECESIDAD

A. Medidas específicas para hacer frente al impacto de la pandemia en el sector portuario

Tras la declaración del estado de alarma de 14 de marzo de 2020, el primer organismo portuario en actuar fue Puertos del Estado que, en 19 de marzo siguiente, publicó unas recomendaciones de actuación para las Autoridades Portuarias⁶³, de acuerdo con la competencia que le otorga el artículo 18.1.n) del TRLPEMM. Con base en estas, las Autoridades Portuarias fueron adoptando medidas en las primeras semanas de la crisis sanitaria⁶⁴, hasta que el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (en adelante, “RDL 15/2020”)⁶⁵, que recogía un conjunto de medidas económicas dirigidas al sector portuario, las cuales no tenían vocación de permanencia.

Más tarde, el Gobierno aprobó un segundo paquete de medidas dirigidas al sector portuario a través del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos del transporte y vivienda (en adelante, “RDL 26/2020”)⁶⁶, que tenía como finalidad, según su Exposición de Motivos, llevar a cabo “una reforma en las medidas previstas inicialmente en los artículos 16 a 20 del Real Decreto-ley 15/2020 [...] y su adaptación al Reglamento (UE) 2020/697, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2017/352, con el fin de permitir a organismos gestores de puertos o autoridades competentes flexibilidad en el cobro de tasas por infraestructuras portuarias en el contexto del brote COVID-19”.

Podemos agrupar las medidas de derecho administrativo económico adoptadas de la siguiente forma:

⁶³ Las principales medidas que recomendó Puertos del Estado fueron las siguientes: medidas económicas (aplazamiento de pagos en los términos previstos en el artículo 33 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, diferimiento de los pagos de las tasas de ocupación y demorar hasta el límite legal permitido el giro de liquidaciones de las tasas portuarias), reducción temporal de la actividad o del tráfico mínimo, medidas en el ámbito de la contratación (ampliar el plazo para presentar ofertas, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras y concesión de servicios y demás medidas establecidas en el artículo 34 del RD-ley 8/2020), medidas en materia de personal, medidas administrativas (celebrar reuniones de forma telemática, que el Consejo de Administración delegue competencias en sus presidentes, etc.) y otras medidas (suspensión de la primera aportación trimestral del ejercicio 2020 a Puertos del Estado, concesión de préstamos a las Autoridades portuarias, modificación de los planes de empresas para modificar las modificaciones de las tasas portuarias, etc.).

⁶⁴ A título ilustrativo puede citarse las siguientes: extinción, por mutuo acuerdo, de aquellos títulos que autorizaron la ocupación del demanio portuario con mesas y sillas con el objetivo de paralizar el devengo de tasas (medida adoptada por la Autoridad Portuaria de las Islas Baleares); retraso, en dos meses, en la facturación de las liquidaciones semestrales de las tasas de ocupación y actividad (medida adoptada por la Autoridad Portuaria de Bilbao); modificación de oficio del periodo de pago de las tasas de ocupación y actividad para los periodos 2020 y 2021 (medida adoptada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas); retraso hasta que cese el estado de alarma de todas las liquidaciones de las facturas a sus clientes (medida de la Autoridad Portuaria de Valencia), etc.

⁶⁵ BOE núm. 112, de 22 de abril de 2020.

⁶⁶ BOE núm. 187, de 8 de julio de 2020.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

- Reducción de la actividad o del tráfico mínimo establecido en el título concesional⁶⁷.
- No imposición de penalizaciones por incumplimiento de la actividad o tráficos mínimos⁶⁸.
- Reducción de la cuota íntegra de la tasa de ocupación⁶⁹.
- Reducción del límite inferior de la cuota íntegra anual de la tasa de actividad⁷⁰.
- Modificación de la exigibilidad de la tasa de actividad⁷¹.
- Reducción y exenciones de la tasa del buque⁷².
- Aplazamiento de deudas tributarias por tasas portuarias⁷³.
- Compensación por pérdida de ingresos en las terminales de pasajeros⁷⁴.
- Coeficientes correctores y bonificaciones⁷⁵.

Hemos de valorar positivamente las medidas adoptadas en los RDL 15/2020 y 26/2020 por los motivos que a continuación pasamos a exponer, al igual que destacamos la necesidad de que mediante los mecanismos de modificación o revisión de las concesiones portuarias (artículos 88 y 89 del TRLPEMM) puedan adoptarse en circunstancias sumamente excepcionales -como fue la crisis del COVID-19- algunas de estas medidas económicas de carácter compensatorio.

El primero de los aspectos que merecen una calificación muy positiva es que se simplificó el procedimiento para la concesión de las medidas económicas. En la mayoría de los casos imperó un procedimiento muy simple: los departamentos de dominio público y económico-financiero de las Autoridades Portuarias valoraban la documentación remitida; los Presidentes, Secretarios Generales o Directores -según el caso- emitían una propuesta de resolución; y los Consejos de Administración -o los Presidentes o Directores del Organismo en caso delegación- se pronunciaban, sin demora, sobre su aprobación definitiva.

En segundo lugar, la regulación de cada una de las medidas delimitaba, con precisión, el marco de actuación de las Autoridades Portuarias. Esto otorgó seguridad jurídica a los operadores portuarios en un contexto de inseguridad como fue la crisis del COVID-19. Así, el Gobierno estableció (i) el carácter potestativo o preceptivo de las medidas para las Autoridades Portuarias, (ii) el carácter rogado o no de estas para los concesionarios⁷⁶, y (iii)

⁶⁷ Apartados 1 y 2 del artículo 16 del RDL 15/2020 y artículo 8 del RDL 26/2020.

⁶⁸ Artículo 16.3 del RDL 15/2020.

⁶⁹ Artículos 17 del RDL 15/2020 y 9 del RDL 26/2020. Puertos del Estado aprobó una recomendación sobre esta medida para determinar la magnitud de la reducción de la tasa de ocupación y el procedimiento a seguir para ello, garantizando una aplicación homogénea del RDL 15/2020 en todo el Sistema Portuario de Titularidad Estatal. Se trata de la recomendación sobre criterios para la determinación de las reducciones de la tasa de ocupación previstas en el artículo 17 del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, aprobado por el Presidente de Puertos del Estado en 27 de mayo de 2020.

⁷⁰ Artículos 18.1 del RDL 15/2020 y 10.1 del RDL 26/2020.

⁷¹ Artículos 18.2 del RDL 15/2020 y 10.2 del RDL 26/2020.

⁷² Artículos 19 del RDL 15/2020 y 11 del RDL 26/2020.

⁷³ Artículos 20 del RDL 15/2020 y 12 del RDL 26/2020.

⁷⁴ Artículos 21 del RDL 15/2020 y 13 del RDL 26/2020.

⁷⁵ Artículo 14 del RDL 26/2020.

⁷⁶ La modificación de los tráficos mínimos, la reducción de la cuota líquida de la tasa de ocupación devengada, la revisión de las liquidaciones de la tasa de ocupación, dejar sin efecto el límite inferior de la cuota integral anual de la tasa de actividad, la supresión del pago anticipado y diferido de la tasa de actividad, la revisión de las

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

los límites de las reducciones de las tasas portuarias y de las restantes modificaciones, en atención al impacto del COVID-19.

En tercer lugar, porque tales normas excepcionales permitieron que las concesiones fueran instituciones menos rígidas y pudieran adaptarse a las nuevas circunstancias fruto de la emergencia sanitaria que estaba condicionando la economía mundial. En efecto, los RDL 15/2020 y 26/2020 habilitaron a las Autoridades Portuarias a modificar determinados elementos de las concesiones que no era posible en atención a algunas previsiones del TRLPEMM o para los que se exigía la tramitación de un expediente de modificación o revisión del título concesional. Es el caso, por ejemplo, de la actividad y los tráficos mínimos comprometidos en los títulos concesionales, de los importes de las tasas portuarias asociadas a las concesiones portuarias, de los aplazamientos de deudas, de los diferimientos de pagos de las liquidaciones, de las revisiones de liquidaciones, etc.

Y, finalmente, lo que mayor éxito tuvo fue la publicidad que estas medidas tuvieron en todo el sector portuario. Además de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de los RDL 15/2020 y 26/2020 dado su rango normativo, Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias divulgaron todas las medidas económicas a los agentes portuarios y al público en general, mediante comunicaciones individualizadas masivas, divulgación en las redes sociales, publicación en sus páginas web o sedes electrónicas, en diferentes notas de prensa, etc. Todos los operadores portuarios conocieron en tiempo y forma la existencia de estas medidas y cómo debían solicitarse.

Por último, no podemos cerrar este apartado sin hacer una breve mención -siquiera sea de soslayo- a otras normas excepcionales de las que también pudo beneficiarse el sector portuario, como fueron (i) el Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, cuyo artículo 14 facultó a las Autoridades Portuarias a que concediesen aplazamientos de las deudas tributaria correspondiente a aquellas declaraciones-liquidaciones de tasas portuarias previo cumplimiento de una serie de requisitos; y (ii) el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que en su Capítulo III regula la garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias consecuencia de la pandemia.

B. Otros mecanismos no previstos en la legislación portuaria para contrarrestar los efectos del estado de alarma en las concesiones portuarias

Además de lo expuesto en los apartados anteriores sobre los mecanismos contemplados en el TRLPEMM y las medidas compensatorias aprobadas por el Gobierno para mitigar los efectos de la pandemia en el sector, existen otros mecanismos a los que también los concesionarios y las Autoridades Portuarias podrían haber acudido para alcanzar soluciones

liquidaciones de la tasa del buque y el aplazamiento de las deudas tenían carácter dispositivo respecto de las Autoridades Portuarias y rogado en cuanto al concesionario. En cambio, la exención de la tasa del buque cuando se encuentre amarrado o fondeado por orden de las Autoridades Portuarias, la aplicación de los coeficientes por estancia prolongada, la reducción al 1,16 del coeficiente previsto en el artículo 197.1.e).8º del TRLPEMM, el establecimiento del valor "S" de la tasa del buque y la consideración como servicio de emergencia de la puesta a disposición de medios humanos en el servicio de pasaje tenían carácter imperativo para las Autoridades Portuarias y debían aplicarse de oficio.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

compensatorias que evitasen el cese de las actividades o servicios que se prestan sobre las concesiones portuarias.

PÉREZ ANDRÉS hace referencia a cuatro medidas que podrían haberse utilizado⁷⁷. Consideramos que las medidas que apunta esta autora son plenamente aplicables al dominio público portuario, si bien, como se hará referencia en este apartado, habría que matizar algunas cuestiones.

La primera de las medidas consiste en acudir (e incorporar a futuro) al pliego de condiciones particulares, dado que es posible que se haya previsto escenarios concretos y medidas compensatorias que mitiguen el impacto de circunstancias excepcionales y sobrevenidas, tales como la prórroga del plazo concesional cuando no sea posible la explotación del bien durante un periodo de tiempo determinado o la exención o aminoración del canon de ocupación en determinados casos.

La segunda medida es la suspensión del plazo concesional al tratarse, de conformidad con el artículo 100.c) de la LPAP, de un plazo de “caducidad”, y, como tal, se ha de entender suspendido durante la vigencia del estado de alarma en base a la disposición adicional cuarta del RD 463/2020. Esta autora apunta que “la aplicación de esta disposición no dejaría lugar a dudas de que desde la entrada en vigor del RD 463/2020, los plazos de caducidad de las concesiones y autorizaciones demaniales han quedado suspendidos, y que, por tanto, conforme a esta norma, una vez que se levante la suspensión se retomará el cómputo del plazo de concesión por donde se dejó”.

No compartimos esta interpretación respecto de las concesiones portuarias, por cuanto la caducidad de estas no se liga a la temporalidad o preclusión del plazo máximo de duración, sino, como se desprende del artículo 98 del TRLPEMM, al incumplimiento grave de obligaciones del concesionario.

En cambio, una medida muy similar que apuntó BRAVO ORTEGA, pero en otro contexto distinto al COVID-19, es la suspensión temporal de la vigencia de las concesiones portuarias⁷⁸. Este mecanismo consiste, básicamente, en la cesación temporal de la ejecución de la concesión, por la existencia de una causa externa, sobrevenida e imprevisible, que produce una ruptura patrimonial, afectando a la propia estabilidad y continuidad del negocio concesional. La concesión se reanuda cuando dicho obstáculo o causa haya desaparecido, en el mismo estado en el que quedó cuando se concedió su suspensión. Mientras dure la suspensión, no se devengarán las tasas asociadas a la ocupación y explotación, ni demás compromisos asociados a esta.

Aunque este mecanismo no cuenta con una regulación en el TRLPEMM, podría justificarse su aplicación en determinados casos con base en el principio «*a maiore ad minus*» (quien puede lo más puede lo menos), en referencia a la extinción de la concesión portuaria por mutuo acuerdo previsto en el artículo 96.d) del TRLPEMM; esto es, si el TRLPEMM permite que las concesiones se extingan por mutuo acuerdo, con más razón que se puedan suspender

⁷⁷ PÉREZ ANDRÉS, E. M^a. 2020, pp. 328 a 338.

⁷⁸ La suspensión temporal de las concesiones de dominio público portuario fue analizada por BRAVO ORTEGA, A. en el seminario webinar “Las concesiones en el dominio público portuario” celebrado el pasado 1 de julio de 2022, en su ponencia titulada “La suspensión temporal de las concesiones portuarias, alcance y objeto”.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

provisionalmente durante un lapso temporal⁷⁹. La Abogacía del Estado también ha avalado en distintas ocasiones que se puede aplicar este mecanismo jurídico en las concesiones demaniales, estableciendo sus semejanzas con la institución de la «suspensión de contratos públicos» y llevando a cabo una interpretación analógica de la legislación de contratos del sector público⁸⁰.

Aunque existen razones legales y de oportunidad para considerar, con la regulación actual, viable la suspensión temporal de la concesión demanial, lo cierto es que la ausencia de un régimen jurídico específico siempre es un escollo para su aplicación práctica. Queda un largo camino para rellenar este vacío normativo y, probablemente, ante la ausencia de reformas legislativas que introduzcan esta figura, la clave puede estar en incluir una cláusula en los pliegos de condiciones particulares de las concesiones portuarias.

No hay que olvidar que este mecanismo, aplicado de forma ponderada y justificado por la situación de excepcionalidad, puede ser muy útil para salvaguardar distintos intereses, tales como el interés portuario que subyace en toda explotación del demanio portuario, el interés empresarial del titular de la concesión, e, incluso, el interés de terceros, representado, por ejemplo, en la protección de la salud de trabajadores, clientes o proveedores. Siendo ello así, se evitarían incluso situaciones indeseadas para la propia Administración portuaria, como la declaración de la caducidad de concesiones o la renuncia del titular, simplemente porque el concesionario no puede hacer frente transitoriamente a sus obligaciones por circunstancias ajenas a su voluntad.

Este mecanismo hubiese sido muy útil para aquellos concesionarios vinculados a la interacción puerto-ciudad, que requerían de público en el desarrollo de su actividad, las cuales estaban muy ligadas al sector de ocio y la restauración. Estas concesiones fueron las que se vieron más afectadas por las restricciones de movilidad a las personas físicas impuestas para contener la expansión de la pandemia del COVID-19.

La tercera medida a la que alude PÉREZ ANDRÉS es el restablecimiento del equilibrio económico que, aunque no se encuentre previsto para las concesiones demaniales en la LPAP, sí podría aplicarse por analogía de la legislación de contratos del sector público. Como ya hemos apuntado *ut supra*, la legislación portuaria contempla mecanismos de reequilibrio económico en el artículo 89 del TRLPEMM, por lo que nos remitimos a lo anteriormente expuesto.

Finalmente, la última medida que apunta esta autora es la devolución de la tasa de ocupación de un bien de demanio público, con base, entre otros, en los artículos 12 y 15 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.

A diferencia de otras legislaciones sectoriales, el artículo 162 del TRLPEMM incluye en el régimen jurídico de las tasas portuarias la legislación de tasas y precios públicos, en lo no previsto en aquella, por lo que existen fundamentos jurídicos en apoyo de esta tesis. Esto nos lleva a concluir que podría haberse aplicado cualquiera de los preceptos mencionados a las

⁷⁹ Esta es la postura que defendió BRAVO ORTEGA, A. en el seminario webinar al que se ha hecho referencia anteriormente.

⁸⁰ Puede consultarse el Dictamen elaborado por D. Iván Gayarre Conde, Abogado del Estado-Jefe en Huelva, en junio de 2006, sobre la extinción anticipada por mutuo acuerdo de una concesión administrativa, que sirvió de apoyo en posteriores informes de la Abogacía del Estado, en los que se defiende esta posición.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

tasas portuarias para exigir la devolución de estas o para entender que no se ha producido el devengo en el tiempo que no se ha podido explotar la concesión demanial, pero únicamente en ausencia de regulación específica en el TRLPEMM.

Más controvertida es su aplicación tras el dictado del RDL 15/2020, pues como hemos analizado, esta norma sí contiene un conjunto de medidas económicas transitorias dirigidas al sector portuario que inciden sobre las tasas portuarias. Por su especialidad, estas medidas debían aplicarse con carácter preferente frente a otros mecanismos que incidan sobre las tasas portuarias.

V. CONCLUSIÓN

Como cierre de todo lo anterior, hemos de concluir lo siguiente:

- Necesidad de aplicar la perspectiva de la *better regulation* y sus herramientas e indicadores al marco regulatorio del dominio público portuario: la participación de los interesados, el análisis de impacto regulatorio (RIA) evaluando críticamente los efectos positivos y negativos de las regulaciones propuestas y existentes y la evaluación *ex-post*. Por ende, incluye fase normativa y aplicativa. En este sentido han quedado puestos de manifiesto las necesidades de reforma a causa de la crisis de la COVID-19, unas de carácter coyuntural y otras a introducir con carácter estructural y permanente.
- Revindicar la aplicación de la *better regulation* y sus indicadores también en el dominio público, su uso y explotación, no sólo para mejorar su rentabilidad -corriente de la valorización del dominio público-, sino como factor que contribuya a la sostenibilidad social y medioambiental del demanio como bienes afectos a un uso o a un servicio público, en definitiva, al mejor servicio del interés general.
- La LGUM es de aplicación a toda actividad económica, lo que incluye las actividades económicas que se desarrollan en dominio público. En efecto, el artículo 9.2 b) proclama su aplicación “Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento”. Mas es necesario destacar, difundir y extraer todas las consecuencias de esta Ley, como lo ha hecho la STS de 29 de julio de 2021, nº rec. 3319/2020 (Roj: STS 3537/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3537), referida a la actividad de los transitarios en los puertos.
- Necesidad de superar la polémica doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de la concesión demanial y las dificultades que en ocasiones se presentan para la calificación del negocio jurídico, si como contrato o concesión demanial. Se propugna la expresa aplicación de los principios cardinales de la contratación pública para la mejora regulatoria del uso y explotación del dominio público portuario, su contribución a la sostenibilidad ambiental y social más allá de su rentabilización, a través de la reformarse el TRLPMM en el sentido de proclamar de manera expresa la aplicación supletoria de la LCSP y sus principios cardinales.
- El TRLPEMM no contiene mecanismos ágiles y eficaces para hacer frente a las situaciones excepcionales como fue el COVID-19. De ahí que hemos destacado aquellos aspectos de determinados procedimientos que deberían ser analizados con detenimiento ante una eventual reforma del TRLPEMM y algunas medidas o mecanismos que deberían introducirse *ex novo*, para que la legislación portuaria pueda reforzarse de cara a crisis futuras.
- Las medidas excepcionales contempladas en los Reales Decretos-ley 15/2020 y 26/2020 deben valorarse muy positivamente. Destacamos también la conveniencia de que en el seno de los mecanismos de modificación o revisión de las concesiones portuarias (artículos 88 y 89 del TRLPEMM) puedan adoptarse algunas de estas medidas en circunstancias sumamente excepcionales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

A. Libro:

EGUINO DE SAN ROMÁN, R. (2012) *La gestión de los puertos de interés general*. Barcelona: Atelierlibros.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. (2007) *Las concesiones administrativas de dominio público*. Madrid: Editorial Civitas (1ª ed.).

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A. (2015) *El dominio público funcionalizado. La corriente de valoración*. Madrid, INAP.

FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A. (2015) *La rentabilización del dominio público en tiempos de crisis ¿Nuevas tendencias coyunturales o definitivas?*. Madrid, Tecnos.

GARCÍA PÉREZ, M. (1995) *La utilización del dominio público marítimo-terrestre*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.

LAFUENTE BENACHES, M^a. M. (1988) *La concesión de dominio público (estudio especial de la declaración de caducidad)*. Madrid: RDU.

B. Capítulo de libro:

DEL GUAYO, I. (2017) "Better and smart regulation. Los principios de la buena regulación de la Unión Europea en las recientes leyes españolas de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público", en LAGUNA DE PAZ, J. C., SANZ RUBIALES, I. y MOZOS TOUYA, I. (Coor.) *Derecho administrativo e integración europea estudios en homenaje al profesor José Luis Martínez López-Muñiz*. Madrid, Editorial Reus, S.A.

ESTEPA MONTERO, M. (2017) "La nueva conformación de las relaciones jurídicas entre los municipios y los puertos de interés general: de la confrontación a la colaboración. El Puerto de Málaga" en ZAMORA ROSELLÓ, M^a. R. (Coor.) y RUIZ OJEDA, A. (Dir.) *Regulación y competencia en servicios de interés económico general (SIEG): Análisis Sectoriales y Comparativos*. Universidad de Málaga editorial, Málaga.

PÉREZ ANDRÉS, E. M^a. (2020) "Los contratos patrimoniales de la Administración y las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público ante el estado de alarma provocado por la crisis sanitaria del Covid-19" en MOROTE SARRIÓN, J. V. *El impacto del Covid-19 en las instituciones de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ BLANCO, A. (2010) "La delimitación del dominio público marítimo terrestre en la ley de costas. Incidencia de la legislación de puertos, de navegación marítima, de la normativa comunitaria sobre seguridad marítima, y del enjuiciamiento institucional del Estado español por el Parlamento Europeo en el informe Margrete Auken Texto Normativa aplicada Voces" en SÁNCHEZ GOYANES, E. (Coor.) *El derecho de costas en España*. La Ley, Madrid.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004) "Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias" en CHINCHILLA MARÍN C. (Coor.) *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Cívitas Ediciones, Madrid.

WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal (RI-SHUR)

VILLAR ROJAS, F.J. (2019) “El sistema de tasas portuarias” en EGUINO DE SAN ROMÁN, R. (Coor.) y FERNÁNDEZ BOZAL, P. (Dir.) *El Reglamento Europeo de Puertos y su impacto en el sector*. Editorial Atelier, Barcelona.

C. Revista:

ÁLVAREZ SUÁREZ, M. (2019) “El impacto económico de la better regulation. Un análisis para España” en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 22.

EGUINO DE SAN ROMÁN, R. (2021) “Reflexiones para una reforma de la legislación de puertos de interés general”, en *Revista de Derecho Administrativo*, nº 56.

FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, A. J. (2021) “La ruptura del equilibrio del contrato y sus correcciones”, en *Revista de Administración Pública*, nº 216.

PALOMAR OLMEDA, A. (2021) “Las modificaciones sustanciales de las concesiones de dominio público portuario en la STS de 10 de diciembre de 2020”, en *Diario La Ley*, nº 9772, Sección Doctrina, 18 de enero de 2021, Wolters Kluwer.

RIVERO YSERN, J.L. y MONTOYA MARTÍN, E. (2015) “Una nueva oportunidad para la minería metálica: la reapertura de la mina de Aznalcóllar en Sevilla”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* n.º 91.

VÉLEZ FRAGA, M. y NÄGEKE GARCÍA DE FUENTE, N. (2021) “La modificación de las concesiones portuarias ante la doctrina del Tribunal Supremo”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº 56, pp. 155-165.