

Sentencia de la Sala tercera de 26 de julio de 2021(rec.2473/2020)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.093/2021

Fecha de sentencia: 26/07/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1473/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por: CPB

Nota:

R. CASACION núm.: 1473/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1093/2021

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Segundo Menéndez Pérez, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. Fernando Román García

D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 26 de julio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 1473/2020, interpuesto por la entidad "LA SAVINA URBANA, S.L." representada por el procurador don Marcos Juan Calleja García bajo la dirección letrada de don Francisco Javier Jiménez de Cisneros Cid, contra la *sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Palma de Mallorca), con fecha 29 de enero de 2019, desestimatoria del recurso nº 337/2015*, interpuesto frente a la resolución de 2 de octubre de 2015 de la Autoridad Portuaria de Baleares aprobando la modificación del proyecto de edificio de aparcamientos para vehículos de alquiler en el puerto de la Savina de Formentera.

Se han personado como parte recurridas el **Consell Insular de Formentera**, representado por la procuradora doña Montserrat Montané Ponce, bajo la dirección del letrado don Juan Alemany Garcías, la entidad "SOVALGARAY MARÍTIMA, S.L." representada por don Agustín Sanz Arroyo y bajo la dirección letrada de don Carlos Gil de las Heras y, **el Abogado del Estado** en la representación que por su cargo ostenta.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el procedimiento ordinario núm. 337/2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, con fecha 29 de enero de 2019, dictó sentencia* cuyo fallo es del siguiente tenor:

"PRIMERO. - DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo.

SEGUNDO. - DECLARAR adecuado al ordenamiento jurídico el acto administrativo

impugnado el cual CONFIRMAMOS.

TERCERO. - Se hace una expresa imposición de costas procesales a la parte actora

con el límite de los 2.000 €; por todos los conceptos."

SEGUNDO. Contra la referida sentencia la representación procesal de LA SAVINA URBANA, S.L. preparó recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso Administrativo del *Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares se tuvo por preparado mediante auto de 11 de febrero de 2020*, que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la *Sección*

Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 11 de junio de 2020, dictó auto en cuya parte dispositiva se acuerda:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 1473/2020 preparado por la representación procesal de LA SAVINA URBANA S.L., contra la *sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, de 29 de enero de 2019* .

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si es conforme a la normativa aplicable en la materia, la aprobación- por la autoridad portuaria competente- de la modificación del proyecto correspondiente a la oferta presentada por la empresa adjudicataria de una concesión sobre el dominio público portuario, ante la imposibilidad de obtener licencia urbanística, por no ajustarse el proyecto al Plan Especial del Puerto, o es exigible, en todo caso, el otorgamiento de una nueva concesión, por vulnerarse, de otro modo, el principio de inalterabilidad de las ofertas, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, que rige en el ámbito de contratación de las Administraciones públicas.

3.º) La norma que habrá de ser objeto de interpretación es la regla 11ª de la 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, en relación con el *art. 85 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante* , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPMM), y del principio de inalterabilidad de las ofertas, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

(...)"

CUARTO. La representación procesal de LA SAVINA URBANA, S.L. interpuso recurso de casación en el que ejercitó las siguientes pretensiones:

"... la pretensión ejercida es que, con anulación de la *Sentencia núm. 34, de 29 de enero de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (recurso contencioso-administrativo núm. 337/2015)* , y sobre la base de lo previsto en el *art. 31 LJCA* , se declare no ser conforme a Derecho y se anule la Resolución dictada el día 2 de octubre de 2015 por la Autoridad Portuaria de Baleares aprobando la modificación del proyecto de edificio de aparcamientos para vehículos de alquiler en el puerto de interés general La Sabina (Formentera), declarando la caducidad de la concesión otorgada.

Todo ello como consecuencia de fijar como criterio interpretativo de los arts. 85 y 86 TRLPMM, en relación con los arts. 72.1 y 84.2 TRLPMM, y de las reglas 7ª y 11ª de la Orden FOM 398/2008, que no resulta posible modificar a través del proyecto de construcción el proyecto básico sobre el que se otorga la concesión del dominio público portuario en un proceso concurrencial, cuando el mismo resulta contrario a la ordenación urbanística aplicable, siendo lo procedente en tal supuesto declarar la caducidad de la concesión."

Y termina suplicando a la Sala "que admita este escrito y tenga por preparado el recurso de casación contra la sentencia indicada en el encabezamiento de este escrito, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante el

Tribunal Supremo y la remisión de los autos al mismo dicte sentencia (Sic)".

QUINTO. La representación procesal de SOVALGARAY MARÍTIMA, S.L. se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario mediante escrito en el que termina suplicando a la Sala que "... tenga por presentada OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto de contrario contra la *sentencia nº 34 la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de enero de 2019* , y previa la tramitación correspondientes, se desestime confirmado en todos los extremos la *sentencia nº 34 de fecha 20 de enero de 2019 de la Sala contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears* . Con expresa imposición de costas a la parte recurrente."

SEXTO. La representación procesal del Consell Insular de Formentera se opuso, asimismo, al recurso de casación mediante escrito en el que termina suplicando de la Sala que dicte sentencia "confirmando en todos sus extremos la *sentencia nº 34 de fecha 20 de enero de 2019 de la Sala contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears* ."

SÉPTIMO. La Abogacía del Estado se opuso también al recurso de casación mediante escrito en el que termina suplicando de la Sala que "dicte Sentencia con arreglo a las manifestaciones recogidas en este escrito de oposición declarando no haber lugar al recurso interpuesto y confirmando la actuación administrativa."

OCTAVO. Mediante providencia de 24 de marzo de 2021, se señaló inicialmente el presente recurso para votación y fallo el día 25 de mayo de 2021, señalamiento que, por providencia de 19 de abril de 2021, hubo de suspenderse por necesidades del servicio, señalándose nuevamente para el día 6 de julio de 2021, fecha en que tuvo lugar.

NOVENO. No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia recurrida.

La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por LA SAVINA URBANA, S.L., aquí recurrente en casación, y confirma la resolución de 2 de octubre de 2015, de la Autoridad Portuaria de Baleares por la que se acuerda la modificación de la concesión y de resolución de aprobación del proyecto constructivo modificado en relación con la concesión de un edificio para aparcamientos, locales y despachos, situado en la calzada de poniente del Puerto de La Savina de Formentera, solicitada por la mercantil SOVALGARAY MARÍTIMA, S.L.

A).- Los antecedentes necesarios para resolver el litigio son descritos así en la sentencia recurrida (FJ 2):

"1.º- El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares, resolvió en fecha 20 de septiembre de 2012, el otorgamiento de una concesión administrativa para la explotación de un edificio para aparcamientos, locales y despachos, situado en la calzada de poniente del puerto de la Savina (Formentera), referencia E.M. 672, a Sovalgaray Marítima SL.

Todo ello de acuerdo con las bases y condiciones aprobadas el 30 de junio de 2010 y publicadas que fueran en el BOIB del siguiente 25 de agosto.

Al concurso presentaron ofertas las mercantiles La Savina Urbana SL. y Sovalgaray Marítima SL. El otorgamiento, tal como hemos dicho, recayó en la segunda y fue publicada la adjudicación en el BOE de 2 de noviembre de 2012.

2.º- El 14 de diciembre de 2012 se presentó por Sovalgaray Marítima SL. - documento n.º 79 del expediente administrativo - el proyecto técnico de escombro de la edificación y el correspondiente estudio de Seguridad y Salud, así como el proyecto básico y de ejecución del edificio para aparcamientos, locales y despachos.

El 4 de julio de 2013 fue presentado el proyecto constructivo. Copia del cual fue remitido a la Dirección Técnica de Puertos del Estado el 18 de septiembre siguiente.

Unos pocos días antes, concretamente, el día 12 de septiembre de 2013, el Consejo Insular de Formentera denegó licencia urbanística para la realización de las obras del edificio objeto de concesión, pues no cumplía con lo que viene establecido en el Plan especial del Puerto de la Savina - BOIB n.º 54 de 21 de abril de 1998 -. Según la referida Administración se superaban los parámetros de edificabilidad y altura máxima.

El mencionado proyecto constructivo presentado, tal como hemos señalado, a la Autoridad Portuaria el 4 de julio, se hacía de acuerdo con el título concesional y generó discrepancias interpretativas entre ambas administraciones alrededor de las exigencias del mencionado Plan Especial - vide por ejemplo, los documentos 46, 47, 63, 104, 105, 107, 129 y 132 del expediente administrativo y del que tenemos que destacar el 105 donde el director de la Autoridad Portuaria resolvió que el proyecto constructivo cumplía con las determinaciones del Plan Especial -.

3.º- Licencia, no obstante, y al fin, otorgada el día 14 de marzo de 2014 por el plenario del Consejo Insular de Formentera aceptando un proyecto modificado que consistía, básicamente, en la reducción de la altura o número de plantas del edificio.

El 23 de mayo siguiente, se solicitó de la Autoridad Portuaria la referida modificación a los efectos de la ejecución de un nuevo proyecto según los términos indicados; es decir, eliminación de la planta controvertida y ampliación de la planta sótano - documento 137 del expediente -. Modificación que la Autoridad Portuaria admitió el día 2 de octubre de 2015, previo el oportuno informe de la Abogacía del Estado, y que es aquí la sometida a revisión jurisdiccional."

B).- El fundamento tercero de la sentencia recurrida es el que, tras estos antecedentes, da respuesta a las alegaciones de las partes en estos términos:

"A lo que se tiene que responder en 1.º lugar es a que la regla séptima de la Orden FOM/938/2008 autoriza a la Autoridad Portuaria a modificar el acuerdo de concesión cuando el proyecto de construcción altera el proyecto básico. Señala

"Las obras se realizarán con arreglo al proyecto, según el cual ha sido otorgada la concesión que, si tuviera el carácter de básico, deberá ser completado por el proyecto de construcción. [...] En el caso de que el proyecto de construcción altere el proyecto básico, la Autoridad Portuaria podrá adoptar alguna de las siguientes

decisiones: a) obligar a que el concesionario adapte el proyecto de construcción al básico en el plazo fijado al efecto; b) Modificar la concesión de acuerdo con el procedimiento legal que corresponda, salvo que afecte al principio de concurrencia en el otorgamiento de la concesión. Si el concesionario no adapta el proyecto de construcción al proyecto básico en el plazo señalado, la Autoridad Portuaria procederá a incoar expediente de caducidad de la concesión".

Regla séptima a relacionar con el 88.1 del Texto refundido de la Ley de Puertos del Estado - Real decreto legislativo 2/2011, de 5 de septiembre -:"La Autoridad Portuaria podrá autorizar a solicitud del interesado modificaciones de las condiciones de una concesión. Cuando una modificación sea sustancial, la solicitud deberá tramitarse de acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y siguientes del artículo 85 de esta ley. Si la modificación no es sustancial, requerirá únicamente informe previo del

director de la Autoridad Portuaria, que será elevado por el Presidente al Consejo de Administración para la resolución que proceda".

Aquí fue el caso, como aparece del expediente administrativo, en tesis no rebatida por la parte actora, el procedimiento seguido por la Autoridad Portuaria para otorgar

la modificación fue el de la referida norma - 85.2 del aludido Texto refundido - y se alargó en el tiempo hasta casi 17 meses.

Proyecto que supuso la sustitución, previa petición de la modificación, claro está y como hemos ido diciendo. Modificación producida a raíz, no otras razones hay, de la

diferente y contradictoria interpretación que del Plan Especial del puerto de la Sabina de Formentera efectuaron, por un lado, la Autoridad Portuaria de Baleares, y, por otro, el Consejo Insular de Formentera.

Es importante reseñar, tal como lo afirma la dirección letrada del Estado en su escrito de contestación a la demanda, que las pretensiones de la recurrente nos llevan a

una situación no deseable en Derecho; a saber, como es el hecho que se tenga que convocar, de estimarse el contencioso, un nuevo concurso con otra exigencia diferente por el que afecta a la altura y el número de plantas - dos (2) - cuando resulta que en el concurso, no recurrido por los participantes ni por el Consejo Insular de Formentera, era posible inicialmente, según el pliego de condiciones, edificar tres (3). Pliegos que ganaron firmeza y las ofertas se presentaron, se habían presentado, con la confianza legítima.

Afirmación que descabalga el alegato de la actora a que, alrededor o con la aceptación de la modificación, se vulneran los principios de libre y leal concurrencia, el derecho a la igualdad de tratamiento y no discriminación. No encontramos, en la forma en que se han desarrollado las actuaciones administrativas, ningún tipo de afección a los citados principios.

Por otro lado, no consideramos de aplicación la regla undécima de la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo, por la cual se aprobó el pliego de condiciones para el

otorgamiento de concesiones en el dominio público portuario estatal, tal como citó la parte actora, en cuanto que la denegación de licencia inicial no ganó firmeza en la medida que fue expresamente revocada antes de la finalización del plazo para impetrar recurso contra ella.

Fue más que evidente que se dio una imposibilidad material del inicio de las obras por carencia de la licencia urbanística. El proyecto, ajustado finalmente al que exigía el Plan Especial, y más restrictivo en cuanto a las posibilidades edificatorias requería, simplemente aunque fuera por la teoría del factor acti [sic]- *artículos 65 , 66 y 67 de la Ley 30/1992* - y el principio de la proporcionalidad, el mantenimiento del título concesional.

En definitiva, no había ningún tipo de impedimento jurídico para redactar un nuevo proyecto, visto que no se podían iniciar las obras de la concesión en razón de la denegación de la licencia.

Por último, nosotros, en la *sentencia n.º 339 que dictamos el día 29 de abril de 2010, en las actuaciones 895 de 2005* , señalamos, ante el supuesto de un cambio de proyecto y que esto no fuera un fraude para los otros licitadores que lo que era más relevante era la motivación - *artículo 54 de la reiterada Ley 30/1992* - que se hacía sobre la modificación. Tesis que fue ratificada por la *sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2012* .

Motivación que podía hacerse - cómo aquí es el caso - en base a los informes técnicos. Lo encontramos, ahora, con el informe técnico emitido a partir del cumplimiento del Plan Especial de la Sabina y la denegación de la licencia de obra por parte del Consejo Insular de Formentera. Vemos una transcripción de sus últimas líneas, para no hacer una cita más exhaustiva

"1. La APB, como organismo que formuló el Plan Especial, no está de acuerdo con la interpretación que hace del mismo el Consell Insular de Formentera.

2. La interpretación que hace el Consell Insular de Formentera, en cuanto a cómo se mide la edificabilidad del Plan Especial y a la altura del edificio (8 metros por un lado y planta baja más planta piso por otro), provoca que el proyecto que forma parte de la oferta que ha sido elegida como la solución más ventajosa no cumpla el Plan Especial, tal como lo interpreta la APB. La modificación del proyecto propuesta por el concesionario se realiza para adaptar el proyecto original a la interpretación del Consell Insular de Formentera con el fin de poder conseguir la licencia de obra.

3. El proyecto que forma parte de la otra oferta presentada al concurso, La Savina Urbana SL, tampoco cumple con el Plan Urbanístico, según la interpretación que hace el Consell de Formentera en cuanto a la edificabilidad y altura y/o número de plantas".

En definitiva, y como conclusión, la prueba practicada a instancia de la parte actora - visualizada por el Tribunal - no supera las trabas. Todo lo contrario, del contenido del expediente administrativo incorporado a las presentes actuaciones, así como de la prueba practicada a instancia de las otras partes se deduce la plena conformidad con el ordenamiento jurídico de la resolución administrativa recurrida; máxime, si como aquí sucede, se dispone de un expediente administrativo sumamente completo y una resolución debidamente razonada. Afirmaciones que nos llevan a la desestimación del contencioso."

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

Declara que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si es conforme a la normativa aplicable en la materia, la aprobación -por la autoridad portuaria competente- de la modificación del proyecto correspondiente a la oferta presentada por la empresa adjudicataria de una concesión sobre el dominio público portuario, ante la imposibilidad de obtener licencia urbanística, por no ajustarse el proyecto al Plan Especial del Puerto, o es exigible, en todo caso, el otorgamiento de una nueva concesión, por vulnerarse, de otro modo, el principio de inalterabilidad de las ofertas, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, que rige en el ámbito de contratación de las Administraciones públicas.

E identifica como norma que habrá de ser objeto de interpretación la regla 11ª de la 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, en relación con el *art. 85 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante*, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (TRLPE), y del principio de inalterabilidad de las ofertas, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras, si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

TERCERO. El escrito de interposición.

A).- La Sentencia de instancia infringe las determinaciones de los arts. 85, 86 y 88 TRLPE, así como las reglas 7ª y 11ª de la Orden FOM 938/2008, que regulan el otorgamiento de la concesión del dominio público portuario mediante concurso, conforme a unas bases y pliego aprobado por la Autoridad Portuaria, y las ulteriores modificaciones sustanciales de la misma, que requieren igualmente la correspondiente concurrencia pública, en relación con los arts. 72.1 y 84.2 TRLPE, normas igualmente aplicables por exigirlo así el debate trabado en el recurso.

Alega que la doctrina fijada por el Tribunal de instancia "permite modificar el proyecto originalmente seleccionado en cualquier caso, alterando la oferta inicialmente presentada y que justificó la adjudicación del concurso, si la misma no resulta ajustada a la ordenación urbanística vigente por un erróneo diseño de las bases y pliegos por parte de la Administración otorgante de la concesión. Pero esa opción de modificación sólo se ofrece al licitador seleccionado, no al resto de participantes en el concurso para el otorgamiento de la concesión.". Esta interpretación vulnera los arts. 85 y 86 TRLPMM, así como las reglas 7ª y 11ª de la Orden FOM 938/2008, al infringir los principios de inalterabilidad de las ofertas, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores, que rige en el ámbito de la adjudicación de recursos escasos, sea a través de un contrato administrativo sea a través de una concesión demanial.

Como ha precisado la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2016* (ECLI:EU:C:2016:558), las concesiones demaniales marítimo-terrestres o portuarias deben configurarse como "autorizaciones" a los efectos de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior, si se trata de la autorización para ejercer una actividad económica en una zona de dominio público, que se encuentran limitadas en número.

"se configure como una concesión demanial o como una concesión de servicios, el otorgamiento debe someterse a un procedimiento de selección entre los candidatos potenciales que debe ofrecer todas las garantías de concurrencia, imparcialidad y transparencia. Es más, en la regulación de las "concesiones demaniales" deben aplicarse los principios de la legislación de contratos del sector público "para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse" (hoy *art. 4 LCSP*), puesto que "cuando las autoridades públicas tienen la intención de adjudicar una concesión no comprendida en el ámbito de aplicación de las directivas relativas a las distintas categorías de contratos públicos, están obligadas a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado FUE y, en especial, el principio de no discriminación". Y entre esos principios básicos de los procesos contractuales en particular, y de cualquier procedimiento competitivo para la adjudicación de recursos escasos en general, la presentación de proposiciones supone, por parte del licitador, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, entre otras razones porque se trata de un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto o proyecto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa. Consecuentemente no resulta posible una ulterior modificación sustancial no prevista de la propuesta que sirve de base a la adjudicación, para ajustarla a la legalidad, porque ello implica una vulneración del principio de concurrencia, al colocar al adjudicatario en una posición de ventaja, conculcando los más elementales principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia que rigen en la adjudicación de recursos escasos. Esos mismos principios deben reconocerse en los procedimientos de adjudicación de concesiones de dominio público portuario basados en la presentación de proyectos a través de un procedimiento concurrencial."

En cualquiera de las dos alternativas, resulta imposible alterar la proposición adjudicataria de un concurso cuando ello suponga una "afectación" al principio de concurrencia.

B).- Considera que si el proyecto al que se otorga la concesión del dominio público portuario no se ajusta al planeamiento vigente, no cabe la modificación del proyecto constructivo, y de la concesión, para ajustarse a dicho planeamiento porque la concesión incurre en una causa de nulidad que debe ser acordada por la Administración a través de la declaración de caducidad regulada en las reglas 7ª y 11ª de la Orden FOM 398/2008.

Entiende que la regla 7ª de la Orden FOM 398/2008, en las dos opciones que ofrece para el supuesto de que el proyecto de construcción no se ajuste al proyecto básico (adaptar el proyecto o modificar la concesión) "sólo podrán adoptarse si el proyecto básico se ajustaba al ordenamiento urbanístico. En caso contrario, como en el supuesto presente, autorizar la modificación de la concesión supone vulnerar directamente el principio de concurrencia, ya que si las bases y el Pliego del concurso hubieran determinado como objeto de la gestión y explotación un edificio de 2 plantas, las propuestas presentada por los licitadores podrían haber sido totalmente distintas, al articularlas sobre parámetros sustancialmente diferentes, posibilitando un resultado distinto. En tal supuesto de incompatibilidad con el planeamiento urbanístico vigente, resulta de aplicación la Regla 11ª de la Orden FOM 398/2008, que prevé bien la posibilidad de renuncia del concesionario, al no poder obtener la licencia de edificación por causas no imputables al mismo (en este caso, imputables al erróneo diseño de las Bases y el Pliego por la Autoridad portuaria), bien la iniciación del procedimiento de

caducidad (extinción de los efectos de la concesión) al no poder iniciarse las obras en los plazos fijados por la concesión, dado que no puede obtenerse la licencia de obras sobre la base del proyecto que sirvió de base para otorgar la concesión. Y no resulta posible utilizar la vía de la modificación de la concesión, puesto que al tratarse de una modificación sustancial, ello implica una vulneración del principio de concurrencia e igualdad de trato de los participantes en el concurso para el otorgamiento de la concesión."

CUARTO. El escrito de oposición de SOVALGARAY MARÍTIMA, S.L.

A).- Alega que no procede declarar la caducidad de la concesión al amparo de la regla 11ª de la Orden FOM 398/2008, porque "la denegación de la licencia a mi representada no llegó a alcanzar firmeza, al ser revocada antes de la finalización del plazo del recurso contra ella y obtener mi representada una nueva licencia para la ejecución de un proyecto que evitara el citado conflicto entre Administraciones Públicas".

Tampoco comparte que la modificación llevada a cabo pueda calificarse de sustancial, por entender que ha quedado acreditado en autos lo contrario. Además, "el nuevo proyecto constructivo no desarrolla el proyecto básico presentado para la obtención de la concesión, sino que lo sustituye, previa petición de la modificación de la concesión administrativa otorgada".

Alega que la modificación de la concesión se permite por la regla 7 de la Orden FOM 398/2008 y por el *art. 88 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado*

B).- "En la interpretación de la actora, una vez otorgada la concesión de dominio público portuario con arreglo a lo previsto en el procedimiento del TRLPEMM, no cabe la ulterior modificación de la misma, pues ello supondría una vulneración de los principios de concurrencia e igualdad de trato de los participantes en el concurso seguido para el otorgamiento de la concesión. Y, en particular, cuando no se haya podido obtener la licencia urbanística exigible, ello debe dar lugar siempre y en todo caso a la caducidad de la concesión, con independencia de los motivos de denegación de tal licencia urbanística.

Tal interpretación de la actora, en su radicalidad, es especialmente perturbadora para el funcionamiento del sistema portuario español, e ignora la recta interpretación de los principios de concurrencia e igualdad de trato que informan la contratación pública, y para la explotación de los bienes de dominio público".

"Por el contrario, en la interpretación de esta parte y de la Sentencia de la Instancia, es posible la modificación de la concesión, o del proyecto a ejecutar en la concesión para adecuarlo al planeamiento urbanístico o, como es el caso, a una interpretación común y concurrente de las Administraciones Públicas con competencia sobre el proyecto a ejecutar y el espacio en que se pretende ejecutar. El parámetro para enjuiciar tal posibilidad de modificación será si con tal modificación se vulneran los principios de concurrencia competitiva y de igualdad de trato, y sin que sea admisible la denegación absoluta que siempre y en todo caso se pretende de contrario".

Considera que de conformidad con el art. 88 TRLPE, la modificación sustancial de la concesión no se encuentra proscrita, sino que se somete a un procedimiento distinto y más riguroso cuando se trata de una modificación sustancial. Esto es, la

modificación de concesiones en el dominio público portuario es posible, de acuerdo con el TRLPEMM, y con independencia de que para su otorgamiento se haya seguido un procedimiento de concurrencia competitiva, pues ésta es la regla general en el otorgamiento de tales concesiones. Ha sido la jurisprudencia interpretativa de este precepto la que ha establecido límites a la modificación de concesiones, cuando tales modificaciones afecten a los principios de concurrencia competitiva, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores.

La regla 7 de la Orden FOM 398/2008, admite la modificación de las concesiones estableciendo el límite en la no vulneración del principio de concurrencia.

Aunque considera que no se trata de una concesión para la prestación de un servicio, sino de una concesión demanial, no siendo de aplicación la *Directiva 2014/23*, esa misma Directiva permite la modificación de las concesiones que en ella se regulan (art. 43).

"En definitiva, y modo de conclusión de lo expuesto en el presente motivo de oposición, frente al criterio de la actora, que defiende la inmutabilidad de la oferta, en nuestra opinión sí cabe la modificación de concesiones en el dominio público portuario para adaptarlas al planeamiento urbanístico, con la limitación de que tal modificación no puede afectar al principio de concurrencia en el procedimiento de otorgamiento de la concesión".

Alega que la recurrente "no realiza el más mínimo esfuerzo argumental para justificar que la modificación de la concesión aprobada por la Autoridad Portuaria altera el equilibrio económico de la concesión, o el carácter global de la concesión, o se alteren condiciones esenciales de la misma", y no es una condición esencial que la altura pase de tres plantas a dos.

C).- Destaca la incorrecta formulación del suplico del escrito de interposición y, subsidiariamente, en el supuesto de que se considere integrado con la formulación de la pretensión que se contiene algunos párrafos más arriba de dicho escrito, considera que la formulación de la pretensión incurre en desviación procesal porque solicita la anulación de la resolución administrativa originariamente impugnada y que se declare la caducidad de la concesión, pretensión que no había sido articulada en la instancia.

QUINTO. Los escritos de oposición del Consell Insular de Formentera y de la Abogacía del Estado.

Tanto el Consell Insular como la Abogacía del Estado en sus respectivos escritos de oposición abundan en los argumentos contenidos en la sentencia recurrida cuya confirmación solicitan.

SEXTO. La cuestión que presenta interés casacional objetivo.

La cuestión que nos formula el auto de admisión se refiere a si es posible a la autoridad portuaria modificar el proyecto de construcción correspondiente a la oferta presentada por la empresa adjudicataria de una concesión sobre el dominio público portuario, ante la imposibilidad de obtener licencia urbanística por no ajustarse el proyecto al Plan Especial del Puerto, o si es exigible, en todo caso, el otorgamiento de una nueva concesión por vulnerarse de otro modo el principio de inalterabilidad de las ofertas, igualdad de trato y no discriminación entre licitadores que rige en el ámbito de

la contratación de las Administraciones públicas.

La respuesta a tal cuestión requiere que partamos del régimen jurídico aplicable a estas concesiones demaniales pues, como hemos recordado recientemente en *nuestra sentencia de 20 de julio de 2021, rec. 2800/2020*, (en el mismo sentido, *sentencias de 5 de julio de 2016, rec. 954/2014 FJ 5* y *de 11 de julio de 2014, rec. 5219/2011*), estas concesiones sobre el dominio público portuario, como es la de autos, no se rigen por la legislación de contratos del sector público de la que se encuentran excluidas (*arts. 4.1.o/ TR de la LCSP de 2011* y *9.1 LCSP de 2017*), sino por la propia regulación contenida en el TRLPE (*arts. 81 y ss*), *aplicándose supletoriamente la legislación sobre costas* (*art. 67.1 TRLPE*), *así como la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* (art. 84.3, de esta última norma).

Ello no obstante y hecha esta matización, en su otorgamiento -y así lo hemos recordado también en dicha *sentencia de 20 de julio de 2021* -, tanto si se sigue el procedimiento de competencia de proyectos como el de concurso seguido en este caso (art 85 TRLPE), han de respetarse los principios de publicidad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva, pues así se deriva de dicha regulación y se encuentra ínsito en el propio procedimiento de concurso aquí utilizado. Por tanto, si bien la modificación de las concesiones demaniales tiene un régimen jurídico distinto del de los contratos, en tales modificaciones debe operar como límite el principio de concurrencia que ha regido, asimismo, su otorgamiento.

Se trata de examinar entonces si la decisión adoptada en este caso por la Autoridad Portuaria de modificar la concesión (art. 88 TRLPE y regla 7ª de la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo) en el sentido de modificar el proyecto de construcción originalmente seleccionado por no ajustarse al Plan Especial del Puerto y, por esta razón, no haber obtenido licencia, respetó tales principios o, por el contrario, debió haberse iniciado el procedimiento de declaración de caducidad de la concesión al amparo del art. 98.1.a) TRLP y regla 11ª de la Orden FOM/938/2008, ante la imposibilidad de iniciarse las obras conforme al proyecto originariamente seleccionado, para que se iniciara un nuevo concurso abierto a la concurrencia competitiva.

Nuestra respuesta no puede prescindir de las concretas circunstancias del caso de autos (*art. 89.2.f) LJCA*) y, muy especialmente, que, como se desprende de cuanto se argumenta en la sentencia recurrida, la razón por la que el proyecto de construcción originariamente presentado por la adjudicataria no pudo obtener licencia no puede serle imputada.

En efecto, la sentencia recurrida considera acreditado que el proyecto de construcción originario que resultó seleccionado y que la adjudicataria presentó ante el Consell Insular para la obtención de la correspondiente licencia se ajustaba a las condiciones y bases de otorgamiento de la concesión, sin embargo, la licencia no fue concedida por entender el Consell Insular que el proyecto no se ajustaba a las determinaciones del Plan Especial del Puerto por superarse los parámetros de edificabilidad y altura (el plan limitaba a dos las alturas y el proyecto preveía, de conformidad con el título concesional, tres). Explica la sentencia que la Autoridad Portuaria y el Consell Insular mantenían opiniones discrepantes -y así queda reflejado en los autos- sobre la interpretación a este respecto del Plan Especial, prevaleciendo, lógicamente, el criterio del Consell Insular, Administración con competencias urbanísticas.

Por tanto, la razón por la que la adjudicataria no obtuvo inicialmente la licencia no le resulta imputable. El proyecto constructivo se ajustaba al título concesional y a la interpretación del Plan Especial que en él se contenía, fue la discrepancia con esta interpretación objetada por el Consell Insular la que determinó que la licencia fuera denegada, siendo ésta, en definitiva, la razón de la modificación del título concesional que aquí se impugna para adaptar sus previsiones a la interpretación del Plan Especial mantenida por el Consell Insular. La razón de la modificación de la concesión no fue, pues, el interés particular del solicitante, que vio, además, reducida la superficie y altura del edificio tal y como estaba previsto en las bases, sino la citada diferencia interpretativa entre ambas Administraciones, portuaria y urbanística, ajena al adjudicatario.

Y aún hay otro dato que interesa recordar de los hechos que la sentencia recurrida considera acreditados y es que el proyecto constructivo que había presentado la recurrente, que era la otra empresa participante en el concurso, incurría en el mismo problema que el proyecto que presentó la adjudicataria por lo que tampoco habría obtenido la licencia, siendo igualmente necesaria su modificación para obtenerla y, por tanto, la modificación de la concesión en los mismos términos, tal y como aquí ha ocurrido.

En esta tesitura, la solución adoptada en este caso, no declarar la caducidad de la concesión sino modificarla para ajustarla a la interpretación del Plan Especial efectuada por el Consell Insular con la consiguiente modificación, por esta razón, del proyecto constructivo originariamente seleccionado, debe calificarse de proporcionada y respetuosa con el principio de concurrencia competitiva. No puede olvidarse que el proyecto presentado por la recurrente, que era la otra empresa competidora en el concurso y que participó en éste en igualdad de condiciones, incurría en la misma deficiencia que el de la adjudicataria y sin olvidar, asimismo, que durante el trámite de la modificación -que siguió el previsto para las modificaciones sustanciales (art. 88.1 en relación con los apartados 2 y ss del art. 85 TRLPE) que incluye el de información pública- no se efectuaron alegaciones por terceros que hubieran invocado sus derechos de concurrencia e igualdad de oportunidades, sino únicamente por la mercantil recurrente.

La situación producida por la imposibilidad de iniciar las obras por no haberse obtenido licencia no siempre y en todo caso debe reconducirse a la caducidad de la concesión, pues entran también en juego principios tales como el de proporcionalidad o *favor acti* -destacados en la sentencia de instancia-, que pueden conducir a la subsistencia de la concesión siempre que ello responda al interés del puerto y no se afecte el principio de concurrencia, que es lo que aquí ha acontecido.

A ello responde, precisamente, la regla 7ª del Pliego de Condiciones Generales para el otorgamiento de concesiones de dominio público portuario estatal, contenido en la Orden FOM/938/2008, de 27 de marzo -conocida por todos los participantes al ser el pliego que rigió el concurso-, al permitir a la Autoridad Portuaria la subsistencia de la concesión mediante su modificación en los supuestos en los que el proyecto de construcción altere el proyecto básico, que es lo que aquí ha ocurrido, "salvo que afecte al principio de concurrencia en el otorgamiento de la concesión", límite que ha sido respetado en este caso.

SÉPTIMO. La interpretación que fija esta sentencia.

A la vista de los precedentes razonamientos, nuestra respuesta a la cuestión

en la que se apreció interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia debe ser que la situación producida por la imposibilidad de iniciar las obras por parte del adjudicatario de una concesión de dominio público portuario por no haberse obtenido licencia no siempre y en todo caso debe reconducirse a la caducidad de la concesión, pues entran también en juego principios tales como el de proporcionalidad o *favor acti* que pueden conducir a la subsistencia de la concesión siempre que ello responda al interés del puerto y no se afecte el principio de concurrencia.

OCTAVO. Aplicación de los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida se ajusta plenamente a la interpretación que acabamos de formular y, por esta razón, debe ser confirmada con la consiguiente desestimación del recurso de casación contra ella interpuesto.

NOVENO. Pronunciamiento sobre costas.

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el *art. 93.4 LJCA*, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero. Fijar como criterio interpretativo aplicable a la cuestión que precisó el auto de admisión el reflejado en el fundamento de derecho séptimo de esta sentencia.

Segundo . No haber lugar al recurso de casación interpuesto por LA SAVINA URBANA, S.L. contra la *sentencia de 29 de enero de 2019, dictada en el procedimiento ordinario núm. 337/2015, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares* .

Tercero . Sin imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.