

Foro de Actualidad

España

LA MODIFICACIÓN DE LAS CONCESIONES PORTUARIAS ANTE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Manuel Vélez Fraga y Nicolás Nägele García de Fuentes

Abogados del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, y del Área de Derecho Mercantil, respectivamente, de Uría Menéndez (Madrid)

La modificación de las concesiones portuarias ante la doctrina del Tribunal Supremo

En su sentencia n.º 1692/2020, de 10 de diciembre de 2020, el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia sobre los límites a la modificación sustancial de las concesiones portuarias. A la vista de esta resolución, este foro de actualidad realiza una primera aproximación al régimen jurídico de esta figura y presta una especial atención a las conclusiones y principios alcanzados por el Tribunal Supremo. En la doctrina establecida en esa sentencia destaca la consideración del régimen de modificación de las concesiones como una materia singular dentro del derecho propio de los puertos españoles, no regida exactamente por los mismos principios y reglas que los que puedan aplicarse en materia de contratación pública. Así, su objeto puede ser modificado siempre que la concesión modificada no deje de ser “reconocible” en comparación con la concesión que fue adjudicada en origen.

PALABRAS CLAVE:

DERECHO PORTUARIO, CONCESIÓN PORTUARIA, MODIFICACIÓN SUSTANCIAL.

Modification Of Port Concessions In The Light Of The Supreme Court's Doctrine

Supreme Court judgment no. 1692/2020 of 10 December 2020 has set a precedent on the limits to substantial modifications of port concessions. This paper takes a first glance at this figure's regulation taking into consideration the Supreme Court's conclusions and principles. This precedent confirms the singularity of the concession modification regulation established in the Spanish ports law, as it is not governed by the same rules and prin-

ciples as public contracting regulations. In fact, the purpose of a concession can be modified if, following the modification, it is still “recognisable” as compared to the originally awarded concession.

KEY WORDS:

PORTS LAW, PORT CONCESSION, SUBSTANTIAL MODIFICATION.

FECHA DE RECEPCIÓN: 8-7-2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-7-2021

Vélez Fraga, Manuel; Nägele García de Fuentes, Nicolás (2021). La modificación de las concesiones portuarias ante la doctrina del Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 56, pp. 155-165 (ISSN: 1578-956X).

1. Introducción

El pasado 10 de diciembre de 2020, el Tribunal Supremo dictó la sentencia n.º 1692/2020 por la que sienta jurisprudencia sobre una cuestión no siempre sencilla, como es la modificación sustancial del objeto de las concesiones portuarias.

El Tribunal Supremo confirma así que estas modificaciones están permitidas y expresamente reconocidas en el artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (el “TRLPEMM”).

El Alto Tribunal también aclara que el TRLPEMM no puede amparar un uso abusivo o fraudulento de la figura de la modificación concesional. Por consiguiente, esta facultad no es ilimitada, y fija como límite material para su validez que la concesión resultante de la modificación sea “reconocible” (es decir, que en la concesión modificada pueda reconocerse aquella que fue adjudicada en un primer momento). Este término —*concesión reconocible*— es novedoso y no está exento de dudas interpretativas sobre las que volveremos más adelante.

A la vista de la trascendencia jurídica y práctica de la sentencia, hemos considerado de interés realizar esta breve aproximación al instrumento jurídico de la modificación. Para ello, prestaremos especial atención a la jurisprudencia reciente en la materia.

2. Particularidades del régimen jurídico aplicable a las modificaciones de las concesiones portuarias

Las concesiones portuarias se configuran como el título administrativo a través del cual la Administración concede —salvo previsión expresa en contrario en los pliegos— el uso privativo del dominio público portuario y permite su ocupación con obras o instalaciones no desmontables o usos por plazo superior a tres años.

La concesión se otorga para un fin preestablecido en los pliegos. Sin embargo, cómo se desarrolla esa actividad viene determinado de forma independiente en el propio TRLPEMM y, a tal efecto, es preceptiva una licencia de servicios portuarios o una autorización de servicios comerciales (si

bien, documentalmente, las condiciones de la ocupación y actividad pueden estar recogidas en un mismo título *ex* artículos 81.4 y 139.3 TRLPEMM).

La concesión portuaria no es un fin en sí mismo bajo el que se percibe una remuneración, sino el medio para que un operador desarrolle su actividad en un sector regulado, pero abierto a la competencia. Su propósito principal no es conferir a un particular la gestión de un servicio público, la construcción de una obra pública, la prestación de un servicio o el suministro de un bien a la Administración. No estamos, por tanto, ante concesiones de servicios entendidas en el sentido de la legislación sobre contratación del sector público.

En línea con lo anterior, la concesión portuaria se rige por el TRLPEMM y, supletoriamente, por la legislación de costas y de patrimonio de las Administraciones públicas.

En esta misma línea, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("LCSP") no resulta de aplicación. Como reconocen los artículos 4 y 9.1 de la LCSP, las concesiones demaniales se regulan por su normativa especial. Se acudirá a los principios de la LCSP solo para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

La regulación de las concesiones portuarias también queda fuera del ámbito armonizador de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (la "Directiva 2014/23"), como indica con claridad su considerando 15.

En esos mismos términos se manifestó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") en su sentencia de 14 de julio de 2016 (asuntos acumulados C-458/14 y C-67/15). El TJUE analizó la conformidad al derecho de la Unión de la normativa italiana que había establecido una prórroga automática a la fecha de vencimiento de concesiones de dominio público marítimo, lacustre y fluvial de relevancia económica.

En lo que aquí interesa (y sin perjuicio de otras cuestiones relevantes que plantea la sentencia), el TJUE niega que las concesiones controvertidas en aquel litigio pudieran constituir concesiones de servicios públicos y quedar sometidas, en cuanto tales, a la Directiva 2014/23 (lo que les impondría también un régimen de modificación determinado). En palabras de la citada resolución, las concesiones "*no se refieren a una prestación de servicios determinada por la entidad adjudicadora, sino a la autorización para ejercer una actividad económica en una zona de dominio público*", por lo que quedan excluidas de su ámbito de aplicación.

Esta precisión en cuanto a la autonomía del régimen jurídico de las concesiones portuarias frente a la regulación de contratación pública es determinante. Y ello porque existe una tendencia a acudir a los principios de la LCSP con cierto automatismo, cuando no siempre estamos ante regímenes equiparables. En el aspecto que es objeto de este foro, esa diferencia se expresa con claridad. Los requisitos exigidos para modificar un contrato administrativo (incluyendo las concesiones de servicio público) no coinciden con los exigidos para modificar una concesión demanial. Como veremos, el artículo 88 TRLPEMM admite expresamente la posibilidad de realizar modificaciones sustanciales, mientras que la LCSP las restringe a una serie de supuestos tasados.

3. La modificación de la concesión portuaria

3.1. Concepto y clases de modificaciones

Los términos que rigen el ejercicio del derecho a ocupar el dominio público se prevén en el título concesional y tienen una vocación de permanencia durante su vigencia. Sin embargo, estos términos iniciales pueden ser insuficientes si se piensa en el devenir de cualquier relación a largo plazo.

No es posible prever o, simplemente, regular las consecuencias de cada contingencia o situación que pueda darse durante la vida concesional. Esto es, pueden darse situaciones en las que la regulación inicial de la concesión resulte insatisfactoria para las partes (Administración concedente y concesionario).

Piénsese, a título de ejemplo, en la incorporación de nuevas actividades (pesaje de contenedores), nuevas inversiones (recrecimientos o automatizaciones), el incremento de la eslora máxima permitida en una terminal (imprescindible en un entorno con buques cada vez de mayor tamaño) o la fórmula de cálculo de la tasa de ocupación o actividad.

En estos y otros muchos supuestos, puede resultar precisa la adaptación de esos términos iniciales. El TRLPEMM no fue ajeno a esta realidad y previó, al efecto, dos procedimientos: la revisión y la modificación.

Mediante la revisión, la autoridad portuaria adapta el título concesional de oficio o a instancia del interesado en cinco supuestos tasados de interés público (artículos 89.c, d y e TRLPEMM) o por causas sobrevenidas y de fuerza mayor (artículos 89.a y b TRLPEMM). Esta revisión tiene carácter reglado si concurre alguna de esas cinco circunstancias.

La modificación, por su parte, atiende a razones tanto de necesidad como de "oportunidad", tiene carácter discrecional y, a fin de proteger al concesionario de una eventual acción unilateral de la Administración, el consentimiento del concesionario constituye un requisito esencial.

La modificación queda regulada en el artículo 88 del TRLPEMM, que a su vez encuentra su origen en el artículo 113 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general (la "Ley 48/2003"). La redacción de este precepto ha permanecido inalterada desde entonces.

Así, el artículo 88 del TRLPEMM distingue entre dos tipos de posibles modificaciones: sustanciales y no sustanciales. Según el artículo 88.2 TRLPEMM, solo las siguientes tienen carácter sustancial:

- i. La modificación del objeto concesional.
- ii. La ampliación de la superficie en más de un 10 % de la fijada en el acta de reconocimiento. A estos efectos, es importante destacar que únicamente será admisible la ampliación de la superficie con bienes de dominio público colindantes a los concedidos.

- iii. La ampliación del volumen o superficie construida e inicialmente autorizada en más de un 10 %.
- iv. La ampliación del plazo concesional, en los supuestos establecidos en las letras b) y c) del artículo 82.2 TRLPEMM.
- v. La modificación de la ubicación del objeto concesional.

En el cómputo de esos límites, se tendrán en cuenta los valores acumulados de modificaciones anteriores.

El legislador optó, por tanto, por una lista cerrada de cinco modificaciones sustanciales enumeradas en el artículo 88.2 TRLPEMM. *A sensu contrario*, será no sustancial toda alteración del título concesional que no se ajuste a alguno de esos cinco supuestos.

Según la exposición de motivos de la Ley 48/2003, se procuró con ello evitar la inseguridad jurídica existente hasta esa fecha, ya que el carácter sustancial no venía definido ni en la normativa de puertos ni en la de costas.

3.2. El procedimiento aplicable

La diferencia práctica entre los dos tipos de modificaciones es el procedimiento a seguir. Ambas se inician a solicitud del interesado, si bien, a continuación, difieren en las formalidades y garantías frente a terceros.

Los cambios no sustanciales se sujetan a un procedimiento simplificado. Para su aprobación, se exige un informe previo del director de la autoridad portuaria, que será elevado por el presidente al consejo de administración para que adopte la resolución que entienda procedente. Aunque no se realice una mención expresa, entendemos que es imprescindible la aceptación del texto definitivo por el concesionario.

Por su parte, en el caso de una modificación sustancial, la autoridad portuaria debe cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 85.2 y siguientes del TRLPEMM. Se trata de un procedimiento agravado que coincide con el previsto para el otorgamiento de una nueva concesión, con la única salvedad del trámite de concurrencia. Como es lógico, se excluye esta fase competitiva en la medida en que, por definición, la modificación recae sobre una concesión ya otorgada y con su respectivo titular.

En esencia, este procedimiento incluye: (i) la confrontación de la solicitud del concesionario sobre el terreno y espacio de agua con el fin de determinar su adecuación y viabilidad; (ii) un trámite de información pública durante un plazo no inferior a veinte días; (iii) los informes y evaluaciones que correspondan, tales como informes de la administración urbanística o de Puertos del Estado o la evaluación de impacto ambiental; (iv) el informe del director de la Autoridad Portuaria en el que se analice la procedencia de la solicitud; (v) en caso de ser favorable, la fijación por el director de los términos de la modificación, que serán notificados al concesionario para su aceptación; (vi) la elevación de la propuesta por el presidente de la autoridad portuaria para su aprobación, en

su caso, por el consejo de administración; (vii) si el consejo incorporase algún cambio a las condiciones, la nueva aceptación de estos nuevos términos por el concesionario; y (viii), finalmente, la publicación del acuerdo en el *BOE*.

Cabe destacar que la necesidad de que concurra el consentimiento del concesionario se proyecta a lo largo de todo el procedimiento. El procedimiento de modificación se inicia a petición del concesionario, y si, por alguna razón, se incoase por la autoridad portuaria, el concesionario debería aceptar su tramitación de manera tácita o expresa (STS de 10 de diciembre de 2020; Rec. 7155/2018).

El concesionario también ha de aceptar las condiciones fijadas por el director de la autoridad portuaria y, en el caso de que el consejo de administración variase alguna de esas condiciones, estas deberán remitirse de nuevo al concesionario para su visto bueno. Es decir, el concesionario ha de dar su aprobación a la versión definitiva del acuerdo de modificación.

El consentimiento, por tanto, se configura como uno de los elementos esenciales a fin de proteger al concesionario de cualquier cambio unilateral por la Administración.

3.3. Los objetivos del régimen de modificación sustancial

Puede concluirse de lo expuesto que el legislador ha previsto expresamente en el TRLPEMM un reconocimiento de las modificaciones sustanciales, por lo que esa categoría ha de considerarse clara y abiertamente permitida. Están definidas en el artículo 88 TRLPEMM y tienen un procedimiento agravado o reforzado para su tramitación de conformidad con los artículos 85.2 y ss. TRLPEMM.

Además, se observan importantes diferencias con respecto a la LCSP. En primer lugar, la LCSP emplea un término jurídico indeterminado para definir las modificaciones sustanciales, en línea con la normativa de la UE y la jurisprudencia del TJUE.

El artículo 205 de la LCSP califica de “sustancial” todo cambio que tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. Entiende, en cualquier caso, que estaríamos ante una alteración de tales características cuando:

- i. se introduzcan condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de otro candidato o la aceptación de una oferta distinta, o habrían atraído a más participantes al procedimiento de concurrencia (test de licitación);
- ii. se altere el equilibrio económico en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial (test de equilibrio); o
- iii. se amplíe de modo importante el ámbito del contrato (test de objeto).

En segundo lugar, el TRLPEMM permite tanto las modificaciones sustanciales como las menores. Por su parte, la LCSP proscribire toda modificación de los contratos, salvo que estuviese reconocida en los pliegos de condiciones particulares en el momento de la licitación, de conformidad con el

artículo 204 de la LCSP, o que traiga causa de una de las tres circunstancias definidas en el artículo 205 de la LCSP, esto es, prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles o modificaciones no sustanciales.

En tercer lugar, el TRLPEMM solo sujeta la variación de la concesión a la tramitación, según el caso, de un procedimiento simplificado o agravado. En la LCSP, cada una de las causas que permitirían una modificación está, a su vez, condicionada al cumplimiento de un número significativo de requisitos materiales y formales.

Se trata de tres diferencias manifiestas y relevantes que evidencian que los objetivos perseguidos por la LCSP y el TRLPEMM no son siempre los mismos y justifican una especial prudencia en caso de extender los principios de la LCSP al régimen de utilización del dominio público portuario.

En este sentido, el mecanismo de modificación reconocido en el artículo 88 TRLPEMM encuentra un acomodo natural y es consistente con los objetivos que inspiran el modelo de gestión del dominio público portuario.

Este modelo está orientado a promover e incrementar la inversión privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de servicios a través de las concesiones (art. 66.1 TRLPEMM). Tal gestión de la infraestructura ha de ser llevada a cabo por las autoridades portuarias siguiendo criterios de rentabilidad y eficiencia (art. 66.3 TRLPEMM).

La inversión privada no es el objetivo en sí, sino el medio para mejorar la competitividad de nuestros puertos y la capacidad de inversión en las infraestructuras, en un entorno cambiante y expuesto a competencia nacional e internacional. Se busca, en síntesis, garantizar unos servicios portuarios competitivos, de calidad y eficaces (como se deduce del exponendo primero del TRLPEMM).

En la consecución de estos objetivos, cabe tener en cuenta que tanto inversiones como tráficos son difíciles de captar y fáciles de perder debido a la competencia actual.

No es inusual encontrar concursos con una o dos propuestas (o, directamente, no se convoca ante la falta de interés). De hecho, y frente a otros sectores, puede verse una competencia entre puertos por captar las inversiones, sin que sea excepcional que las autoridades portuarias realicen presentaciones (*roadshows*) a potenciales operadores antes de convocar los concursos relativos a concesiones estratégicas.

Una vez otorgada la concesión, el adjudicatario (nuevo concesionario) debe iniciar la no siempre fácil tarea de captar tráficos y negocio. Podemos citar, a título de ejemplo, la competencia entre las terminales de cruceros en el Mediterráneo español, o las terminales de contenedores españolas e internacionales.

En este contexto, no puede obviarse que un mecanismo rígido dificultaría o, incluso, impediría la necesaria adaptación de la concesión a una realidad económica, operativa y tecnológica cambiante.

Esa rigidez podría también reducir el atractivo económico de nuestros puertos y, por consiguiente, el número de licitantes, máxime cuando, en las concesiones estratégicas, el eventual concesiona-

rio acomete unas inversiones que debe amortizar en el largo plazo sin un derecho de reequilibrio económico y debe alcanzar una actividad o tráficos mínimos (art. 73.5 y 87.1.j TRLPEMM). Además, la importante competencia posterior ayuda, en teoría, a garantizar una adecuada calidad en la prestación de los servicios portuarios.

Y, por otro lado, el reducido número de licitantes diluye la importancia relativa del carácter transversal de los principios licitatorios (igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia). Recordemos que estos principios se configuran como auténticos límites a la modificación contractual en la LCSP, debiéndose valorar si tal alteración podría haber alterado el resultado del trámite de concurrencia (ver Codina García-Andrade, x., *La modificación de los contratos del sector público*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2019, p. 35 y ss.). Por consiguiente, cuanto menor es el número de licitantes, menor es también la posibilidad de influir en el concurso.

En definitiva, restringir o imposibilitar la adaptación de los términos concesionales a la evolución económica, operativa o tecnológica podría tener un coste especialmente gravoso en el sector portuario.

En una ponderación de intereses, el legislador habría concedido un mayor peso a los objetivos perseguidos por el TRLPEMM (competitividad y atracción de inversiones) frente a otros principios. Esta ponderación tendría como resultado un régimen de modificación más flexible que el previsto en otros sectores del ordenamiento, como la LCSP.

4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la conformidad a derecho de este procedimiento de modificación sustancial; en ambos casos, con respecto al objeto concesional.

De esta forma, ha aclarado algunos de los interrogantes que presentaba el TRLPEMM y acotado los límites formales y materiales de un instrumento de gran importancia práctica. Se facilita así la valoración *ex ante* de la eventual validez o no de una modificación por incumplir algún trámite esencial o por constituir, en realidad, una nueva concesión.

4.1. Obligación de identificar la causa del procedimiento de modificación

La primera sentencia relevante fue dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo el 18 de diciembre de 2012 (Rec. 3525/2010. Ponente: Excmo. Sr. Nicolás Maurandi Guillén). En esta ocasión, se analizó una alteración del objeto en la que se había añadido una actividad que no figuraba en el título concesional en el momento de su otorgamiento.

El Alto Tribunal declaró la nulidad del acuerdo debido a que *“se ha tramitado formalmente por una causa distinta a la del cambio de objeto, cual ha sido la concerniente a la ampliación de la superficie construida con la nueva finalidad de albergar una planta industrial de biodiésel [la tramitación se hizo al amparo del artículo 113.2.c) de la Ley 48/2003, esto es, la ampliación de superficie]; y, constando que la cesión tenía por objeto otorgar un nuevo uso a la superficie construida, consistente*

en el establecimiento de una planta de biodiésel, ese nuevo uso exigía que el procedimiento tramitado hubiese sido amparado, desde su incoación y durante su desarrollo, mediante la invocación de la modificación del objeto de la concesión prevista en el punto a) del artículo 113.2.a) de dicha ley”.

Es decir, no es suficiente cumplir con los requisitos formales exigidos por el TRLPEMM, sino que, además, el procedimiento ha de tener una o varias finalidades claras y ciertas desde el inicio. En palabras del Tribunal Supremo, *“al conjunto de trámites que conforman el procedimiento administrativo no le es ajena la causa que haya motivado su incoación”.*

En nuestro entendimiento, la Sala admitió la posibilidad de modificar el objeto de la concesión (alterando el original) siempre que se sustanciase el procedimiento legalmente previsto y que su finalidad estuviese identificada de manera correcta desde su incoación y durante su desarrollo [FD 5.º].

4.2. La “reconocibilidad” de la concesión resultante como límite material

Ahora, en su sentencia de 10 de diciembre de 2020 (Rec. 7155/2018. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde), el Tribunal Supremo ha entrado a valorar los límites materiales de la modificación sustancial.

En el supuesto de autos, la autoridad portuaria incorporó una disposición aclaratoria al objeto concesional, modificándolo. La concesión afectada estaba dedicada preferentemente a terminales de graneles, actividades químico-logísticas y servicios especiales, pero mediante la disposición aclaratoria se incorporó al objeto una lista de actividades permitidas, entre las que se encontraba el *“tratamiento de residuos”* [FD 2.º].

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia núm. 391/2018, de 11 de mayo, reconoce que la autoridad portuaria había seguido todas las formalidades enumeradas en el artículo 85.2 del TRLPEMM, al que se remite el artículo 88. Y, sin embargo, el Tribunal de instancia declaró nulo el inciso *“tratamiento de residuos”* al no estar permitido incluir esa actividad *“en atención al objeto de la misma recogido en el momento de su otorgamiento”* [FD 3.º].

Se infiere que el Tribunal Superior de Justicia acudió a los principios ordenadores de la normativa de contratos del sector público, que son más restrictivos, obviando el carácter autónomo y completo del artículo 88 TRLPEMM. En consecuencia, el tribunal de instancia concluyó que, al tratarse de una modificación que, conforme a los estándares de la LCSP, sería sustancial, se estaba ante una verdadera concesión nueva que requería la convocatoria del correspondiente concurso público.

Esta resolución fue recurrida ante el Tribunal Supremo, el cual, mediante auto de 24 de enero de 2020, consideró que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en determinar si la inclusión de una nueva actividad en el objeto de una concesión, no contenida en el pliego, exigía el otorgamiento de una nueva concesión o debía considerarse una modificación sustancial amparada por el régimen propio de la legislación de puertos.

En su sentencia de 10 de diciembre de 2020, el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia de instancia, en esencia, sobre la base de la siguiente consideración: *“Frente a ello, debemos señalar que*

el concepto de “modificación sustancial” es muy amplio, pues el artículo 88 del TRLPEMM considera que por tal procedimiento puede modificarse el objeto de la concesión, la superficie de la misma, el volumen o superficie construida, el plazo de la concesión, o, en fin, la ubicación de la misma. Es cierto que el legislador —al describir con amplitud y precisión, como modificables, tales aspectos de la concesión— ha pretendido flexibilizar el cambio de objeto y características esenciales de la misma, pero, también es cierto que tal descripción de parámetros objetivos de la concesión implican un límite a la modificación sustancial que habrá de situarse en aquellos supuestos en los que la misma implique una transformación, desvinculación o mutación absoluta de la concesión, de tal forma que la haga irreconocible en comparación con la inicialmente otorgada” [FD 4.º].

Es indicativo cómo el Tribunal Supremo no realiza ninguna alusión a la normativa de contratación pública, lo que, en nuestra opinión, evidencia el carácter autónomo de esta regulación especial. En consecuencia, la modificación sustancial de los términos de una concesión portuaria está permitida y expresamente reconocida en el artículo 88 TRLPEMM, sujeto al cumplimiento de los trámites del artículo 85.2 y ss.

Lógicamente, los términos resultantes serán diferentes al original, pero las autoridades portuarias tampoco tienen una facultad incondicionada e ilimitada para variar el título concesional. Además de los trámites procedimentales, las autoridades portuarias han de respetar un requisito material, de manera que sería contraria a derecho una modificación que *“implique una transformación, desvinculación o mutación absoluta de la concesión de tal forma que la haga irreconocible en comparación con la inicialmente otorgada”* [FD 4.º].

El límite, por tanto, no estaría ya en la “esencialidad” de los términos alterados o la “sustancialidad” de la modificación (puesto que está permitida), sino en si la concesión resultante es o no “reconocible” (es decir, si es la misma). Salvo error, este término no habría sido utilizado por el Tribunal Supremo con anterioridad, lo que dificulta su interpretación.

En este ejercicio interpretativo, cabe apuntar que existe un elemento común entre la “reconocibilidad” de la normativa portuaria y la “sustancialidad” de la contractual. Ambos buscan objetivar cuándo se realiza un uso fraudulento o abusivo de modo que, bajo la apariencia de una modificación, se esté ocultando el otorgamiento de una verdadera concesión nueva; si bien cada uno está sujeto a sus propios límites y requisitos.

Un supuesto evidente y extremo constituiría una sustitución completa del objeto, como fue el caso en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1983 (RJ\1983\5307. Ponente: Sr. José Garralda Valcárcel). El Alto Tribunal concluyó que el cambio de aprovechamiento en una concesión destinada a tendaderos de redes y naves para útiles de pesca, a una planta industrial de reparaciones mecánicas y eléctricas en general, implicaba una nueva concesión. En otras palabras, modificar no es sinónimo de sustituir.

5. Consideraciones finales

La práctica es, sin embargo, mucho más rica y compleja, por lo que a buen seguro Administración y concesionarios se encontrarán ante supuestos menos evidentes. Deberá valorarse entonces si, tras una eventual modificación, una concesión puede dejar de ser o no reconocible en atención a la naturaleza y entidad de los cambios introducidos.

Se trata de una valoración de un eminente carácter casuístico, para lo que interesa dejar apuntadas unas primeras consideraciones generales:

- i. El propio Tribunal Supremo reconoce la gran amplitud del artículo 88 del TRLPEMM con la finalidad de flexibilizar el cambio de su objeto y otras características esenciales [FD 4.^º]. Por consiguiente, podría utilizarse como referencia la normativa de contratación pública, no por resultar subsidiariamente aplicable, sino en la medida en que prevé un régimen jurídico más restrictivo.

De esta forma, si una determinada modificación portuaria cumple con los parámetros “materiales” establecidos por la LCSP o la normativa comunitaria de contratación pública, entonces puede razonablemente concluirse que tal alteración dará como resultado una concesión “reconocible”, y será, por tanto, válida.

- ii. Ahora bien, el TRLPEMM permite ir más allá. De hecho, puede decirse que el Tribunal Supremo opta por una interpretación amplia del término “reconocible”, ya que fija el límite en que la modificación no “implique una transformación, desvinculación o mutación absoluta”. Es decir, parece que la transformación, desvinculación o mutación del objeto concesional ha de ser, al menos, relativamente evidente (“absoluta”).
- iii. El Tribunal concluye que la modificación del caso de autos es conforme a derecho en la medida en que no constituye “una desconexión o desvinculación del objeto inicial de la misma” [FD 5.^º].

La modificación requiere, pues, de una cierta preservación del objeto inicial, sin perjuicio de poder incorporar actividades conectadas o vinculadas a la principal, como pudieran serlo los servicios complementarios o suplementarios.

También confirmaría el hecho de que las modificaciones pueden atender tanto a meras razones de oportunidad —como es el caso— como a aquellas necesarias para cumplir con la finalidad de la concesión portuaria. Efectivamente, la inclusión de una planta de tratamiento no era imprescindible para asegurar la consecución del objeto concesional, si bien sería de interés general que albergase esa planta como se expone con cierto detalle en la propia sentencia.

- iv. Aunque la sentencia no indique nada al respecto, deberán tenerse en cuenta las posibles limitaciones derivadas de la normativa de la Unión que resulten de aplicación y, en defecto de una disposición específica, las normas fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.