

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE LA LEY DE COSTAS Y EL DERECHO DE PREFERENCIA PARA SU OTORGAMIENTO

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF*

EXTRACTO

El presente supuesto práctico gira en torno a un recurso contencioso-administrativo planteado por una persona, que se encontraba en lista de espera para ser adjudicataria de un chiringuito al lado del mar, contra la disposición transitoria vigesimosexta del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas. En dicha disposición se estableció un régimen preferente para las ocupaciones procedentes de títulos extinguidos o en tramitación. Fundamenta su recurso en que, esta preferencia, vulnera los principios informadores de la contratación administrativa; supone la concesión de una prórroga no ajustada a derecho vulnerándose con ello diversos artículos de la Ley de Costas y la vulneración de principios constitucionales. Iniciado el proceso contencioso-administrativo se plantean cuestiones jurídicas sobre: el inicio del mismo por demanda directamente; la legitimación para intervenir en el mismo; la cuantía de dicho proceso y el ajuste a derecho de adoptar la medida provisional solicitada por la demandante consistente en la suspensión de dicha disposición transitoria recurrida, mientras se tramita el referido proceso contencioso-administrativo.

Palabras clave: dominio público marítimo-terrestre, concesión administrativa, derecho de preferencia para su otorgamiento, principio de jerarquía normativa y principio de igualdad.

Fecha de entrada: 04-06-2017 / Fecha de aceptación: 21-06-2017

ENUNCIADO

El Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas contiene la siguiente disposición transitoria vigesimosexta que dice literalmente:

«Disposición transitoria vigesimosexta. Ocupaciones existentes procedentes de títulos extinguidos o en tramitación.

1. Los ocupantes de terrenos de dominio público marítimo-terrestre destinados a las actividades o instalaciones a las que se refiere el artículo 61.2 de este reglamento, cuya concesión se hubiera extinguido por el vencimiento del plazo para el que se hubiera otorgado, o estuviera en tramitación, que a la entrada en vigor de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, mantuvieran su actividad o instalación abierta, tendrán preferencia para obtener la correspondiente concesión siempre que la soliciten en los seis meses siguientes a la entrada en vigor de este reglamento.

El procedimiento para tramitar esta solicitud será el previsto con carácter general en este reglamento para el otorgamiento de concesiones.

Las condiciones de la ocupación deberán adaptarse a las prescripciones de este reglamento en el primer tercio del plazo por el que se otorgue la concesión. Si transcurrido este plazo no se hubiera procedido a la adaptación la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar acordará la caducidad del título.

2. Las instalaciones expendedoras de comidas y bebidas que se hubieran ubicado en tramos naturales de playas, con superficies superiores a las recogidas en el artículo 68 de este reglamento, previo el otorgamiento del correspondiente título administrativo, y hayan desempeñado su actividad hasta, al menos, un año antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, podrán ser objeto de concesión por un plazo de cuatro años, con las superficies que les fueron reconocidas, y dentro de los límites del presente reglamento, siempre que se justifique la necesidad por razones de servicio público y no se produzcan daños al dominio público marítimo-terrestre, para lo que se podrán establecer en el correspondiente título las condiciones adicionales que resulten necesarias. Transcurrido dicho plazo se podrán otorgar nuevas concesiones, por el mismo plazo, y con los mismos requisitos.

3. Las instalaciones existentes destinadas a actividades deportivas de carácter náutico federado se podrán acoger a lo dispuesto en el apartado 1, cumpliendo con los siguientes requisitos:

a) La solicitud de título administrativo deberá ir acompañada de informe de la Federación correspondiente. El informe deberá pronunciarse sobre la dimensión de las instalaciones fijas y, en su caso, la zona de varada.

b) En la tramitación se solicitará informe del órgano competente de la Administración autonómica y, en su caso, de la Autoridad Portuaria correspondiente, que deberán pronunciarse expresamente sobre la posible incidencia con el funcionamiento

de puertos deportivos o de otras instalaciones de carácter náutico de su competencia. Si en el plazo de un mes no se emite informe, este se entenderá favorable.

c) De conllevar la actividad náutica deportiva el lanzamiento o varada de embarcaciones, deberá dejarse libre permanentemente una franja de 15 metros, como mínimo, desde la orilla en pleamar. Excepcionalmente, en casos debidamente justificados por la configuración de la costa, esta distancia mínima podrá reducirse hasta los 6 metros. Además, deberá hacerse a través de canales debidamente señalizados situados en las proximidades. De no existir canales debidamente autorizados en las proximidades, el proyecto deberá contemplar el canal correspondiente. Las características técnicas y ubicación del mismo deberán ser informadas favorablemente por Puertos del Estado, previamente a su instalación».

Doña Tatiana, que se encontraba en lista de espera para ocupar un chiringuito desde hacía varios años, interpone el oportuno recurso contencioso-administrativo, que inició directamente por demanda, solicitando se dicte sentencia por la que se declare no ajustada a derecho la resolución recurrida, es decir, la referida disposición transitoria vigesimosexta, procediendo a la revocación y anulación de la misma, dejándola sin efecto y expulsándola del ordenamiento jurídico y decretando al tiempo la nulidad de cuantas prórrogas hayan sido concedidas en aplicación de la disposición transitoria recurrida.

Igualmente solicitó la inaplicación de la disposición impugnada mientras se tramitaba el procedimiento.

La pretensión anulatoria de la disposición transitoria vigesimosexta, la funda sobre el reconocimiento del derecho de preferencia que dicha disposición transitoria reconoce a favor de los actuales ocupantes de terrenos de dominio público marítimo-terrestre con títulos habilitantes extinguidos o en curso de tramitación. Se afirma así, que ello:

1. Supone la infracción de principios de la contratación administrativa, pues conlleva la concesión encubierta de una prórroga,
2. La infracción de los artículos 75.1 y 81 de la Ley de Costas pues supone, además, que dicha prórroga se concede a quien carece de un derecho vigente y cuando no puede prorrogarse lo que se ha extinguido. Dichos artículos de la Ley de Costas señalan: «La Administración podrá convocar concursos para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre. En dichos procedimientos se respetarán los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva». Y del artículo 81.1 que asimismo establece: «El plazo de vencimiento será improrrogable, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contrario». Por otra parte, el apartado segundo de este mismo precepto obliga a la recuperación inmediata de las concesiones extinguidas: «2. A la extinción de la autorización o concesión, la Administración del Estado, sin más trámite, tomará posesión de las instalaciones pudiendo obtener de las Empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telefonía la suspensión del suministro».
3. Y supone también, en los términos en que la disposición transitoria vigesimosexta está redactada, que la preferencia que establece es contraria a principios constitucionales.

4. Igualmente se solicita la nulidad de las prórrogas concedidas al amparo de la disposición cuya anulación se pide.

Como datos de interés para resolver las distintas cuestiones planteadas, es de significar:

1. Que tras la reforma de la Ley de Costas en 2013 la duración de las concesiones se ha extendido a un máximo de 75 años (art. 66).
2. Que la Ley de Costas nada dice sobre lo que señala la disposición transitoria impugnada.

Enterada la Junta de Andalucía del procedimiento solicita, a través de su letrado, se la tenga por parte en el proceso.

Admitido y tramitado el recurso y redactada la demanda, se da traslado al Abogado del Estado, que representa y defiende a la Administración General del Estado para que conteste a la misma señalando:

- a) Como motivo de inadmisión:

En su escrito de contestación a la demanda, el Abogado del Estado interesa ante todo la inadmisibilidad del recurso, por falta de legitimación activa, al entender que la parte actora no ha justificado que ostente un derecho o interés legítimo para recurrir el reglamento, pues es un interés potencial.

- b) Respecto del fondo del asunto:

Sostiene que lo que otorga la disposición transitoria impugnada no es la prórroga de una concesión existente, sino una nueva concesión y que no hay arbitrariedad ni la disposición transitoria impugnada adolece de falta de justificación, porque ha de partirse de la circunstancia de que los terrenos de dominio público marítimo-terrestre que resultan concernidos se encuentran ocupados en la actualidad y disponen de actividades o instalaciones abiertas. Por otro lado, se opone a la pretensión respecto al fondo del asunto.

Cuestiones planteadas:

1. Comente la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por el Abogado del Estado.
2. ¿A qué principios constitucionales se refiere la parte demandante que se han podido vulnerar?
3. ¿Resulta ajustado a derecho que se iniciare directamente por demanda el proceso contencioso-administrativo? ¿Cuál será la cuantía de este proceso? ¿Para qué es importante la determinación de la cuantía?

4. Posibilidad de pedir como medida provisional la inaplicación de la disposición impugnada mientras se tramita el procedimiento.
5. Posibles partes del procedimiento. ¿Se tendrá por parte a la Junta de Andalucía?
6. Analice las razones esgrimidas por la recurrente y argumente si tiene razón o no, así como cualquier otra cuestión controvertida que se deduzca del relato de hechos.

SOLUCIÓN

1. Inadmisión del recurso

Procede, ante todo, que vengamos a pronunciarnos sobre la cuestión atinente a la inadmisibilidad del presente recurso. Tratándose de una disposición de carácter general la disposición transitoria recurrida, es claro que la legitimación abarca a todos sus potenciales destinatarios, y ha de tenerse a la recurrente por uno de ellos, en la medida en que afirma estar a la espera de que las concesiones caducadas sobre las instalaciones a las que se refiere el artículo 61.2 del Reglamento salgan a licitación pública con vistas al otorgamiento de una de ellas, concurrir en condiciones de igualdad y hacer valer los méritos que se señalen.

Según el artículo 19.1 a) de nuestra ley jurisdiccional, están legitimadas para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo; de este modo, nuestra legislación procesal se sirve del criterio de la «legitimación por interés», y dicho interés efectivamente concurre, en los términos en que tempranamente ya el alcance del indicado concepto vino a precisarse por la jurisprudencia constitucional (STC 60/1082, de 11 de octubre):

«En relación con la impugnación de actos de la Administración [...], basta con la exigencia de un "interés legítimo" en el litigante para reconocerle la legitimación que le otorga el art. 162.1 b) de la Constitución, expresión esta ("interés legítimo") más amplia que la de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ("interés directo"), y que no puede entenderse referida exclusivamente a la fase del amparo pedido ante el Tribunal Constitucional, sino extensiva a la fase previa de que habla el art. 53.2 de la CE, pues de otro modo la restrictiva interpretación de la legitimación en la vía judicial previa ante la que se recaba la tutela general encomendada a los Tribunales de justicia (art. 41.1 de la LOTC) de las libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución (art. 53.2 de la CE), haría inoperante e impediría la amplitud de legitimación activa con la que la Constitución ha configurado la defensa de tales derechos por medio del recurso de amparo».

La recurrente esgrime un interés que trasciende del meramente genérico a la observancia de la legalidad aplicable, en tanto que la anulación de la disposición impugnada le depara un concre-

to beneficio o, si se prefiere, dicho lo mismo aunque de otro modo, la anulación evita un singular perjuicio a quien en este caso concreto ejercita la acción.

De existir dicho interés se trataría en todo caso de un interés meramente potencial y no actual. Pero hemos de entender que se cumplen las condiciones requeridas por nuestra doctrina para apreciar la concurrencia del interés (legítimo) constitucional y legalmente exigido, por todas, establecida en nuestra sentencia dictada por el Pleno el 31 de mayo de 2006:

«La legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica en el proceso contencioso-administrativo, como hemos señalado en la doctrina de esta Sala (por todas, sentencias de 11 de febrero de 2003, recurso n.º 53/2000, 6 de abril de 2004 y 23 de abril de 2005, recurso 6154/2002), una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (por todas, en SSTC números 197/1988, 99/1989, 91/1995, 129/1995, 123/1996 y 129/2001, entre otras), pudiéndose concretar algunos criterios interpretativos de la doctrina jurisprudencial en los siguientes puntos:

a) La importancia del interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo al ocasionar un perjuicio, como resultado inmediato de la resolución dictada.

b) Ese interés legítimo, que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, puede prescindir de las notas de personal y directo y al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, este no solo es más amplio que aquel y también es autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona, esto es, verse afectado por el acto o resolución impugnada».

El interés esgrimido, por lo demás, no es meramente potencial, en la medida en que compromete el derecho de la recurrente y de cuantos se encuentren en su misma posición a presentarse a los concursos que se convoquen y que pueden tener lugar de forma inmediata a partir de la entrada en vigor de la disposición transitoria impugnada. En tanto que se requieren a tal fin unas inversiones y gastos que devendrían inútiles (o en todo caso les situaría en una posición de clara desventaja), de mantenerse el derecho de preferencia en los términos establecidos por dicha disposición. Frustrándose así su derecho a concurrir en condiciones de igualdad con vistas a obtener una concesión; que es un derecho distinto del derecho a obtener propiamente dicha concesión, como con todo acierto

vino a exponer la recurrente cuando vino a solventarse por medio de la sustanciación del incidente correspondiente la cuestión de su legitimación en el curso de los presentes autos.

2. Principios constitucionales presuntamente vulnerados

Principios de igualdad de trato a los licitadores, y vulnera los principios constitucionalmente protegidos de igualdad y libertad de empresa y la propia Ley de Costas a la que desarrolla, infringiendo el principio de la jerarquía normativa porque la Ley de Costas nada establece al respecto, lo cual es cierto.

Tiene razón en las alegaciones efectuadas por las razones que comentaremos.

3. Inicio del proceso por demanda directamente. Cuantía

Artículo 45.5 de la LJCA: El recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados podrá iniciarse también mediante demanda en que se concretará la disposición, acto o conducta impugnados y se razonará su desconformidad a Derecho. Con la demanda se acompañarán los documentos que procedan de los previstos en el apartado 2 de este artículo.

Aquí existen terceros interesados, luego el letrado para la Administración de Justicia, a tenor del artículo 47.1, le dará tratamiento de escrito de interposición del artículo 45.1, si acompaña los documentos exigidos por el artículo 45.5, o bien lo considerará un defecto subsanable otorgándole un plazo de 10 días para su subsanación.

Artículo 42.2 de la LJCA: Se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquellos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración.

Es importante para saber el procedimiento a seguir (ordinario o abreviado, las costas, las tasas, en su caso, y los recursos contra la sentencia que se dicte).

4. Posibilidad de que se inaplique la disposición impugnada mientras se tramita el procedimiento

El artículo 129 señala que:

«1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia.

2. Si se impugna una disposición general, y se solicita la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición de la demanda».

Por su parte, el artículo 134.2 especifica que «la suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general será publicada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107.2. Lo mismo se observará cuando la suspensión se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas».

Y, finalmente, el artículo 130:

«1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

Es algo que debe ponderar el juez o tribunal. Entendemos que no se causa perjuicio al interés general porque no se aplique esta disposición durante la tramitación del procedimiento, porque parece que concurren los requisitos exigidos para la adopción de la misma:

- a) *Fumus iuris* o apariencia de buen derecho (sin prejuzgar el fondo del asunto) podría deducirse que puede tener razón,
- b) No perjuicio al interés general (por no conceder las nuevas concesiones hasta que salga la sentencia).
- c) Perjuicio a terceros y a los propios adjudicatarios antiguos si les otorga nuevas concesiones o prórrogas de las existentes y luego hay que deshacer lo hecho, revocándoselas.

5. Posibles partes del procedimiento

La demandante, la demandada principal, que es la Administración general del Estado que dictó la disposición general, y todos aquellos que acrediten derecho o interés legítimo como, por ejemplo, titulares de los chiringuitos actuales –actuarán como codemandados con la Administración– o en lista de espera –pueden actuar como codemandantes con doña XXX–.

Respecto a la Junta de Andalucía debe acreditar un derecho o interés legítimo y aquí solo se nos ocurre que la disposición impugnada vulnerara su autonomía por ser materia de competencia autonómica, pero no parece el caso.

Por su parte, el artículo 129 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas señala que:

«1. Toda ocupación de los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal con obras e instalaciones no desmontables estará sujeta a previa concesión otorgada por la Administración del Estado (art. 64 de la Ley de Costas).

2. Asimismo necesitará el otorgamiento de concesión la ocupación del dominio público marítimo-terrestre por instalaciones desmontables que por su naturaleza, finalidad u otras circunstancias requieran un plazo de ocupación superior a un año.

3. La competencia para el otorgamiento de concesiones de ocupación de los bienes de dominio público marítimo-terrestre corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, salvo lo previsto en el artículo 206. La de otorgamiento de concesiones en el dominio público adscrito a una Comunidad Autónoma corresponderá a esta».

El artículo 130, señala que:

«1. El otorgamiento de la concesión a que se refiere el artículo anterior no exime a su titular de la obtención de las concesiones y autorizaciones que sean exigibles por otras Administraciones Públicas en virtud de sus competencias en materia de puertos, vertidos u otras específicas (art. 65 de la Ley de Costas).

2. Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación a las concesiones y autorizaciones que deban otorgar los Departamentos de la Administración del Estado en virtud de sus respectivas competencias».

Y, finalmente, el artículo 203.1 «Corresponde a la Administración del Estado, en los términos establecidos en la Ley de Costas:

- a) El deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre, así como su afectación y desafectación, y la adquisición y expropiación de terrenos para su incorporación a dicho dominio.
- b) La gestión del dominio público marítimo-terrestre, incluyendo el otorgamiento de adscripciones, concesiones y autorizaciones para su ocupación y aprovechamiento, la declaración de zonas de reserva, las autorizaciones en las zonas de servidumbre de tránsito y acceso al mar y, en todo caso, las concesiones de obras fijas en el mar, así como las de instalaciones marítimas menores, tales como embarcaderos, pantalanes, varaderos y otras análogas que no formen parte de un puerto o estén adscritas al mismo».

6. Motivos esgrimidos por la demandante

Infracción de las normas de contratación administrativa

Despejado el óbice de admisibilidad aducido de contrario, ya en cuanto al fondo, es improcedente apelar, en el caso, a la normativa reguladora de la contratación pública, ya que, por virtud del artículo 4.1 de la Ley de Contratos del Sector Público: «Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas [...]: o) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los caso en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley».

De este modo resulta igualmente impertinente la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de septiembre de 2013, que la demanda trae a colación, porque contrae su virtualidad al ámbito de los contratos públicos de obras, lo que no es el caso.

La controversia así queda estrictamente centrada en torno al alcance de las prescripciones incluidas en la normativa reguladora del dominio público marítimo-terrestre.

Infracción del artículo 75.1 de la Ley de Costas

Profundizando ahora consiguientemente sobre la cuestión de fondo desde dicha perspectiva, la demanda invoca la infracción del artículo 75.1 de la Ley de Costas, que indica expresamente:

«La Administración podrá convocar concursos para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre. En dichos procedimientos se respetarán los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva». Y del artículo 81.1 que asimismo establece: «El plazo de vencimiento será improrrogable, salvo que en el título de otorgamiento se haya previsto expresamente lo contrario». Por otra parte, el apartado segundo de este mismo artículo: «2. A la extinción de la autorización o concesión, la Administración del Estado, sin más trámite, tomará posesión de las instalaciones pudiendo obtener de las Empresas suministradoras de energía eléctrica, agua, gas y telefonía la suspensión del suministro».

De este modo, al contradecir estas prescripciones legales, la disposición transitoria vigesimosexta impugnada vulnera el principio de la jerarquía normativa. Intenta el Abogado del Estado salir al paso de esta argumentación aduciendo que no se vulnera el artículo 75.1 teniendo en cuenta, de una parte, el carácter potestativo con el que ese precepto configura ese medio de otorgamiento de concesiones y, de otra, que, como hemos visto, la propia disposición transitoria recurrida establece que «el procedimiento para tramitar esta solicitud será el previsto con carácter general en este reglamento para el otorgamiento de concesiones».

Vulneración del artículo 81.1

Tampoco se vulnera el artículo 81.1 porque, como ya ha quedado dicho, la disposición transitoria recurrida no prorroga ninguna concesión sino que concede una nueva. Y, en fin, en relación con el artículo 81.2, el eventual incumplimiento de la toma de posesión de las instalaciones por la Administración del Estado en nada afecta a la legalidad de la norma recurrida, es decir, no puede mezclarse la ejecución o no de los actos administrativos con la legalidad reglamentaria.

Lo cierto es que la norma cuestionada trata de dar respuesta a una situación de hecho («la fuerza normativa de lo fáctico»), que es la existencia a la entrada en vigor de la Ley 2/2013 de ocupantes de terrenos de dominio público marítimo-terrestre que mantenían su actividad o instalación abierta.

Justificación de la disposición y si da ventaja a los actuales ocupantes. Principio de igualdad. No justificación en la Ley de Costas

Y por terminar ya de centrar definitivamente la presente controversia, más allá de las exigencias literales que pudieran resultar de los preceptos antes mencionados, justamente esta última que acaba de exponerse es, en efecto, la cuestión a dilucidar en el fondo del asunto que nos concierne, a saber, si está justificada una cláusula como la disposición transitoria vigesimosexta que, por beneficiar a los actuales ocupantes de terrenos de dominio público marítimo-terrestre que mantenían su actividad o instalación abierta, atribuye a estos una posición de ventaja y si, en definitiva, resulta proporcionada y adecuada a los fines perseguidos la atribución por la indicada norma de dicha posición de ventaja.

La queja que en efecto subyace al fondo de este asunto, según se desprende de la totalidad del escrito de demanda, reside en la manifiesta falta de proporcionalidad de que adolece la disposición transitoria impugnada en este caso. Incluso, el propio recurso llega a admitir que en determinadas circunstancias la preferencia reconocida por la disposición impugnada podría no contrariar el principio de igualdad (por ejemplo, en caso de similitud de ofertas). Pero, en los términos en que aparece legalmente consagrada, según termina de aducirse, como la preferencia es absoluta y sin matices, la cláusula resulta desproporcionada.

Y no podemos, en efecto, sino convenir en esta apreciación. El Abogado del Estado afirma que la disposición transitoria no obliga a la adjudicación de una nueva concesión al ocupante cuyo título se haya extinguido o estuviera en tramitación y tampoco establece un criterio de automaticidad en punto a su otorgamiento. Pero la cuestión no es esa, sino más bien la contraria, esto es, si a su abrigo podría alcanzarse sin más un indeseado resultado que nada ni nadie podría impedir, esto es, si dados los genéricos e indeterminados términos en que se configura el derecho de preferencia en el otorgamiento de concesiones a los actuales ocupantes de terrenos pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, se confiere a estos una posición de ventaja incompatible con el principio de igualdad de trato, en la medida en que, si no determina el otorgamiento automático de la concesión a aquellos, tampoco lo impide e incluso da lugar al expresado resultado en términos prácticamente inexorables.

Y dicho sea asimismo incidentalmente, tampoco hay cuestión en torno a la aplicación del procedimiento previsto con carácter general para el otorgamiento de concesiones, como el Abogado del Estado refiere, porque si así fuera y la concesión fuera objeto de adjudicación directa, en todo caso, la censura que merecería la disposición transitoria impugnada resultaría instantánea.

De cualquier modo, y al margen de las consideraciones precedentes, entendemos que, al no establecer factor o criterio alguno que venga a acotar los términos en que la preferencia pudiera hacerse valer y consentir por tanto a partir de tal grado de indeterminación que pueda venir a prevalecer aquella de modo absoluto e irresistible, convirtiendo a quienes no ostentan otra posición que la de meros precaristas en auténticos concesionarios, la disposición transitoria vigesimosexta impugnada aparece desprovista de la justificación objetiva y razonable que le es exigible y desatiende, en suma, las exigencias dimanantes de los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad.

Procede, por tanto, acoger la pretensión anulatoria de la disposición impugnada. Máxime, además, cuando como resultado de las nuevas disposiciones legales de igualdad de trato a los licitadores, vulnera los principios constitucionalmente protegidos de igualdad y libertad de empresa y la propia Ley de Costas a la que desarrolla, infringiendo el principio de la jerarquía normativa porque la Ley de Costas nada establece al respecto, lo cual es cierto.

Vulneración del principio de jerarquía normativa

El reconocimiento del derecho de preferencia contemplado por la disposición transitoria vigesimosexta, en efecto, no goza del necesario respaldo en el texto legal de referencia. De tal manera, al carecer de cobertura normativa suficiente en la Ley de Costas, dicha disposición transitoria trasciende de lo legalmente previsto e incurre en un vicio de *ultra vires*. Se excede respecto del cometido propio que tiene asignado todo reglamento, en tanto que no limita su función a servir del complemento normativo indispensable para que las previsiones legales que desarrolla puedan llevarse a efecto y resultar operativas.

De ahí que, en los términos asimismo aducidos por la demandante, esta disposición vulnera también el principio de la jerarquía normativa.

Nulidad de las prórrogas concedidas al amparo de esta disposición adicional

No cabe acceder a lo que asimismo se interesa en la demanda, la nulidad de cuantas prórrogas hayan sido concedidas en aplicación de la disposición transitoria recurrida, en unos términos absolutamente vagos e imprecisos; máxime cuando tampoco se ha recabado con anterioridad la adopción de medidas cautelares, a cuyo socaire podrían acaso haberse llegado a concretar los términos de la indicada solicitud.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Constitución Española, arts. 53 y 161.2.
- Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, art. 41.
- Ley 22/1988 (Costas), arts. 75 y 81.
- Ley 29/1998 (LJCA), arts. 19, 45, 129 y 134.
- Real Decreto Legislativo 3/2011 (TR de la Ley de Contratos del Sector Público), art. 4.1.
- Real Decreto 876/2014 (Rgto. General de Costas), arts. 129, 130, 203 y disposición transitoria vigesimosexta.