

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON EL CONCURSO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO COMERCIAL BUS NAUTIC EN LA ZONA I DEL PUERTO DE EIVISSA (ISLAS BALEARES)

(UM/037/24)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Consejeros

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D.^a María Jesús Martín Martínez

Secretaria del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 21 de junio de 2024

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 22 de mayo de 2024 tuvo entrada en el Registro electrónico del Ministerio de Economía, Comercio y Empresa un escrito presentado por la entidad Cruceros Playa Den Bossa, S.L. al amparo de lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) contra el concurso público para la prestación del servicio comercial bus nautic en la zona I del puerto de Eivissa.

En su escrito, la reclamante objeta a la exigencia de autorización, en lugar de comunicación previa, para prestar el servicio de transporte de pasajeros y la

sustitución del régimen de libre concurrencia por el de exclusividad, así como a diversas cláusulas del pliego, por considerarlo contrario al artículo 17 LGUM.

La Secretaría para la Unidad de Mercado ha dado traslado a esta Comisión de la información y la documentación presentada con la finalidad de que por este organismo se emita un informe, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 26 LGUM.

1. Inclusión de la actividad en el ámbito de la LGUM

Tras la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), el artículo 2 LGUM delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

- “1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*
- 2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”*

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como “*cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios*”. Se añade a continuación, fruto de la modificación efectuada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que “*no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas*”.

En el caso que nos ocupa, la actividad sobre la que versa la reclamación, transporte marítimo de pasajeros, está incluida en el ámbito de la LGUM, de acuerdo con lo expuesto.

2. Análisis del caso objeto del informe

De acuerdo con la Base 1ª del Pliego de bases del concurso público para la prestación del servicio comercial bus nautic en la zona I del puerto de Eivissa¹

1

https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/PLACE_es/Site/area/docAccCmpnt?srv=cmpnt&cmpntname=GetDocumentsById&source=library&DocumentIdParam=9d0a1cf0-66d4-49b3-9300-6e77aca8b3ee

“Es objeto del presente concurso la elección de la solución más ventajosa para la prestación del servicio comercial de transporte de pasajeros “Bus Nautic Eivissa”, así como el posterior otorgamiento del título que autorice la prestación del servicio y la ocupación de las superficies necesarias para el desarrollo de la citada actividad comercial en el puerto de Eivissa por un único prestador y en régimen de exclusividad.

El servicio comercial de transporte de pasajeros “Bus Nautic Ibiza” consiste en conectar de manera prioritaria y por vía marítima el pantalán adosado a los Muelles Comerciales de Botafoc y el Contramuelle Norte del puerto de Eivissa.”

Este concurso trae causa de la Resolución de 25 de julio de 2019, de la Autoridad Portuaria de Baleares, por la que se publica la modificación de la Ordenanza del Puerto de Eivissa, para la inclusión de la regulación de la estancia de embarcaciones dedicadas a servicios marítimos diversos (Boletín Oficial del Estado núm.214, de 6 de septiembre de 2019), con arreglo a la cual:

“El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Baleares, en sesión celebrada en fecha 15 de mayo de 2019 y en virtud de lo expuesto en el artículo 33.2.b) 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, a tenor de lo reseñado en el artículo 31.2.b) de dicha norma legal y en aplicación a lo recogido en el artículo 30.5.r) del citado Texto Refundido, adoptó el acuerdo de:

«Aprobar la «Regulación de la estancia de embarcaciones dedicadas a servicios marítimos diversos en el Puerto de Eivissa», con sus Anexos I y II (versión de abril de 2019), para su integración en las Ordenanzas Portuarias del Puerto de Ibiza», que se adjunta como anexo, con entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.».”

A. Sobre la proporcionalidad de la exigencia de autorización administrativa en lugar de comunicación previa y de la prestación del servicio en la misma línea por un solo operador

Lo primero que debe destacarse, a la vista de las alegaciones de la reclamante, es que el concurso cuestionado no se enmarca exclusivamente en la ordenación del transporte marítimo de las Illes Balears que, como ésta señala, se regula en la Ley 11/2010, de 2 de noviembre, de ordenación del transporte marítimo de las Illes Balears, sino también en el régimen del dominio público portuario, regulado en el 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. Así, la primera norma establece en su artículo 2 que:

“La presente ley se aplica a la actividad de transporte marítimo de pasajeros, de mercancías, o mixtos, en buques debidamente registrados

y a cambio de una remuneración, sea directa o indirecta, con independencia de la finalidad que tenga. Por lo tanto, queda fuera del ámbito regulador el transporte con fines de recreo que se realice sin contraprestación económica.”

Y, efectivamente, el régimen al que se sujeta la actividad es el de comunicación previa (comunicación en la terminología de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), en virtud de su artículo 7. Ahora bien, ese mismo precepto dispone en su apartado tercero que:

“La comunicación de inicio de las actividades no exime de la obtención de las autorizaciones, las licencias, los permisos o las concesiones que sean precisos de acuerdo con la legislación vigente, en particular los que afectan a la seguridad de los buques y de los pasajeros y a la tripulación.”

En esta línea, el apartado segundo establece que:

“En la comunicación previa debe determinarse el tipo de servicio que se pretende prestar. Si se trata de un transporte no regular u ocasional, se indicará la zona o las zonas donde esté previsto llevarlo a cabo, los puntos de partida y de llegada y la previsión de escalas. Cuando se pretenda prestar servicios de línea regular de cabotaje marítimo, también se deben indicar el puerto base, el itinerario o los itinerarios que se han de realizar, los puntos de partida y de llegada, las escalas, los horarios y las frecuencias, y si se trata de un transporte de pasajeros, de mercancías o mixto.”

Y el artículo 3.8 define el “Puerto base de un buque” como:

“el puerto del litoral de las Illes Balears elegido por el armador, con la previa autorización del organismo gestor portuario, desde el que desarrolla normalmente las actividades de transporte, incluyendo el ofrecimiento de sus servicios, o bien aquel que constituye su lugar de atraque durante más de seis meses al año.”

En el supuesto cuestionado no se trata de fijar las condiciones del transporte en sí, sino de una actividad comercial vinculada a la actividad portuaria. A este respecto, dispone el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 2/2011:

“1. A los efectos previstos en esta ley, son servicios comerciales las actividades de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios, estén vinculadas a la actividad portuaria.

2. El desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios en el dominio público portuario se someterá al régimen jurídico previsto en esta ley para los servicios comerciales.”

Como servicio comercial se identifica en el pliego y supuestos semejantes se han examinado por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (así, Sentencia de 1 de abril de 2013, rec.1021/2010), sin suscitarse dudas acerca de tal calificación.

El artículo 139 del Real Decreto Legislativo 2/2011 dispone que:

“1. Los servicios comerciales se prestarán en régimen de concurrencia.

Los organismos públicos portuarios adoptarán medidas encaminadas a promover la competencia en la prestación de los mismos.

2. La prestación de servicios comerciales y el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios por terceros requerirá la obtención de autorización de la Autoridad Portuaria. El plazo de vigencia de dicha autorización será el que se determine en el título correspondiente. Si la prestación del servicio comercial estuviera vinculada a la ocupación privativa del dominio público portuario, el plazo deberá ser el mismo que el autorizado para la ocupación demanial.

Asimismo, la prestación de los mismos, deberá ajustarse a las condiciones particulares que determine cada Autoridad Portuaria, en su caso, así como a las demás disposiciones normativas que sean de aplicación.

3. Cuando el desarrollo de una actividad o de un servicio requiera la ocupación de bienes de dominio público portuario, se tramitará un solo expediente, otorgándose un único título administrativo en el que por el mismo plazo se autorice la actividad y la ocupación del dominio público portuario.

4. El plazo máximo para notificar la resolución del expediente de otorgamiento de la autorización será de tres meses. Ésta se entenderá otorgada si transcurre el citado plazo sin que haya recaído resolución expresa, salvo que se requiera la ocupación privativa de bienes del dominio público portuario.

5. Los títulos habilitantes para la prestación de servicios comerciales deberán incluir, al menos, los siguientes contenidos:

a) Objeto del servicio o de la actividad.

b) Plazo de otorgamiento.

c) Garantías que deban constituirse, incluidas las necesarias para cubrir posibles riesgos medioambientales.

d) Condiciones y medios para garantizar la seguridad y calidad ambiental del servicio o actividad, así como su compatibilidad con el funcionamiento operativo del puerto.

e) Tasa de actividad que corresponda.

6. Las autorizaciones podrán extinguirse por alguna de las siguientes causas:

a) Transcurso del plazo previsto en la autorización.

b) Revocación por incumplimiento de las condiciones establecidas en el título habilitante.

c) Por las demás causas previstas, en su caso, en las condiciones particulares establecidas por la Autoridad Portuaria.”

En relación con ello la Resolución de 25 de julio de 2019 establece que:

“Esta regulación se aplicará exclusivamente a las embarcaciones dedicadas a los siguientes servicios marítimos de transporte de pasajeros (que quedan definidos a efectos de aplicación de esta regulación), que operen o pernecten en el Puerto de Eivissa:

a. Tráfico interno al Puerto de Eivissa: embarcaciones que desarrollan su actividad dentro de la zona I de servicio del Puerto de Eivissa en su totalidad (la que queda delimitada por la línea que une la parte exterior del morro del Dique de Botafoc y la parte exterior del morro del Dique de Abrigo, en el plano de la superficie marítima).

(...)

Los servicios marítimos de tráfico interno al Puerto de Eivissa, para su realización, tendrán que disponer de la previa autorización de la Dirección de la Autoridad Portuaria de Baleares.

Los armadores de las embarcaciones incluidas en el ámbito de aplicación de esta regulación, tendrán que obtener la previa autorización de la Dirección de la Autoridad Portuaria de Baleares para la utilización de las líneas de atraque y los puntos de embarque y desembarque que precisen (dentro o fuera de concesión administrativa), entre los designados al efecto por este organismo público, debiendo cumplir las exigencias de estas normas y las condiciones que se les impongan.”

Se considera que es aplicable al presente caso lo argumentado en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 1101/2021, de 29 de julio (rec.3319/2020):

“Nuestro punto de partida deberá ser precisar cuál es la actividad que llevan a cabo los transitarios.

No existe controversia entre las partes en este recurso de casación a la hora de explicar cuál es el contenido de la actividad que llevan a cabo los transitarios que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 121 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación del transporte terrestre y arts. 167 y 168 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en la redacción aplicable por razones temporales), consiste en intermediar entre los exportadores o importadores y las compañías de transporte, recibiendo mercancías como consignatarios o entregándolas a quienes hayan de transportarlas y, en su caso, realizando gestiones administrativas, fiscales, aduaneras y logísticas inherentes al comercio y al transporte internacional; estas

actividades podrán ser realizadas en relación con transportes internos siempre que los mismos supongan el antecedente o la continuación de un transporte internacional cuya gestión se les haya encomendado. Y según explicaba la asociación recurrente originaria en su demanda presentada en la instancia, es en este aspecto en el que sus asociados intermedian en la contratación del transporte terrestre de contenedores desde o hacia el Puerto de Barcelona.

En definitiva, se trata de una actividad de mediación en el transporte de mercancías desde y hacia el puerto.

La sentencia recurrida considera -en apreciación que esta Sala comparte- que esta actividad, desde la perspectiva del TRLPE, debe ser calificada como "servicios comerciales" que se encuentran definidos en el art. 138.1 TRLPE, conforme al cual, "A los efectos previstos en esta ley, son servicios comerciales las actividades de prestación de naturaleza comercial que, no teniendo el carácter de servicios portuarios [definidos en el art. 108], estén vinculadas a la actividad portuaria". Argumenta la Sala de Barcelona que, aunque la actividad de intermediación en el transporte que realizan los transitarios "no implica ordinariamente su presencia física en las instalaciones del puerto", "no hay duda de que despliegan una actividad comercial vinculada a la actividad portuaria en la medida en que ordenan, encomiendan y asumen una responsabilidad en el tráfico de mercancías que afecta el puerto". Basten por ahora estas apreciaciones que compartimos, sin perjuicio de que en un momento posterior hayamos de volver sobre el alcance de esta actividad desde la perspectiva de la intensidad de la intervención de la Administración Portuaria sobre su ejercicio en los puertos estatales.

Esta calificación de la actividad que desarrollan los transitarios en los puertos como "servicios comerciales" atrae sobre sí la aplicación del art. 139.2 TRLPE que somete a autorización de la Autoridad Portuaria "la prestación de servicios comerciales y el desarrollo de actividades industriales, comerciales o de servicios por terceros".

La Sala de instancia ha entendido, no obstante, que este precepto, en cuanto se aplica a la actividad que ejercen los transitarios en el puerto, debe entenderse derogado por oponerse al régimen liberalizador que en materia de intervención administrativa en las actividades económicas ha llevado a cabo la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, tal y como establece su disposición derogatoria, ley que entiende aplicable a la actividad de los transitarios y cuyo régimen considera incompatible con el sometimiento a autorización para su ejercicio en el puerto que deriva del art. 139.2 TRLPE.

Por tanto, la primera cuestión que debemos abordar es la de si la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, resulta, efectivamente, de aplicación a la actividad de intermediación de transportes que los transitarios ejercen en los puertos del Estado.

C).- La Directiva de servicios (Directiva 2006/123), si bien no excluye de su ámbito de aplicación las actividades que se desarrollen en dominio público (art. 12 y considerando 39) -así lo recuerda la STJUE de 14 de julio de 2016, asuntos C-458/2014, y C-67/2015-, excluye, en cambio, del mismo los servicios de transporte -que en ella se califican de "servicios económicos de interés general" (considerando 17)-, incluidos los servicios portuarios (art. 2.2.d). Y en el mismo sentido se pronuncia la Ley española que la transpone, Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, también en su art. 2.2.d), conforme al cual, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley "Los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los transportes urbanos, y de la navegación marítima y aérea, incluidos los servicios portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte...". Así lo recuerda la sentencia recurrida.

En cambio, el Preámbulo de la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado, es claro al expresar la voluntad del legislador interno de incluir en su ámbito de aplicación servicios expresamente excluidos de la Directiva 2006/123, como los servicios de transportes, sin que establezca excepciones en función del lugar de ejercicio de la actividad, sin perjuicio, lógicamente, de la incidencia en el interés general que deba atribuirse a la circunstancia de prestarse la actividad en el dominio público y de las modulaciones a que ello pueda dar lugar.

Algunos párrafos del Preámbulo de la ley, expresados ya en su comienzo mismo (apartado I), pueden resultar clarificadores sobre esa "voluntad expansiva" del legislador interno de extender a otras actividades económicas los principios de la Directiva de servicios y de las normas internas que la transponen:

- "Todas las Administraciones Públicas observarán los principios recogidos en esta Ley, en todos sus actos y disposiciones y para todas las actividades económicas, y especialmente en aquellas actividades que, bien por su carácter estratégico (telecomunicaciones, energía, transportes) bien por su potencial para la dinamización y el crecimiento económico (distribución comercial, turismo, construcción, industrias creativas y culturales, alimentación, sector inmobiliario, infraestructuras) resultan de especial relevancia para la economía".

- "La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sienta un precedente en materia de unidad de mercado para el sector servicios que se considera debe extenderse a todas las actividades económicas. Así, esta Ley se aplicará también a los sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios (como por ejemplo las comunicaciones electrónicas; el transporte, las empresas de trabajo temporal, la seguridad privada, etc.) y a la circulación de productos. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los principios básicos establecidos en esta Ley. En particular, en relación

con los principios de necesidad y proporcionalidad, el principio de eficacia nacional y el principio de no discriminación."

Asimismo, la generalización de su ámbito de aplicación a todas las actividades económicas se refleja en su art. 2, "Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional".

La voluntad de la Ley 20/2013, de extender los principios que estructuran la Directiva 2006/123 y la Ley 17/2009, a su generalizador ámbito de aplicación se lleva al núcleo mismo de su articulado al definir en su art. 5 los principios de necesidad y proporcionalidad, que deben justificar toda actuación de intervención administrativa en el acceso y ejercicio de las actividades económicas, utilizando la técnica de la remisión a la Ley 17/2009, a la hora de definir las "razones imperiosas de interés general" que permiten justificar la necesidad e intensidad de la intervención, razones que se detallan en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, al que aquel precepto expresamente se remite.

Por tanto, y en respuesta a la primera cuestión que nos formula el auto de admisión, debemos entender que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, resulta de aplicación a la actividad que los transitarios llevan a cabo en los puertos del Estado.

D).- La conclusión que acabamos de alcanzar obliga a efectuar una interpretación del art. 139.2 TRLPE, en su aplicación a los transitarios, que se acomode a los principios recogidos en aquella norma, pues sólo tras realizar ese examen podremos llegar a concluir si el régimen de autorización que, indiscutiblemente, deriva de aquel precepto, en su aplicación a los transitarios, resulta compatible con tales principios y con el nuevo régimen de intervención administrativa en el ejercicio de actividades económicas por los particulares que de ellos deriva en el aspecto atinente a los títulos habilitantes para tal ejercicio.

Los principios básicos sobre la intervención administrativa en el ejercicio de actividades económicas por los particulares a los que responde la Ley 20/2013, y que, fundamentalmente, son los de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, se reflejan en los preceptos mencionados en el auto de admisión, arts. 5 , 7 , 9 , 16 y 17 de la Ley 20/2013, y art. 129 de la Ley 39/2015, cuyo tenor ambas partes reproducen en sus respectivos escritos, siendo innecesaria su reiteración. A ellos debemos añadir el art. 4 de la Ley 40/2015 -incluido dentro de su Título Preliminar que acoge los principios de actuación del sector público-, cuyo tenor, compendio o epítome de tales principios, es el siguiente:

"Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el

desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos."

Así pues, los principios de menor restricción (proporcionalidad) y la exigencia de motivación de la opción elegida son la base sobre la que se asienta la estructura de la intervención administrativa en las actividades de los particulares.

Para entender el alcance y operatividad de los principios de necesidad y proporcionalidad en la calibración de la intensidad de la intervención administrativa en las actividades económicas de los particulares -que son los dos principios que aquí se cuestionan por ser los que afectan a la elección del título habilitante que resulte más adecuado-, puede resultar de interés acudir, de nuevo, al Preámbulo de la Ley 20/2013, en la medida en que refleja la experiencia obtenida en su aplicación y en su interpretación por una copiosa jurisprudencia del TJUE desde el camino iniciado con la Directiva de servicios. Dice así el Preámbulo en su apartado II:

"El Capítulo IV, "Garantías al libre establecimiento y circulación", partiendo del principio de libre iniciativa económica, regula la instrumentación del principio de necesidad y proporcionalidad. Las autoridades podrán elegir entre una comunicación, una declaración responsable o una autorización, en función del interés general a proteger, de los requisitos que, en su caso, se exijan para la salvaguarda de dicho interés general y en atención a la naturaleza de la actividad y de si el medio de intervención se dirige a la propia actividad o a la infraestructura física. La autorización es el medio de intervención que más limita el acceso a una actividad económica y su ejercicio. Por ello, desde la perspectiva de los operadores económicos, se consideran motivos que habilitan para exigir autorización administrativa, la existencia de razones de seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad y el orden público, dentro del cual se incluyen, entre otras, la prudencia y la garantía de la estabilidad financieras. Pero aunque exista alguno de esos motivos, siempre deberá valorarse que la exigencia de, o bien una declaración responsable o bien una comunicación, no sea suficiente para garantizar el objetivo perseguido, de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en aplicación del principio de necesidad por salud pública, es posible que deban regularse varias actividades que se ofrecen en condiciones de mercado en el marco de la planificación sanitaria. A algunas de estas actividades se les exigirá autorización y a otras una declaración responsable o una comunicación, en función de si es necesaria una verificación previa de los requisitos exigidos."

En línea de continuidad con el sistema establecido en la Directiva de servicios y en la Ley 17/2009, también aquí son tres las formas de intervención administrativa graduadas en función de su intensidad, autorización, declaración responsable y comunicación previa, siendo la autorización el régimen de intervención administrativa más riguroso o intenso en la medida en que se antepone o precede al ejercicio de la actividad, pues, a diferencia de las otras dos modalidades, implica un control previo de la misma. Y en la elección de una u otra modalidad de intervención juega un papel preponderante el interés público a proteger y la intensidad con la que se manifieste, pues será en función del mismo como deba valorarse el grado de intervención que sea imprescindible para lograr su protección.

Debemos centrarnos en la autorización que es la fórmula plasmada en el art. 139.2 TRLPE que aquí ha sido aplicado. Inmediatamente debe advertirse que la denominación "autorización" que se contiene en la Ley 20/2013, como ya ocurriera con la Directiva de servicios (art. 4.6 y Considerando 39), no hace referencia a una sola técnica de intervención, pues la denominación abarca desde las fórmulas más intensas de actividad administrativa de control previo, como son las autorizaciones tradicionales, hasta las menos intensas como puede ser la mera inclusión en un registro de operadores con carácter habilitante (art. 17.1, último inciso de la Ley 20/2013) y, por ello, incluso dentro de esta fórmula de control previo que supone la autorización, debe valorarse el grado de intensidad con que el interés público exija la intervención para lograr su protección que será lo que determine el alcance del control previo que haya de establecerse.

En el caso de autos se ha optado, precisamente, por la fórmula de control previo menos intensa ya que, como se destaca en la sentencia recurrida, la autorización "se obtiene automáticamente mediante alta en el censo de actividades de mediación en el transporte terrestre de contenedores del Puerto de Barcelona" y "[E]l alta requiere acreditar la condición de mediador en el transporte terrestre de contenedores, comunicar los datos de identificación y aceptar expresamente las condiciones particulares", quedando sometidos luego a las facultades de comprobación, inspección, control y régimen sancionador por parte de la Autoridad Portuaria, elemento, éste último, común a las tres modalidades de intervención administrativa ya que en las tres la Administración conserva sus potestades de control y sanción durante el ejercicio de la actividad por el particular, potestades que se desarrollarán en los términos que deriven de la legislación sectorial aplicable, en este caso el TRLPE. Precisamente, los límites que la nueva perspectiva normativa imponen al control previo otorgan una especial cualificación al control a posteriori para preservar los intereses públicos.

Pero, ciertamente, el hecho de que se haya optado por someter la actividad de transitario en los puertos del Estado al régimen de control

previo menos intenso no elimina su configuración como autorización desde la perspectiva de los principios que derivan de la Ley 20/2013, que imponen especiales exigencias justificadoras para establecer un régimen de autorización que se concretan, fundamentalmente, en los principios de necesidad, proporcionalidad y motivación, principios que estamos obligados a seguir (arts. 17 y concordantes).

Debemos examinar, por tanto, si se respetan los principios de necesidad -esto es, si la autorización previa se justifica en "imperiosas razones de interés general" (arts. 5 de la Ley 20/2013 y 3.11 de la Ley 17/2009)- y de proporcionalidad -es decir, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo-, y todo ello, con la debida motivación que, lejos de meros formalismos, debe derivar de las previsiones contenidas en la norma que prevé la autorización en su conjunto, unido al acto administrativo que establece en su concreto alcance la autorización previa al ejercicio de la actividad, que deben proporcionar las pautas para entender que el régimen de intervención administrativa elegido resulta justificado y proporcionado, que es lo que, en definitiva, pretende el sistema de intervención administrativa de la Ley 20/2013.

Y entendemos que tales principios se respetan en el presente caso.

E).- En cuanto a la necesidad de la autorización, la Autoridad Portuaria recurrente en casación pone de relieve -y así es- que la Exposición de Motivos de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, que se refunde en el TRLPE, justifica el sometimiento a autorización del ejercicio de servicios comerciales en los puertos en la protección de la seguridad del puerto (junto a otros intereses públicos como son la protección del dominio público o el ejercicio de otros usos portuarios preferentes). Y la seguridad pública es una de las "razones imperiosas de interés general" que justifican la necesidad de la intervención administrativa en el ejercicio de la actividad mediante autorización, de conformidad con los arts. 5 y 17.1.a/ de la Ley 20/2013 y 3.11 de la Ley 17/2009.

Y esta finalidad de proteger la seguridad pública se predica sin dificultad de la justificación, desde el punto de vista de la necesidad, de la autorización que analizamos. La escasa presencia física de los transitorios en el puerto para el ejercicio de su actividad -que la sentencia recurrida destaca- no resta importancia o intensidad a la repercusión de su actividad en la seguridad del puerto. Baste la lectura de la descripción de sus concretas funciones en la intermediación y organización del transporte internacional de mercancías que se contiene en el art. 167 del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (en la redacción aplicable por razones temporales), para entender su repercusión en el funcionamiento operativo y en la seguridad

del puerto en una de sus funciones esenciales como es el tráfico de mercancías que en él se desarrolla, con transcendencia, además, en el exterior del puerto mismo dado el movimiento, desde y hacia el puerto, del tráfico de mercancías en el que intermedian.

Estas funciones son (art. 167):

"a) Cumplir las formalidades administrativas ligadas al transporte internacional o al régimen de tránsito aduanero.

b) Depositar o almacenar mercancías procedentes o destinadas al transporte internacional o en régimen de tránsito aduanero.

c) Consolidar y desconsolidar mercancías.

d) Coordinar las diversas fases del transporte con destino o procedencia internacionales y, en particular, el tránsito, la reexpedición, el transbordo y las diferentes operaciones terminales.

e) Contratar la realización de los portes, con las Empresas de transporte.

f) Recibir, consignar y poner a disposición de los transportistas o de los destinatarios mercancías procedentes o destinadas al transporte internacional o en régimen de control aduanero."

La justificación de la intervención administrativa previa al ejercicio de la actividad desde el punto de vista de su necesidad para proteger un "interés general de imperiosa necesidad" como es la seguridad pública queda así constatada.

F).- Pero como nos advierte el Preámbulo de la Ley 20/2013, con esto no basta, pues es necesario que la intervención sea proporcionada, esto es, "deberá valorarse que la exigencia de, o bien una declaración responsable o bien una comunicación, no sea suficiente para garantizar el objetivo perseguido, de acuerdo con el principio de proporcionalidad".

Este principio de proporcionalidad aparece descrito con especial claridad en la STJUE de 22 de enero de 2002, asunto C-390/99, cuyas pautas, en lo que aquí se discute, seguiremos.

"1) Una normativa nacional que prevé un procedimiento de autorización previa para que los operadores de servicios de acceso condicional puedan comercializar aparatos, equipos, descodificadores o sistemas para la transmisión y recepción digital de señales de televisión por satélite, así como prestar los servicios correspondientes, restringe tanto la libre circulación de mercancías como la libre prestación de servicios. En consecuencia, para que esté justificada con arreglo a dichas libertades fundamentales, tal normativa debe perseguir una finalidad de interés general reconocida por el Derecho comunitario y respetar el principio de proporcionalidad, es decir, ha de ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr, sin ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.

2) *Para comprobar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe, en particular, tener en cuenta las siguientes consideraciones:*

- para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria;

- no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un Estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro Estado miembro;

- un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido;

- un procedimiento de autorización previa no puede considerarse conforme con los principios fundamentales de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios si, por su duración y por los gastos desproporcionados que genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto."

Pues bien, las funciones que desarrollan en el puerto los transitarios y su dimensión dentro y fuera del puerto que acabamos de destacar pone, asimismo, de relieve, ya desde la perspectiva de la proporcionalidad, que se hace necesario un control previo, y no sólo a posteriori, del ejercicio de esta "actividad económica de interés general" (como se califica en la Directiva de servicios al transporte en general), control posterior que debe considerarse demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada en términos que permitan alcanzar el objetivo perseguido: la funcionalidad de este servicio comercial prestado en el puerto desde la perspectiva de la seguridad pública, esto es, que el tráfico de mercancías que se lleva a cabo en el puerto en el que intermedian se lleve a cabo en condiciones de seguridad. La identificación previa de estos intermediarios de transporte es un componente esencial de la "trazabilidad de la cadena logística" que supone el tráfico de mercancías que es garantía de la seguridad pública, como se destaca en la actuación administrativa impugnada. Ello excluye las otras dos modalidades de intervención administrativa previstas en la ley, la declaración responsable y la comunicación previa, en la medida en que no permiten este control previo.

Por otra parte, no puede entenderse que la autorización discutida duplique los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos por el

hecho de que los transitarios, para el ejercicio de su actividad de intermediación de transportes, deban obtener un título habilitante en el marco de la legislación sectorial de transportes ya que para que haya una duplicidad innecesaria, tal y como exige el art. 7 de la Ley 20/2013, es necesario que la duplicidad de controles se refiera aspectos equivalentes ya controlados por otras Administraciones, equivalencia que aquí no se da, pues no se pretende habilitar para el ejercicio de la profesión o actividad de transitario, sino para controlar el acceso al puerto de esta actividad y el desempeño de la misma dentro del puerto para proteger la seguridad del recinto portuario con la dimensión externa que también conlleva. Además, la autorización configurada en la resolución impugnada no implica una nueva justificación documental de los requisitos de la autorización de transportes.

Y en fin, y como ya hemos explicado, en este caso el control previo ha adoptado una fórmula de menor intensidad, pues la autorización se obtiene automáticamente mediante alta en un censo.

G).- Y todo ello se encuentra también explícitamente motivado, desde la perspectiva de la necesidad y de la proporcionalidad de la autorización, en el acuerdo de incoación del expediente que ha dado lugar a la resolución administrativa impugnada en la instancia, en el que se hace referencia a la importancia de la "trazabilidad de la cadena logística", de la que forma parte la intermediación, en la seguridad del tráfico de mercancías que se lleva a cabo en el puerto, que demanda la previa identificación de quienes intervienen como mediadores en las operaciones de transporte terrestre de contenedores que se desarrollan en el puerto.

La necesidad de este control previo desde la perspectiva de la seguridad, limitado -se dice en el acuerdo- a la identificación de estas empresas de mediación, sin imponerles trabas que dificulten el libre desarrollo de su actividad, reduciendo el control previo al mínimo posible en función de la finalidad perseguida, se explica, por tanto, en el acto impugnado en el que se alude, asimismo, a "[R]azones relacionadas con la seguridad del Puerto y de los servicios que se prestan en el mismo. Es indudable que tener identificados a los que participan en la cadena logística representa un valor añadido, tanto en términos de incremento de la seguridad material (se sabe quién ha dado la orden de entregar o retirar el contenedor que trae a la terminal o se lleva de la terminal el transportista) como en términos de seguridad jurídica y operativa".

En definitiva, la autorización previa contenida en la resolución administrativa originariamente impugnada, establecida al amparo del art. 139.2 TRLPE, debe entenderse debidamente justificada desde la perspectiva de su necesidad y proporcionalidad, ajustándose a cuanto se dispone en el art. 17 y concordantes de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado."

A la luz de lo expuesto, se considera que la exigencia de autorización es conforme a la LGUM, sin que ello se vea cuestionado por la ordenación del transporte marítimo, ya que, como señala el Tribunal Supremo, la autorización con fundamento en el Real Decreto Legislativo 2/2011 no se dirige a habilitar el ejercicio de la actividad, sino a establecer las condiciones de su ejercicio desde el prisma de la afectación al régimen portuario que se produce como consecuencia del atraque, desatraque y acceso a los puertos de los buques vinculados al servicio comercial en cuestión.

Con este punto de partida, resulta razonable que se evite la presencia simultánea de varios buques y empresas para la prestación del servicio en la misma línea². Ello por las inasumibles distorsiones y problemáticas que conllevaría, al preverse una frecuencia mínima de 20 minutos, y las limitaciones de espacio que impedirían la pernocta de las embarcaciones. Concurren, en definitiva, razones imperiosas de interés general (seguridad pública, protección de los derechos, seguridad y salud de los consumidores y protección del medio ambiente y entorno urbano) con arreglo al artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

B. Sobre la proporcionalidad de las garantías exigidas

La reclamante alega contra las siguientes garantías exigidas en la licitación: ((i) que la empresa licitadora tenga un capital social desembolsado de 50.000 euros hasta la finalización de la explotación o una garantía sustitutoria por ese importe en caso de que la operadora no está obligada a estar inscrita en el Registro Mercantil (Base 6ª del Pliego de Bases); (ii) disponer de distintos seguros de responsabilidad civil, incendios y sobre el contenido que cubra un importe mínimo de 1.200.000 euros (Cláusula 7ª del Pliego de Cláusulas) y (iii) una garantía de explotación en la APB por un importe anual correspondiente a la totalidad de las tasas de ocupación y de actividad en la cuantía anual establecida, con las actualizaciones y revisiones que proceda y una garantía complementaria adicional igual al importe de la mejora anual de las tasas (Cláusula 15ª del Pliego de Cláusulas)).

No se aprecia que ninguna de estas garantías adolezca a simple vista de la desproporción que achaca la reclamante (sin mayores argumentos), máxime cuando el artículo 139.5.c) exige que el título habilitante incluya las *“Garantías que deban constituirse, incluidas las necesarias para cubrir posibles riesgos*

² A este respecto, basta pensar en la problemática que afronta la Resolución de 25 de julio de 2019 (*“Con independencia de que se cumpla el plan de horarios establecido, en caso de que se produzcan retrasos puntuales en la operativa, y coincidan varias embarcaciones simultáneamente en un punto de atraque, el atraque se realizará por exclusivo orden de llegada al mismo, respetándose fielmente los horarios previamente autorizados”*) y lo que podría suceder si esta complicación puntual se suscitase sistemáticamente por la presencia de varios operadores que prestan el mismo servicio a la misma hora.

medioambientales” y los riesgos aparejados a una actividad como la que es objeto de la reclamación.

En cuanto a las tarifas máximas exigibles a los usuarios, que, como señala la reclamante, son consecuencia de la previsión en la Resolución de 25 de julio de 2019, su establecimiento se justifica por las condiciones en que se presta el servicio de transporte marítimo, condicionado por la exigencia de autorización y la exclusión de concurrencia de varios prestados simultáneamente en la misma línea y viaje.

En un contexto en el que los servicios serán prestados por un solo licitador, es importante que estas tarifas máximas estén bien calculadas y tener la mayor transparencia posible sobre el cálculo de las tarifas máximas para garantizar que están ajustadas a los costes y son proporcionadas.

Cuestión distinta es la actualización de la tarifa. A este respecto, en el pliego de cláusulas, conscientes seguramente de la posible desactualización a que alude la reclamante, se recoge (cláusula 12.3) que *“Anualmente, cada primero de enero desde el año siguiente a al otorgamiento del concurso, la APB podrá autorizar, a solicitud justificada y detallada del autorizado, la actualización de dichas tarifas teniendo en cuenta el incremento interanual de los diferentes elementos que integran el coste de los servicios prestados, estableciéndose como límite superior, para cada tarifa en particular, el que resulte de la aplicación del incremento interanual del Índice de Precios al Consumo para el conjunto nacional total (IPC) en el mes de octubre anterior, publicado por el Instituto Nacional de Estadística, si es inferior a la actualización calculada. El autorizado sólo podrá aplicar las tarifas actualizadas a partir del momento de la recepción de la notificación del acuerdo de su aprobación por parte de la APB, con las cuantías y características establecidas en dicho acuerdo”*.

Sin perjuicio de la procedencia o no de actualizar las tarifas previstas en la Resolución de 25 de julio de 2019, se trata de una cuestión ajena a los pliegos que la reclamante debería articular por otra vía.

C. Sobre la proporcionalidad de obligar a la aportación de determinadas certificaciones

Por lo que se refiere a la cláusula 8.20ª del pliego de cláusulas (*“El autorizado queda obligado a aportar las certificaciones UNE-EN ISO 9001:2015 en cuanto a Calidad se refiere y la certificación UNE-EN ISO 14001:2015 en cuanto al desarrollo de Sistemas de Gestión Ambiental. También aportará las certificaciones UNE-EN ISO 50001:2018, sobre Sistemas de Gestión de la Energía, así como la del Sistema de Gestión de Responsabilidad Social IQNet SR10. El autorizado, en su caso, deberá presentar a la APB anualmente una auditoría respecto al cumplimiento de las cuatro normas mencionadas”*), se asume lo razonado en el Informe UM/059/21:

“Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en relación con la exigencia de certificados de

calidad ha señalado múltiples Resoluciones que “*el requisito de solvencia técnica (en contratos de servicios) no es el certificado exigido del cumplimiento de unas normas determinadas de garantía de la calidad, sino alguno de los concretos medios de solvencia técnica que fija al respecto el artículo 78 del TRLCSP (actual art.90 LCSP) como: “b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad”; c) Descripción de las instalaciones técnicas*”

Además, el TACRC ha manifestado que no puede exigirse una concreta certificación de calidad sin que la entidad licitante especifique qué aspectos o condiciones de calidad concretos está exigiendo a través de dicho certificado, debiendo admitirse expresamente la presentación de otros certificados de calidad equivalentes, teniendo que guardar el certificado exigido por la entidad licitante relación con el objeto y contenido del contrato.

(...)

Como se ha señalado anteriormente, el reclamante considera que la exigencia de un certificado ISO 9001:2015 resulta desproporcionada y contraria al principio de libre competencia.

Por lo que se refiere a proporcionalidad de los requisitos exigidos, ha de indicarse que atendiendo a lo establecido en el artículo 74.2 LCSP y conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad previstos en el artículo 5 LGUM, la solvencia económico-financiera y técnico-profesional deben estar vinculadas al objeto de contrato y ser proporcionales. Por lo tanto, los requisitos de solvencia deberán estar siempre condicionados a la valoración de la proporcionalidad de los mismos.

En el presente caso, según se desprende de las solicitudes de presupuesto de ENRESA, se exige a todos los ofertantes disponer de la certificación ISO 9001:2015. De acuerdo con ENAC (Entidad Nacional de Acreditación)⁹, la certificación ISO 9001 aporta información sobre el sistema de gestión de calidad de una empresa.

Por tanto, como puede observarse, no se trata de una norma de calidad específica sobre proyectos técnicos, aunque ENRESA exige que, dentro del ámbito de certificación, se incluya la “redacción de proyectos”.

Aunque ENRESA no ha fundado este requisito adicional de certificación en ninguna razón imperiosa de interés general, la salvaguarda de la integridad del centro de almacenamiento de residuos estaría asociada a la protección de la seguridad pública, la protección civil y la salud pública frente a los riesgos que representan los residuos radioactivos.

No obstante, el hecho de que ENRESA no admita la posibilidad de acreditar la solvencia técnica a través de otros medios humanos o

técnicos ni de presentar otros certificados de calidad equivalentes, como prevé la LCSP, podría resultar desproporcionado.”

Por lo que se concluye que, sin perjuicio de la idoneidad de la exigencia de estas certificaciones, convendría justificar la proporcionalidad de la eventual inadmisión de otros medios de prueba alternativos de la solvencia técnica.

II. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

1ª. La exigencia de autorización para la prestación del servicio de bus nautic y de la prestación del servicio en la misma línea por un solo operador en el concurso público para la prestación del servicio comercial bus nautic en la zona I del puerto de Eivissa resultan conformes desde la óptica de la LGUM.

2ª. Las garantías y tarifas máximas establecidas en el contrato no se consideran *per se* contrarias a la LGUM. En un contexto en el que los servicios serán prestados por un solo licitador, es importante que estas tarifas máximas estén bien calculadas y tener la mayor transparencia posible sobre el cálculo de las tarifas máximas para garantizar que están ajustadas a los costes y son proporcionadas.

3ª En relación con las certificaciones exigidas en la licitación, sin perjuicio de su idoneidad, convendría justificar la proporcionalidad de la eventual inadmisión de otros medios de prueba alternativos de la solvencia técnica.