



Abril 2013

Boletín de Novedades Jurídicas Portuarias

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

NUEVA YORK

126 East 56th Street
New York - NY 10022
Tel.: +1 (646) 736 3075

El Boletín de novedades pretende proporcionar periódicamente un breve resumen de las principales cuestiones jurídicas de actualidad que resultan de interés en el ámbito del Derecho Portuario.

*Equipo de Derecho Portuario de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.:
Alejandro Hernández del Castillo y José Luis Palma Fernández.*

Derecho Portuario

Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.

I. LEGISLACIÓN

Real Decreto 237/2013, de 5 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo, sobre primas y financiación a la construcción naval, para adecuarlo a las normas del Derecho de la Unión Europea (publicación en el BOE de 11 de abril de 2013)

Como consecuencia del nuevo Marco aplicable a las ayudas estatales a la construcción naval publicado el 14 de diciembre de 2011 en el Diario Oficial de la Unión Europea n.º C364, que permite ayudas a la investigación, desarrollo, innovación e inversión en el sector de la construcción naval así como la concesión de ayudas en forma de facilidades crediticias concedidas por el Estado con determinados requisitos, resultaba necesario adecuar el Real Decreto 442/1994, de 11 de marzo, sobre primas y financiación a la construcción naval, tanto al referido Marco Naval como a su nueva vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013.

Las modificaciones introducidas son las siguientes:

- Se incluye en el artículo 5, párrafo tercero, como causa de suspensión del pago de las ayudas, la falta de presentación en plazo de los datos necesarios para la elaboración de los informes periódicos requeridos por la normativa comunitaria.
- Se incluye en el artículo 6 la definición de construcción de artefactos navales y categorías de éstos contenida en el nuevo Marco Naval: la construcción de aquellos artefactos navales de casco metálico que tengan la consideración de buques mercantes autopropulsados, es decir, buques que mediante su propulsión y gobierno permanentes, tengan todas las características para la navegación autónoma en alta mar o en vías navegables interiores y pertenezcan a una de las siguientes categorías: buques de alta mar de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100 t y los buques de navegación interior de tamaño equivalente utilizados para el transporte de pasajeros o mercancías; buques de alta mar y buques de navegación interior para servicios especializados de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100 t; remolcadores de potencia igual o superior a 365 kW; y cascos no finalizados de todos los buques anteriores móviles y a flote.
- Deja de aplicarse la prima de funcionamiento, por lo que se suprimen el artículo 9 y la Disposición Adicional Segunda, así como las referencias que a la referida prima se contenían en el artículo 14.

- Se establece una prima de reestructuración destinada a contribuir a la mejora de la competitividad del sector, siendo beneficiarios de la misma los astilleros que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 5 y, a solicitud de los órganos de gestión creados al amparo del artículo 10 del Real Decreto 1271/1984, de 13 de junio sobre medidas de reconversión en el sector de la construcción naval, aquellos organismos o entidades cuyos fines y competencias estén orientados a colaborar al objetivo de mejorar la competitividad del sector naval.
- Se amplía el ámbito de aplicación de las condiciones de financiación contenidas en el artículo 11 a los créditos a la exportación y a buques de pesca de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100 t.
- Se suprime la Disposición Transitoria Única.
- Se modifican las Disposiciones Finales Segunda y Tercera para recoger la actual denominación de los departamentos ministeriales en ellas citados y ceñirse a las ayudas contenidas en los artículos 10 y 12 del Real Decreto.
- Se añade una Disposición Final Cuarta por la que se condiciona el pago de las ayudas a la preceptiva autorización de la Comisión Europea.

El Real Decreto, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, estará vigente de acuerdo con el Marco aplicable a las ayudas estatales a la construcción naval y, en su defecto, con el período de vigencia de las disposiciones de la Unión Europea reguladoras de ayudas horizontales o sectoriales aplicables al sector de construcción naval, o aquellas disposiciones que las sustituyan.

Corrección de errores del Instrumento de Ratificación del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, hecho en Ginebra el 23 de febrero de 2006 publicado en el Boletín Oficial del Estado de 22 de enero de 2013 (publicación en el BOE el 12 de abril de 2013)

Se corrigen los errores advertidos en los artículos y Pautas siguientes: apartados 4 y 5 del artículo IV, relativo a los derechos en el empleo y derechos sociales de la gente del mar; Pauta B3.1.6, dedicada a la regulación de los comedores; Pauta B3.1.7, relativa a las instalaciones sanitarias y Pauta B.4.1.1 sobre prestación de atención médica. Se elimina el apartado 10 del artículo XV, sobre enmiendas al Código, con el consiguiente cambio de numeración de los apartados siguientes y, tras la referencia a la denuncia por España de todos los Convenios mencionados en el artículo X, se incluye un listado de Estados Parte y las declaraciones formuladas, por cada uno de ellos, en su caso.

Corrección de errores de las Enmiendas de 2011 al Anexo del Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973 (Anexo V revisado del Convenio MARPOL) adoptadas en Londres el 15 de julio de 2011 mediante Resolución MEPC.201(62), publicadas en el Boletín Oficial del Estado el 6 de diciembre de 2012 (publicación en el BOE el 18 de marzo de 2013)

Las enmiendas introducidas se considerarán aceptadas el 1 de julio de 2012, salvo que, con anterioridad a esa fecha, un tercio de las Partes o aquellas Partes cuyas

flotas mercantes combinadas representen como mínimo el 50% del tonelaje bruto de la flota mercante mundial, hayan notificado a la Organización que rechazan las enmiendas (anteriormente se refería al 50% del arqueado bruto de la flota mercante mundial).

II. JURISPRUDENCIA

Susceptibilidad de control jurisdiccional de los defectos de la adscripción de bienes de dominio público marítimo terrestre para la ampliación de puertos sin perjuicio de la implícita adscripción que conlleva la aprobación del proyecto ex artículo 49 de la Ley de Costas. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 25 de enero de 2013

Por el Ayuntamiento afectado y la empresa se interpuso recurso de casación frente a la Sentencia de 4 de mayo de 2009 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, por la que se declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución de 25 de febrero de 2002 por la que se formalizó el acto de adscripción a la comunidad autónoma andaluza de los terrenos de dominio público marítimo terrestre ocupados por las obras relativas al "Proyecto de ampliación de la zona sur del Puerto Deportivo Punta de la Mona". Tal inadmisibilidad se basó en que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, la aprobación definitiva de los proyectos lleva implícita la adscripción del dominio público en que estén emplazadas las obras, así como, en su caso, la delimitación de una nueva zona de servicio portuaria y, habiéndose aprobado la ampliación mediante Resolución de 12 de junio de 1987, la adscripción se produjo implícitamente en dicho momento, tratándose la Resolución impugnada de una mera confirmación de otro acto anterior firme y consentido.

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto indicando que la Resolución de 25 de febrero de 2002 impugnada define y perfila por primera vez los contornos a los que se extienden las obras de ampliación del puerto deportivo poniendo de manifiesto la singularidad de la adscripción, acotando y definiendo de modo concreto y preciso qué parte del dominio público costero se destina a las obras portuarias y a las vías de transporte de su competencia, en contraste con los traspasos generales en materia de puertos realizados con anterioridad, de lo que resulta que tales diferencias sustanciales constituyen un complemento o novedad que impide entender que la citada resolución sea una mera confirmación o reproducción de la Resolución de 1987 que aprobó la ampliación del puerto deportivo.

Por otra parte, si bien el citado artículo 49 de la Ley de Costas establece que la aprobación del proyecto llevará implícita la adscripción del dominio público en que estén emplazadas las obras, tal adscripción tiene sustantividad, procedimiento, requisitos y efectos propios, como regulan los artículos 103 a 106 del Reglamento General para el Desarrollo y Ejecución de la Ley de Costas. Así, los defectos formales y sustantivos de la adscripción de bienes de dominio público marítimo terrestre no pueden tener vedado el acceso a la jurisdicción en virtud de la implícita adscripción del dominio público que se produce ex artículo 49 de la Ley de Costas, que simplemente pretende soslayar o minimizar los obstáculos derivados de la realización de puertos o de su

ampliación por las Comunidades Autónomas sobre terrenos que necesariamente han de ser de dominio público marítimo terrestre.

Manifiesta, además, el Alto Tribunal, que los puertos de interés general quedan fuera del ámbito de la Ley de Costas, regulándose por su normativa específica en atención a las peculiaridades que comportan. Ahora bien, aunque la Ley de Costas tampoco regula, con carácter general, los puertos titularidad de las Comunidades Autónomas, sí establece lo que resulta imposible dejar fuera de su ámbito, esto es, la ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre que inexcusablemente ha de ocupar la construcción o ampliación, de los puertos de competencia autonómica. Por ello se regula el régimen de adscripción de dichos bienes a las Comunidades Autónomas siguiendo la pauta marcada por los Decretos de traspaso de servicios en materia de puertos, según indica la propia exposición de motivos de la citada Ley de Costas.

Inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por el cierre del Puerto de Tarifa durante la Operación Paso del Estrecho de 2004 por falta de acreditación de daños. Sentencia del Tribunal Supremo 8Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 22 de enero de 2013

Se interpuso recurso contencioso-administrativo por tres empresas navieras frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 23 de septiembre de 2008 ante el Consejo de Ministros por los daños ocasionados como consecuencia del cierre temporal del Puerto de Tarifa como puerto habilitado para el cruce de personas por dicha frontera del 1 de julio al 5 de agosto de 2004 por presentar carencias relativas a la capacidad de atraque de embarcaciones, insuficiencia en materia de estacionamiento de vehículos y de infraestructuras sanitarias, así como limitaciones para el acceso por carretera, lo que, según el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros de 11 de junio de 2004 hacía inviable su utilización como puerto alternativo al de Algeciras durante la operación Paso del Estrecho. El referido acuerdo del Consejo de Ministros fue impugnado por las entidades ahora demandantes dando lugar a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2007, que lo anuló al entender que no había hecho un correcto uso de la discrecionalidad técnica al haber omitido el trámite de informe previo del Ministerio de Fomento previsto en el artículo 2.b) del Real Decreto 864/2001, que adolecía de suficiente motivación y que, disponiendo de las mismas infraestructuras y dotaciones, el Puerto de Tarifa no fue cerrado completamente durante la Operación Paso del Estrecho de los dos años siguientes, lo que se tradujo en un incumplimiento del deber de mantener medios eficaces de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea establecido por el artículo 6 del Acuerdo Schengen.

Los daños cuya indemnización reclamaban los demandantes fueron los siguientes: lucro cesante por la disminución de ingresos derivada del cierre del puerto y por el daño a la imagen ante la clientela, valorados en 1.326.079,07 euros y 1.618.981,08 euros, respectivamente; daño emergente consistente en el retraso, debido a la disminución de ingresos derivada del cierre del puerto, en la devolución de un préstamo que una de las navieras reclamantes tenía contraído con su sociedad matriz, con el consiguiente coste financiero adicional, valorado en 212.929,05 euros; y daños consecuenciales consistentes en los gastos que hubieron de afrontar las demandantes para obtener la anulación del acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de junio de 2004, presupuesto de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, y los efectuados

en la vía administrativa previa al recurso contencioso-administrativo, valorándose en un total de 217.428,97 euros.

En cuanto al lucro cesante por la disminución de ingresos derivada del cierre del Puerto, el Tribunal Supremo rechaza las pretensiones de las demandantes basadas en una comparación con el volumen de pasajeros y vehículos transportados en la Operación Paso del Estrecho del año 2005, en tanto que los buques que se habrían utilizado en 2004 y los utilizados en 2005 no eran los mismos, de modo que, teniendo uno de los buques empleados en el último año citado mayor capacidad, las cifras aportadas no eran lógicamente utilizables como indicio o punto de comparación, sin que, en consecuencia, el lucro cesante quedase debidamente acreditado. La reclamación por el lucro cesante debido al daño a la imagen de la clientela tampoco es acogida por el Alto Tribunal, y ello al no poderse tener por acreditado con la pericial aportada cuya naturaleza era puramente económica y no incluía información psico-sociológica sobre cuál hubiese podido ser la reacción de los potenciales clientes ante el cierre del Puerto de Tarifa.

Estima el Tribunal que el daño emergente por el coste financiero adicional en la devolución del préstamo por una de las reclamantes a su sociedad matriz no fue causado por el cierre del Puerto de Tarifa, constituyendo el pago del principal e intereses a la matriz un riesgo libremente asumido y que, además, al no haberse vulnerado el principio de confianza legítima con el cierre del puerto, no tenía la entidad reclamante el derecho a esperar que el cierre no se produjera, en tanto que era una posibilidad prevista por el ordenamiento jurídico.

Respecto de los daños consecuenciales reclamados, considera el Tribunal Supremo que no son indemnizables, pues los gastos realizados en el proceso que culminó con la anulación del acuerdo del Consejo de Ministros mediante Sentencia de 31 de julio de 2007 debieron ser reclamados en tal procedimiento como costas, y los gastos realizados en la vía administrativa previa a la interposición del presente recurso fueron puramente voluntarios.

En consecuencia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso al no haber quedado debidamente acreditado ninguno de los daños denunciados.

III. RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Cártel en el transporte marítimo de pasaje y carga entre la Península y Marruecos

La CNC ha impuesto multas por valor de más de 88,5 millones de euros a seis grupos de empresas navieras por haber constituido un cártel en el transporte marítimo entre la Península y Marruecos entre los años 2002 y 2010.

El expediente sancionador se originó por las informaciones contenidas en determinados documentos recabados en el transcurso de las inspecciones realizadas en las sedes de diversas navieras que se referían a una conducta colusoria de reparto de mercado y de fijación de condiciones comerciales y de servicio en el mercado del transporte marítimo de pasaje y carga entre la Península y Marruecos.

En su Resolución de 7 de noviembre de 2012, el Consejo de la CNC considera acreditado, tanto a partir de la documentación recabada en las inspecciones como de las declaraciones de los solicitantes de clemencia, que las navieras imputadas participaron en distintas reuniones y llevaron a cambio intercambios de información, llegando a acuerdos sobre fijación de precios, comisiones, condiciones comerciales y horarios en las líneas de transporte marítimo de pasaje y carga que unen la Península con Marruecos.

Se trata de un cártel que respondía al objetivo común de obtener unos beneficios superiores a los que se obtendrían si todos los operadores implicados hubiesen respetado el funcionamiento del mercado y hubiesen competido en él, perjudicando de este modo a los consumidores y usuarios. Para el logro de dicho objetivo, fueron elaborándose y ejecutándose a lo largo de los años una serie de actuaciones coordinadas en función de los medios de producción de cada una de las navieras imputadas, de su presencia en cada línea y de los servicios que prestaban, de forma que cada una de las prácticas implementadas en cada momento conseguía falsear la competencia en cada una de las rutas y servicios, ya fuese de pasaje, carga o de ambos, y cuya acumulación dio lugar a que, durante al menos nueve años, no hubiese competencia en el servicio de transporte marítimo entre la Península y Marruecos. Por todo ello, el Consejo de la CNC ha resuelto imponer las siguientes multas a diferentes empresas del sector: 2.223.464 €; 25.516.377; 11.106.809 €; 8.153.453 €; 27.753.647 € de los que una de ellas es responsable solidaria hasta un importe de 10.708.564 €; 13.834.519 €, de los que otra de ellas es responsable solidaria hasta un importe de 2.905.401€.

A la hora de calcular el importe de las multas, el Consejo de la CNC ha estimado que la gravedad de la conducta, su prolongada duración, su extensión a la práctica totalidad del mercado, así como la intensidad de los instrumentos empleados en su ejecución, han contribuido a generar un grave perjuicio al interés público que justifican la imposición de una sanción del 15% sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción. Asimismo, a la hora de imponer las multas, el Consejo de la CNC ha considerado la concurrencia del agravante de reiteración en alguna de las empresas, lo que incrementa la sanción en una cuantía del 5%. Finalmente, en aplicación del programa de clemencia, el Consejo de la CNC otorga a otra de las empresas y a su filial, una reducción del 40% sobre la sanción que le habría correspondido por haber aportado información con valor añadido significativo para demostrar la existencia del cártel.

IV. DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO

Improcedencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por el perjuicio derivado del régimen de bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias reguladas en los artículos 24.5 y 27.1, 2 y 4 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general declarado contrario al Derecho comunitario (N.º de expediente 959/2012)

Por una determinada entidad se solicitó que se declarase la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los daños y perjuicios que alegó haber sufrido

como consecuencia de no haberse beneficiado del régimen de bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias contempladas en los artículos 24.5 y 27.1, 2 y 4 de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contrario al Derecho comunitario mediante la Sentencia de 4 de febrero de 2010.

Los requisitos fijados por la jurisprudencia comunitaria para que la responsabilidad de un Estado miembro por las vulneraciones del Derecho comunitario que le sean imputables generen un derecho a la indemnización, dependen de la naturaleza de la violación del Derecho comunitario que origine el perjuicio causado, resumiéndose en los siguientes: a) que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; b) que la vulneración del Derecho comunitario esté suficientemente caracterizada; c) que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas; d) que la lesión sea evaluable económicamente e individualizada.

El Consejo de Estado considera que, si bien cabe constatar una violación del Derecho comunitario derivada de la aprobación y mantenimiento en vigor del sistema de bonificaciones y exenciones de las tasas portuarias, no cabe apreciar en la pretensión ejercitada por la reclamante la existencia de un daño indemnizable, pues no parece factible invocar los daños derivados de la imposibilidad de haber disfrutado de un sistema de bonificaciones declarado contrario a Derecho. Y es que no cabe entender que el restablecimiento del equilibrio empresarial en plena competencia pueda consistir en hacer efectivo un régimen de bonificaciones declarado contrario a esas reglas de competencia.

Estima el Consejo de Estado que al solicitarse el resarcimiento de tales perjuicios por la reclamante, se está presuponiendo un derecho del que carecía, puesto que dichas bonificaciones se referían a tráficos marítimos distintos a los desarrollados por aquélla. La reclamante no tenía derecho a disfrutar de las bonificaciones contempladas para los tráficos marítimos internos e intracomunitarios, en la medida en que su actividad estaba referida al transporte marítimo desde puertos españoles y hasta puertos de países terceros, de tal suerte que no es dable inferir de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia un perjuicio indemnizable en este sentido. Por otra parte, en ningún momento se prueba que el tráfico de pasajeros y mercancías objeto de aquellas bonificaciones pudiese haber supuesto una desviación del volumen de actividad en el tráfico marítimo de la reclamante.

Consistiendo el objeto de la reclamación en obtener un beneficio económico igual al que afectaba a un tráfico marítimo distinto y que fue precisamente declarado contrario al Derecho europeo, haciendo aplicación a favor de la reclamante de la norma española expulsada del ordenamiento jurídico por contraria al Derecho europeo, resulta en todo punto rechazable.

Se hace constar también que el importe de las tasas portuarias satisfechas por la reclamante en razón de la actividad de transporte marítimo desarrollada debió ser trasladado a los usuarios de dichos servicios en los precios o tarifas cobrados por el transporte realizado, pues el análisis de la viabilidad económica-financiera del negocio presupone la toma en consideración de la totalidad de los costes en que ha de incurrir la empresa naviera para el desarrollo de la actividad de transporte marítimo, entre

ellos, también el derivado de los tributos que, como las tasas portuarias, gravan dicha actividad. De este modo, la estimación de la pretensión de la reclamante supondría para ésta la obtención de un beneficio adicional al que se hubiere obtenido por el desarrollo ordinario de su actividad, lo que constituiría un enriquecimiento injusto.

Por todo ello, debe concluirse que no cabe apreciar la existencia de una lesión o perjuicio efectivo y real a los efectos de la pretendida declaración de responsabilidad patrimonial, razón por la cual se desestima la reclamación a que se refiere la presente consulta.

Para más información, por favor, visite nuestra Web:

www.gomezacebo-pombo.com

o diríjase a

mjsotelo@gomezacebo-pombo.com