

Noviembre 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.: (32) 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 bimestralmente 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.:
José Luis Palma Fernández y Miguel Troncoso Ferrer.*

Derecho Portuario

Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.

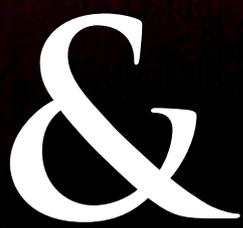
I. LEGISLACIÓN

Orden FOM/1698/2013, de 31 de julio, por la que se modifica la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (BOE de 23 de septiembre de 2013).

La justificación de la revisión de las normas y reglas generales de contratación de los organismos portuarios reside en la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y en la modificación operada en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en materia de recursos y reclamaciones.

La Orden FOM/1698/2013, de 31 de julio, entró en vigor el pasado 24 de septiembre, si bien no será de aplicación a los expedientes de contratación ya iniciados con anterioridad, que se regirán por las normas precedentes en lo que no contravengan el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento del contrato y, en el supuesto de procedimientos negociados, el momento de iniciación se identificará con la fecha de aprobación de los pliegos.

Entre las modificaciones realizadas se encuentran: (i) la reducción de la cuantía de los contratos para los que se exige la elaboración de un pliego de prescripciones técnicas comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de 206.000 a 200.000 euros; (ii) la exigencia de autorización del Consejo de Ministros a los órganos de contratación para: a) celebrar contratos en los supuestos previstos en el artículo 317 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, realizándose la tramitación a través de Puertos del Estado, b) realizar modificaciones de tales contratos, cuando resulten procedentes, y c) proceder a su resolución; (iii) la modificación de la composición de las Mesas de contratación al exigir la existencia de un vocal que tenga atribuidas las funciones de control económico-presupuestario del organismo portuario; (iv) la definición de las funciones que, con carácter general, tendrá la Mesa de contratación; (v) la ampliación del plazo de quince a veinte días para



Noviembre 2013

Boletín de Novedades Jurídicas Portuarias

la constitución de la garantía definitiva tras la notificación de la adjudicación y para su reajuste como consecuencia de la variación del precio del contrato resultante de una modificación del mismo.

Merece destacarse de la nueva regulación el régimen jurídico establecido para la modificación de los contratos, que se ha ajustado a la normativa vigente en materia de contratación en atención a las prácticas recomendadas por la Unión Europea y teniendo en cuenta especialmente la postura manifestada por la Comisión Europea sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación —que determina que si fuese necesario que la prestación se ejecute en forma distinta a la inicialmente pactada se proceda a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes cuya adjudicación habrá de realizarse siguiendo lo previsto en las reglas 39 y siguientes de las instrucciones contenidas en la Orden de referencia— y sobre el carácter de alteración sustancial de aquéllas que excedan en más de un diez por ciento del precio inicial del contrato, frente al veinte por ciento fijado en el texto anterior.

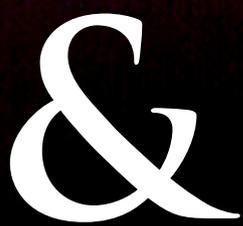
En cuanto al régimen de pagos y revisión de precios, se permite la ampliación del plazo máximo de pago hasta sesenta días mediante previsión en el pliego o pacto expreso en el contrato, y se excluye la revisión de precios en los contratos menores y en aquéllos cuyo pago se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción a compra.

Respecto de la liquidación de los contratos, se prevé que en el de obras el plazo para notificar la liquidación al contratista y abonarle el saldo resultante sea de tres meses, frente al general de un mes, permitiéndose, además, la inclusión en la liquidación del importe de las mayores o menores mediciones de unidades comprendidas en el contrato siempre que su importe no supere el diez por ciento del precio de adjudicación.

En relación con la subcontratación, para que el adjudicatario que se encuentre en concurso pueda ceder sus derechos y obligaciones a terceros, se excluye el requisito de que tenga ejecutado al menos el veinte por ciento del importe del contrato.

Se introducen dos nuevas causas de resolución del contrato: (i) muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, sin perjuicio de que Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias puedan acordar la continuación del contrato con los herederos o sucesores, y la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; y (ii) la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos cuando no sea posible modificar el contrato.

Otra novedad consiste en la previsión de compensación a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en el supuesto de renuncia a la celebración del contrato o desistimiento del procedimiento por el órgano de contratación con anterioridad a la adjudicación, limitándose la posibilidad de renuncia a la existencia de razones de interés público debidamente justificadas y



Noviembre 2013

Boletín de Novedades Jurídicas Portuarias

la de desistimiento a la infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.

En cuanto a los procedimientos de adjudicación y formalización, se establece que la falta de acreditación de capacidad o solvencia impedirá la apertura del resto de sobres, previo pronunciamiento expreso y motivado de la Mesa de Contratación; se exige que la adjudicación sea motivada y se detalla la información mínima que ha de contener la notificación de aquélla a los candidatos o licitadores para permitir a los excluidos o descartados interponer los recursos que estimen convenientes a la defensa de sus derechos e intereses en relación con la decisión de adjudicación. Por otra parte, se definen los supuestos en que podrán emplearse los procedimientos negociados con o sin publicidad y diálogo competitivo, desarrollándose la sustanciación de este último procedimiento.

De igual modo, se ha modificado sustancialmente el régimen de recursos con respecto a la contratación de los organismos portuarios, como exigía la Directiva 2007/66/CE, con la finalidad de reforzar sus efectos permitiendo que los candidatos y licitadores puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de obtener una resolución eficaz. Así, se establece que la competencia para la resolución de las reclamaciones y cuestiones de nulidad que se planteen en relación con la preparación y adjudicación de los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, Los Transportes y los Servicios Postales, corresponderá al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y no al Ministro de Fomento, si bien será el orden Jurisdiccional Civil el competente para resolver las controversias relativas a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos. Corresponderá al orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo el conocimiento y resolución de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos que, concertados por los organismos portuarios para fines distintos de la realización de las actividades establecidas en el artículo 12.b) de la Ley 31/2007, estén sujetos a regulación armonizada o sean contratos de servicios incluidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.

La regla séptima del Anexo II de la Orden ha sido también objeto de modificación para indicar que se aplicará el régimen establecido para las empresas asociadas —que conlleva la inaplicación de las Instrucciones contenidas en la orden— a los contratos de servicios, suministros y obras, siempre que el porcentaje mínimo establecido del promedio de volumen de negocios en la materia que haya efectuado la empresa asociada en los últimos tres años provenga de la prestación de estos servicios a la Administración General del Estado y resto del sector público estatal, frente a la exigencia anterior de que se refiriesen al organismo portuario con el que estuviese asociada. Tampoco serán de aplicación las Instrucciones contenidas en la orden a los negocios jurídicos por los que se encomiende la realización de una determinada prestación a las entidades que tengan atribuida la condición de medio propio y servicio técnico de Puertos del Estado o de las Autoridades Portuarias.

Por último, se ha dado nueva redacción al Anexo III de la Orden FOM/4003/2008 para adaptar los criterios de valoración de las ofertas y selección de la económicamente más ventajosa a las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública. Así, se ha establecido que deben utilizarse tales criterios para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa en los procedimientos de licitación convocados por Puertos del Estado y las Autoridades Portuarias para la contratación de obras, servicios o suministros de importe superior a 200.000 euros, frente a la mera posibilidad de acudir a los mismos o de tenerlos en consideración en atención a que se tratase de contratación de servicios y suministros o de obras, respectivamente, por importe superior a 150.000 euros, prevista en la redacción anterior.

Enmiendas de 2012 al Anexo del Protocolo de 1978 relativo al Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, adoptadas en Londres el 2 de marzo de 2012 mediante la Resolución MEPC.216 (63) (BOE de 29 de octubre de 2013).

Las enmiendas introducidas por el Comité de Protección del Medio Marino a los Anexos I, II, IV y V del Convenio MARPOL entraron en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2013.

Dichas enmiendas consisten en la introducción de la posibilidad de que los pequeños Estados insulares en desarrollo suscriban acuerdos regionales cuando sólo mediante esa vía puedan satisfacer las prescripciones contenidas en los párrafos 1 a 4 de la regla 38 del Anexo I del Convenio; 1, 2 y 4 de la regla 18 del Anexo II; párrafo 1 de la regla 12 del Anexo IV y párrafos 1 y 2.1 de la regla 8 del Anexo V del Convenio.

Enmiendas de 2012 al Anexo del Protocolo de 1997, que enmienda el Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978, adoptadas en Londres el 2 de marzo de 2012 mediante la Resolución MEPC.217 (63) (BOE de 30 de octubre de 2013).

Las enmiendas introducidas por el Comité de Protección del Medio Marino al Anexo VI del Convenio MARPOL y al Código Técnico sobre los NO_x, 2008, entraron en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2013.

Las enmiendas introducidas en el Anexo VI del Convenio MARPOL consisten en el establecimiento de la posibilidad de suscripción por los pequeños Estados insulares en desarrollo de acuerdos regionales cuando tal vía sea el único medio para satisfacer las prescripciones contenidas en el párrafo 1 de la regla 17 del Convenio.

En cuanto a las enmiendas relativas al Código Técnico sobre los NO_x 2008, se sustituyen los párrafos 2.2.4, relativo a los motores sin certificación previa en banco de pruebas, y 2.2.5.1.

II. DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO

Caducidad de concesión demanial para la ocupación de una nave industrial en el Puerto de Vigo como consecuencia del incumplimiento por la entidad concesionaria de la obligación de reponer la garantía de explotación y considerarse tal incumplimiento de carácter esencial que perjudica gravemente al interés público inmanente en las concesiones demaniales (N.º de expediente 249/2013)

Se plantea la procedencia de la declaración de caducidad de una concesión para la ocupación de una nave industrial en el Puerto de Vigo como consecuencia de la falta de reposición de la garantía de explotación por la concesionaria, ascendiendo el importe adeudado a la Autoridad Portuaria a una cuantía 2,8 veces superior al importe de la fianza de explotación que debía haberse constituido.

Manifiesta el Consejo de Estado que es criterio consolidado de dicho órgano consultivo que al constituir la caducidad la sanción máxima que puede afectar a la relación concesional, sólo los incumplimientos de carácter esencial que perjudican gravemente al interés público inmanente en las concesiones demaniales pueden motivar la declaración de caducidad.

En el supuesto concreto, del análisis de las actuaciones realizadas resulta que la concesionaria incumplió la obligación esencial de la concesión consistente en la reposición de la garantía de explotación, a pesar de haber sido requerida a tal fin hasta en tres ocasiones por la Autoridad Portuaria. En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.1.j) del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la falta de reposición de la garantía de explotación previo requerimiento de la Autoridad Portuaria constituye causa de caducidad de la concesión.

Se expone además que, de lo actuado, se infiere que la concesionaria no cumplió con la obligación de abonar las tasas establecidas, desprendiéndose del expediente que el impago se extiende a un plazo superior a los doce meses que el artículo 98.1b) del citado texto fija como determinante para la incoación del correspondiente expediente de caducidad de la concesión.

Por todo lo anterior, el Consejo de Estado dictamina que procede declarar la caducidad de la concesión.

III. RESOLUCIONES E INFORMES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Resolución del Consejo de la CNC de 16 de septiembre de 2013: Recomendación colectiva de precios y acuerdo de precios entre empresas en el sector de transporte de contenedores

El Consejo de la CNC ha impuesto multas por valor de más de 432.000 € a determinada Asociación de Empresarios de Transporte de Contenedores y a diecisiete empresas de dicho sector al considerar acreditada la realización de una recomendación colectiva de precios, consistente en la determinación del importe y modo de aplicación de una cláusula de recargo de combustible por parte de la Asociación, y un acuerdo de precios entre las empresas sancionadas, conductas prohibidas por los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

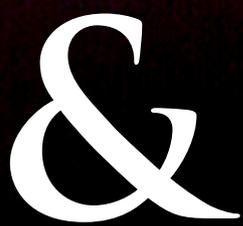
Tales conductas suponen, a juicio del Consejo de la CNC, el traslado a los clientes, de común acuerdo y de forma automática, de un incremento de precios que supuestamente obedece a la variación de uno de los principales componentes de coste de las empresas de transporte de contenedores, respondiendo a un mismo fin: ante subidas del precio del combustible y en una coyuntura menor de demanda, las empresas del sector tratan de proteger sus márgenes mediante actuaciones que coordinan el comportamiento de empresas competidoras, ya sea mediante una recomendación colectiva emitida por la asociación o mediante el acuerdo entre empresas; conductas anticompetitivas con aptitud para distorsionar la competencia en el mercado.

El Consejo señala en su Resolución que la cláusula de revisión que se prevé en la Ley 15/2009, norma que las empresas invocan, establece que deben ser las partes de un contrato quienes individualmente pacten el precio y su forma de revisión, incluida la aplicación de la cláusula, sin que ampare conductas consistentes en que se fije colectivamente el importe de la misma, ni el momento y modo en que debe resultar de aplicación.

Resolución del Consejo de la CNC de 18 de septiembre: Acuerdos sobre fijación de precios y reparto del mercado

El Consejo de la CNC ha sancionado con más de 43 millones de euros a diversas asociaciones relacionadas con el transporte de contenedores por la realización de prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en colaboración con una Autoridad Portuaria y una Consejería de Infraestructuras y Transportes.

La infracción que el Consejo de la CNC entendió cometida consistió en la realización de acuerdos para homogeneizar los precios del transporte por carretera y otras prestaciones unidas al transporte, indemnizaciones por paradas y aplicación coordinada de los incrementos del IPC o del precio del gasóleo, llevando a cabo a tal efecto repartos del mercado y restricciones de la oferta mediante la limitación de vehículos a los que se permitía entrar y prestar servicios en el puerto.



Noviembre 2013

Boletín de Novedades Jurídicas Portuarias

Informe del Consejo de la CNC sobre la Recomendación dirigida a las Autoridades Portuarias para elaborar las condiciones particulares reguladoras de la actividad de transporte terrestre de mercancías en los puertos de interés general (aprobado el 11 de septiembre de 2013).

El informe de referencia fue emitido a solicitud de Puertos del Estado, que consultó a la CNC sobre la adecuación al Derecho de la Competencia de la Recomendación dirigida a las Autoridades Portuarias que integran el sistema portuario de titularidad estatal para elaborar las condiciones particulares reguladoras de la actividad de transporte terrestre de mercancías en los puertos de interés general.

La CNC considera que los requisitos y condiciones de acceso al régimen de autorización incluidos en la Recomendación de Puertos del Estado son objetivos y no discriminatorios, valorando también como adecuadas las condiciones relativas al procedimiento para la obtención de las autorizaciones. Sin embargo, manifiesta dudas sobre la necesidad y proporcionalidad del régimen de autorización, sugiriendo que en la recomendación se incluyan las razones de interés general que lo justifican y la concreción de su proporcionalidad, junto con los motivos por los que no debería ser sustituido por un sistema menos restrictivo como comunicaciones y declaraciones responsables (si se considerase que el mecanismo de autorización no es adecuado, ello requeriría que el Ministerio de Fomento realizase cambios normativos para facilitar el acceso a la actividad).

En el informe se expresa que las Autoridades Portuarias no deben limitar el número de autorizaciones por entender que existe un número excesivo que pueda afectar negativamente a la explotación y que, en el caso de que excepcionalmente limitase dicho número, sería razonable aplicar los principios contenidos en el artículo 8 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

La CNC recomienda también graduar y concretar los supuestos en que las Autoridades Portuarias pueden revocar unilateralmente las autorizaciones.

Además de lo anterior, la CNC solicita que se indique expresamente en la recomendación que las bases de datos en que se incluyan el censo de titulares, tractoras y conductores de las autorizaciones genéricas y específicas cumplirán la normativa de defensa de la competencia, y señala en relación con lo que denomina "otros aspectos problemáticos desde el punto de vista de la competencia" (asignación de plazas de aparcamiento y oficinas a determinados transportistas y empresas y sistema de preavisos), al margen de la Recomendación objeto de valoración, que, de ser generalizados para una mayoría de puertos de interés general, se solicitaría a Puertos del Estado que formulase recomendaciones al respecto.

Para más información, por favor, visite nuestra Web:

www.gomezacebo-pombo.com o diríjase a **mjsotelo@gomezacebo-pombo.com**