



**INF/CNMC/160/18 INFORME SOBRE
EL ESTABLECIMIENTO DE UNA
RESERVA DE BANDERA EN LA
PRESTACIÓN DE SERVICIOS
PORTUARIOS**

4 de diciembre de 2018

Índice

I.	ANTECEDENTES Y CONTENIDO	3
II.	APROXIMACIÓN AL MERCADO DE SERVICIOS PORTUARIOS	8
III.	VALORACIÓN	11
	III.1 Efectos de la reserva de bandera	11
	III.2 Adecuación a la normativa UE de referencia: especialmente a los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida	12
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	14

ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME RELATIVO AL ESTABLECIMIENTO DE UNA RESERVA DE BANDERA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PORTUARIOS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

INF/CNMC/160/18

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar
D. Josep María Guinart Solà
D^a. Clotilde de la Higuera González
D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

SECRETARIO DEL CONSEJO

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 4 de diciembre de 2018

Vista la solicitud de informe del Instituto Social de la Marina del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en relación con la posibilidad de realizar una reserva de bandera respecto a las embarcaciones que realizan servicios portuarios en España y que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 29 de octubre de 2018, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 5.2 de la [Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia](#), la **SALA DE COMPETENCIA** acuerda emitir el siguiente informe.

I. ANTECEDENTES Y CONTENIDO

El transporte marítimo tiene un peso fundamental en el comercio internacional (más del 70% de los intercambios de mercancías entre España con la UE y terceros países)¹. Los **servicios portuarios** son aquellas actividades conexas al transporte marítimo que en última instancia tienen como fin facilitar y dar fluidez al tráfico. Presentan singularidades técnicas y económicas. Más allá del mayor o menor peso en la cuenta operativa del buque, en muchos casos son servicios que permiten el acceso a una infraestructura esencial (*essential facility*) como los puertos. Su buen

¹ Fuente : [Eurostat](#).

funcionamiento es básico para las operaciones comerciales y para la competitividad de los puertos.

El **enarbolamiento** es el acto por el que se concede a un buque el derecho a enarbolar el pabellón del Estado, otorgándole la nacionalidad del mismo y sometiendo al buque al ordenamiento jurídico nacional², incluyendo las obligaciones fiscales o laborales o medidas de seguridad que puedan resultar exigibles.

Desde hace décadas, existe una competencia internacional muy intensa en el transporte marítimo, con un fuerte impacto en el sector portuario y naviero y fuertes procesos de ajuste en costes operativos. En ese contexto, creció el incentivo a enarbolar **banderas de conveniencia**: matricular el buque en terceros países³ que ofrecen menores costes de registro y sobre todo de cargas económicas (laborales, fiscales y medidas de seguridad).

Como consecuencia, los pabellones tradicionales comenzaron a sufrir un progresivo declive en el número de buques registrados, que se agravó especialmente en los años 70. Las medidas de fomento del enarbolamiento -vía ayudas públicas- se encuadran en el conjunto de actuaciones públicas de sostenimiento y reestructuración del sector y protección de la industria nacional. Su manifestación más extrema fue **la reserva de bandera**, que no es sino la reserva de una actividad económica (la prestación de determinados servicios portuarios) a buques nacionales como vía de protección ante la intensa competencia internacional en el sector.

En la década de los años 80 y ante la preocupante merma de la flota, se crean los llamados "**segundos registros**". En ellos ofrecen un régimen jurídico fiscal y laboral extraordinariamente flexible para atraer (o no perder) el registro de buques en el pabellón nacional⁴.

La creación de segundos registros y otras medidas de fomento fueron, precisamente, la respuesta de la UE ante la falta de armonización internacional de la cuestión⁵. Ahora bien, tras constatar las fuertes distorsiones que una acción descoordinada provocó en el mercado interior, exigió que debían ajustarse a los objetivos y requisitos que recogen las [Directrices comunitarias sobre ayudas de](#)

² Art 88. Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima

³ A modo informativo, países como Panamá, Liberia o Bahamas.

⁴ Dentro de los segundos registros existen diferentes modalidades dependiendo de la mayor o menor apertura, requisitos técnicos de los buques, etc.

⁵ Solo 6 países (Panamá, Islas Marshall, Liberia, Hong Kong, Singapur y Malta) concentran el 60 % de las matriculaciones globales del total de buques, medidos en capacidad de carga ([Review of Maritime Transport 2018 UNCTAD](#)).

[Estado al transporte marítimo](#) (2004). Entre otros aspectos se exige⁶: a) que el buque esté inscrito en un “Registro de un Estado miembro”, definido como aquel ubicado en un lugar donde sea aplicable el Tratado y excluyendo los llamados registros *off shore*⁷; b) se permitirán regímenes fiscales más favorables siempre que estén vinculados con el pabellón de uno de los EEMM y contribuyan a los objetivos de la política marítima; c) posibilita la reducción de las cotizaciones y de la tributación por la renta a los empleados del sector.

Dentro de los EE.MM que han creado segundos registros en el territorio de aplicación del Tratado de la UE se encuentra España con el “Registro Especial de buques y empresas navieras de Canarias (REC)”. Está regulado como un régimen especial en la D.A. 16ª 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, exigiéndose requisitos como la ubicación de la empresa⁸; el capitán, primer oficial y 50% de la flota deben tener la nacionalidad de EE.MM, con importantes excepciones; normativa laboral y de seguridad social modulada⁹ para los no nacionales; y, sobre todo, una fiscalidad muy ventajosa, con una reducción en el IRPF del 50%, la bonificación del 90 % en las cuotas de la seguridad social o el régimen especial en el Impuesto de Sociedades (*tonnage tax*¹⁰).

El REC fue creado en 1992, y aunque con fuertes oscilaciones, ha conseguido aumentar la proporción de buques de bandera nacional y ha transformado de forma relevante el sistema. Con todo, **la flota¹¹ controlada por armadores españoles**

⁶ Veáanse las [Directrices](#) para mayor precisión sobre los registros admitidos y excluidos (Anexos, actualizado parcialmente en 2017). Además del registro canario se admiten expresamente los siguientes registros internacionales: Danés, Alemán, Italiano, Madeira y Gibraltar.

⁷ Se declaran como tales y, por tanto, expresamente excluidos los siguientes registros: islas Kerguelen, el Antillas neerlandesas, La Isla de Man, Bermudas e Islas Caimán.

⁸ Que tengan su centro efectivo de control en Canarias, o que, teniéndolo en el resto de España o en el extranjero, cuenten con un establecimiento o representación permanente en Canarias.

⁹ Aunque se declara un régimen laboral sometido a la libertad de pactos, se impone: los mínimos que imponga la Organización Internacional de Transportes, normativa de la UE, convenios internacionales y el sometimiento expreso al régimen del Estatuto de los Trabajadores español en materia de jornada laboral y descansos.

¹⁰ El llamado *tonnage tax* es un régimen de determinación objetivo de la base imponible del IS que no toma como referencia el beneficio empresarial sino las toneladas de registro neto de cada buque. En España fue especialmente controvertido el régimen de arrendamiento fiscal previsto en el IS (*tax lease*). Permitía que las empresas de transporte marítimo adquirieran buques en España con un descuento de entre un 20 % y un 30 %. Fue [declarado incompatible con el Derecho de la UE por la Comisión en 2011](#) aunque el TJUE anuló la decisión en 2015.

¹¹ Ya se mida en número de buques o en toneladas brutas transportadas, los porcentajes son en este caso bastante similares.

muestra las siguientes cifras de registro: alrededor del 50% está inscrita en el pabellón español (REC), un 40% en determinados pabellones de la UE (Malta, Madeira y Chipre) y un 10% restante en pabellones de conveniencia de fuera de la UE, especialmente de Bahamas.

Volviendo a la medida más extrema de protección de la flota nacional, la reserva de bandera, su eficacia ha sido muy cuestionada: genera conflictividad en las relaciones comerciales internacionales y no es muy coherente con el actual marco multilateral de regulación en el seno de la Organización Mundial del Comercio¹². Adicionalmente, el impulso de la UE se ha plasmado en diversas actuaciones en política de portuaria¹³ y en vía legislativa, tras sendos intentos no culminados¹⁴, con el **[Reglamento UE 2017/352](#) por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos**, de inminente entrada en vigor el próximo 24 de marzo de 2019.

El objetivo del Reglamento UE 2017/352 es la reducción de las restricciones en la prestación de servicios, la eficiencia en la prestación en pro del mercado interior y la competitividad a largo plazo de la industria. El Reglamento no impone ningún modelo de gestión portuaria sino una serie de principios comunes englobados en el concepto de “competencia regulada”.

Esto es, se declara el **principio de libre prestación, aunque supeditado a modulaciones**¹⁵, en cuanto a: los requisitos mínimos que se pueden exigir a los prestadores; la limitación del número de prestadores; obligaciones de servicio público; restricciones relacionadas con operadores internos, y exenciones a este principio (por ejemplo, los servicios de manipulación de mercancías, servicios al pasaje y practicaje). Cada una de las modulaciones está supeditada a motivos tasados, criterios, cautelas o principios (transparencia, objetividad, no discriminación, proporcionalidad, etc.).

En concreto, señala el considerando 17 del Reglamento UE citado que “*Los Estados miembros deben informar a la Comisión antes de tomar cualquier decisión de imponer un requisito de bandera a buques principalmente utilizados para operaciones de remolque o amarre. Dicha decisión debe ser no discriminatoria,*

¹² Acuerdos generales del comercio de bienes y servicios (GATT y del GATS), que dieron lugar en sus últimas « rondas » a la [Organización Mundial del Comercio](#).

¹³ Por citar algunos más recientes, el Libro Verde de 1997 o las Comunicaciones «Sobre una política portuaria europea» de 2007 o «Puertos: motor de crecimiento» de 2013.

¹⁴ Propuestas de Directivas de 2001 y 2004 sobre el acceso al mercado de los servicios portuarios.

¹⁵ La propuesta de Reglamento fue objeto de múltiples enmiendas, muchas de ellas transaccionales en un texto de compromiso, con medidas que no respondían al mismo espíritu y no exentas de controversia, como, precisamente la disposición sobre reserva de bandera.

basarse en motivos transparentes y objetivos y no crear barreras comerciales desproporcionadas”.

Además, establece en su art. 4.3 que: “3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4, cuando un Estado miembro considere necesario imponer un requisito de bandera para garantizar el pleno cumplimiento del apartado 2, letra g), a los barcos principalmente utilizados para operaciones de remolque o amarre en los puertos situados en su territorio, informará a la Comisión de su decisión antes de la publicación del anuncio de licitación o, a falta de este, antes de imponer un requisito de bandera”.

La regulación nacional de los servicios portuarios se encuentra en el **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** (TRLP en lo sucesivo). De su lectura cabe destacar lo siguiente.

Primero, la definición y diferenciación entre tipos de servicios: generales, portuarios, comerciales y de señalización marítima. En especial, los **servicios portuarios** se definen como aquellas “*actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias*”.

A su vez, los servicios portuarios se clasifican en diferentes **categorías**: a) técnico-náuticos (practicaje¹⁶; remolque¹⁷ portuario y el amarre¹⁸, y desamarre); b) servicios al pasaje (embarque y desembarque de pasajeros y carga y descarga de equipajes y vehículos en régimen de pasaje); c) servicio de recepción de desechos y residuos generados por los buques, y d) servicio de manipulación de mercancías (carga y descarga, estiba y desestiba, tránsito marítimo y transbordo de mercancías). Por su mayor relación con este informe, los **servicios técnico-náuticos** se definen como los servicios prestados a los buques, que permiten a estos desarrollar sus operaciones en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación.

¹⁶ Asesoramiento a capitanes de buques y artefactos flotantes, prestado a bordo de éstos, para facilitar su entrada y salida a puerto y las maniobras náuticas [...]

¹⁷ Asistencia en el desplazamiento de un buque, instalación, plataforma o boya. Un remolcador que presta asistencia a un buque para maniobrar, aportar una propulsión adicional o sustituir a sus máquinas en caso de avería, asiste a ese buque que transporta viajeros o mercancías, pero no es el buque transportador.

¹⁸ Recoger las amarras de un buque, portarlas y fijarlas a los elementos dispuestos en los muelles o atraques para este fin, siguiendo las instrucciones del capitán del buque, en el sector de amarre designado por la Autoridad Portuaria, y en el orden y con la disposición conveniente para facilitar las operaciones de atraque, desamarre y desatraque.

Segundo, el paso de un modelo de prestación directa de servicios por las autoridades portuarias a un modelo *landlord* de “competencia regulada”. Esto es, la autoridad portuaria tiene atribuidas funciones regulatorias, además de la provisión de la infraestructura y suelo portuario y la provisión directa de servicios generales y de señalización marítima. Se declara la libre competencia y acceso¹⁹ a la prestación de servicios para los puertos de interés general²⁰ con i) excepciones reguladas en la propia ley; ii) la garantía de prestación de servicios esenciales, y iii) obligaciones de fomento de esa libre competencia por las autoridades portuarias y Puertos del Estado (art. 104 TRLP).

La llamada “competencia regulada” se manifiesta en aspectos previstos en los arts. 109 y siguientes del TRLP: la licencia reglada y no exclusiva; la posibilidad de prestación directa o de limitación del número de operadores en supuestos y con criterios tasados²¹: la prestación de servicios conforme al pliego y con exigencias de obligación de servicio público, que prohíben a un solo operador controlar varios servicios; la separación contable de actividades y puertos para los operadores, y las funciones de supervisión y control de las condiciones de competencia efectiva, incluyendo la puesta en conocimiento de la CNMC de posibles prácticas anticompetitivas.

Por último, cabe indicar que este Informe se centrará, especialmente en lo que se refiere a su análisis del mercado, dentro de los servicios portuarios, específicamente en los **servicios técnico-náuticos**, ya que dos de ellos (amarre y remolque) son expresamente citados en la previsión sobre reserva de bandera en el Reglamento. Sin embargo, las consideraciones realizadas en el apartado de valoración son perfectamente asumibles para el resto de posibles servicios potencialmente afectados por la reserva.

II. APROXIMACIÓN AL MERCADO DE SERVICIOS PORTUARIOS

El sector portuario, por sus propias singularidades y como ha demostrado la práctica de autoridades de competencia, es proclive a que puedan surgir problemas de competencia en su funcionamiento²², llamando la atención especialmente la falta

¹⁹ Introducido por la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general.

²⁰ Con los criterios delimitados en el [TRLP](#) (art. 4) como la realización de actividades comerciales marítimas internacionales, afectar a más de una Comunidad Autónoma, relevancia en volumen o carácter esencial de las operaciones, entre otros. El Anexo I recoge 46 puertos de interés general.

²¹ Previsto en el art. 111 ante las siguientes causas tasadas: seguridad, espacio físico disponible, capacidad de las instalaciones, normas de medio ambiente u otras razones objetivas relacionada con las condiciones de competencia.

²² Véanse estudios de la autoridad irlandesa [« Competition in Irish ports »](#) de 2013 ; de la OCDE [« Competition in ports and port services »](#) de 2011 ; y los diversos análisis de la Comisión Europea que han fundamentado las iniciativas legislativas en el sector.

de competencia intraportuaria. **El sector de servicios portuarios español**, de acuerdo con los estudios publicados por Puertos del Estado²³ muestra los siguientes rasgos:

- **Número de operadores y duración de las licencias:** existe una práctica situación de monopolio en casi todos los puertos y servicios y una fuerte concentración de grupos empresariales en el servicio de remolque.

En el servicio de **practicaje**, el número de prestadores está limitado por ley a uno en cada área portuaria. El plazo máximo de las licencias es de 10 años y el plazo medio se sitúa en 8,9 años.

En el servicio de **remolque**, existe una única empresa licenciataria en todos los puertos, salvo en Huelva, Las Palmas y Santander, en donde hay dos licencias. Sin embargo, pese a la existencia de dos licencias, no existe competencia entre ellas, porque o bien ambas pertenecen al mismo grupo empresarial, o bien existe cierta especialización de cada licenciataria en diferentes tipos de servicio. Los principales grupos empresariales representan un 83% del total de los prestadores del servicio de remolque; dentro de ellos, cabe destacar un grupo que posee el 34% de las licencias registradas. El plazo medio se sitúa en torno a 10 años.

Respecto al servicio de **amarre y desamarre**, en el año 2016, había 5 puertos que disponían de 2 o más licencias. El plazo de la licencia en la mayoría de las Autoridades Portuarias es cercano a la media nacional (5 años y medio).

- **Relevancia de los costes de cada servicio:** en términos relativos, dependen del tipo de buque, carga, entre otros aspectos. De acuerdo con un estudio sectorial publicado por Puertos del Estado²⁴, el peso del servicio de amarre es, en promedio, un 9 % del total de costes de los servicios técnico-náuticos, el practicaje, alrededor del 20 % y el remolque, que ocupa la mayor parte de la distribución, un 71 %. En relación con el total de costes operativos, los servicios de amarre, practicaje y remolque suponen un 2 %, 4 % y 12%, respectivamente.
- **Facturación total** en 2016 de las empresas licenciatarias de los servicios técnico-náuticos: 92,4 millones de euros en practicaje, 228,7 millones de euros en remolque y 50,4 millones de euros en amarre.

²³ De acuerdo con los Informes anuales de Competitividad, Memorias y estudios específicos (de análisis comparado con una muestra de puertos internacionales de referencia o sobre determinados tipos de transporte) publicados por el Observatorio Permanente de Servicios Portuarios, de Puertos del Estado : <http://observatorio.puertos.es/Paginas/Index.aspx>

²⁴ [Estudio de la cadena de costes para el tráfico de carga rodada en terminales españolas, de vehículos en régimen de mercancía en buques "Car-Carrier" de 2016](#)

- **Las tarifas** son fijadas por las autoridades portuarias, estableciendo precios máximos que son, en general, bastante superiores a puertos internacionales²⁵, aunque existe una alta variabilidad por puertos. Existe, además, opacidad en cuanto a los mecanismos de fijación de dichas tarifas.

Como puede desprenderse de los rasgos anteriores, el sector de servicios técnico-náuticos español **presenta un amplio margen de mejora en cuanto a su funcionamiento competitivo**: mercados frecuentemente monopolísticos, tarifas excesivamente elevadas y mecanismos de fijación no eficientes. Este análisis parece ser compartido por el propio regulador (Puertos del Estado)²⁶, siendo reflejado en informes de otros actores²⁷.

Este diagnóstico es coherente con el efectuado por la autoridad de competencia, tanto en su función de promoción²⁸ como en la sancionadora²⁹. En

²⁵ [Estudio de Puertos del Estado de los servicios técnico náuticos en los puertos extranjeros competidores de los españoles \(2016\)](#).

²⁶ [Comparecencia en el Congreso de los Diputados en 2015 del anterior Presidente de Puertos del Estado](#), informando del Informe Anual de Competitividad de 2013.

²⁷ "Favorecer la eliminación de barreras de entrada para promover el incremento del número de prestadores de servicios portuarios. Realizar nuevos estudios comparativos de los servicios portuarios españoles con los de otros puertos europeos. Actualizar los Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios. Establecer en los Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios tarifas máximas ajustadas a los costes de los servicios. Las Autoridades Portuarias deben exigir a las prestadoras el traslado/registro de los datos requeridos en los pliegos, necesarios para la elaboración de indicadores. Las Autoridades Portuarias deben exigir el cumplimiento de la separación contable de actividades. Explotación del nuevo Sistema de Gestión de Indicadores puesto en marcha a iniciativa del Observatorio Permanente del Mercado de los Servicios Portuarios. Estudiar las implicaciones de que el servicio de suministro de combustible a buques (bunkering) sea servicio portuario. Desarrollar un sistema de medición de la calidad de los servicios portuarios." Recomendaciones del último informe anual de competitividad publicado por el Observatorio Permanente de los Servicios Portuarios.

También a nivel de la UE: *Aunque el sistema portuario español es rentable, el elevado coste de ciertos servicios portuarios y las elevadas tasas portuarias constituyen un obstáculo al crecimiento del tráfico. El sistema de tasas portuarias es complejo y poco transparente, y los puertos aún no tienen suficiente autonomía en su política de tasas. Por otra parte, según la autoridad española de competencia, existe una falta de competencia en la prestación de servicios en los puertos, y el Tribunal de Justicia Europeo ha pedido a España que adapte urgentemente la legislación vigente sobre trabajo portuario (67). La estrategia nacional de desarrollo portuario a largo plazo podría contribuir a fijar mejor las prioridades de las inversiones en puertos en función de sus cometidos y funciones y promover políticas de tarificación más eficientes. También existe potencial para el desarrollo de mejores vínculos entre los puertos y las zonas del interior (Informe Comisión Europea sobre España, 2016).*

²⁸ Actuaciones en vía consultiva (promoción de la competencia), entre otras, desde el informe "[La competencia en España. Balance y nuevas propuestas](#)" del extinto TdC en 1995; el [IPN sobre el Proyecto de Ley de Puertos de interés general de 2009](#).

²⁹ Entre otros expedientes: 2805/07 ASOCIACIÓN NACIONAL EMPRESAS ESTIBADORAS Y CONSIGNATARIAS/COORDINADORA ESTATAL TRABAJADORES DEL MAR; S/0012/07 PUERTO BARCELONA; S/0060/08 SINTRABI-SINDICATO DE TRANSPORTISTAS AUTÓNOMOS DE BIZKAIA; S/0080/08 NAVIERAS LÍNEA CABOTAJE CEUTA ALGECIRAS; S/0314/10 PUERTO

sus actuaciones se han puesto de manifiesto déficits de eficiencia y de tensión competitiva en el mercado.

III. VALORACIÓN

Una vez contextualizado el sector, sus restricciones y el amplio margen de mejora existente, se analizará a continuación la medida planteada: la posibilidad de que el Consejo General del Instituto Social de la Marina (ISM), a solicitud de la patronal empresarial española, requiera al Ministerio de Fomento el establecimiento de una reserva de bandera en la prestación de servicios portuarios en favor de buques nacionales.

Se argumentan fundamentalmente dos razones: (i) que la posibilidad está prevista en el Reglamento UE 2017 y (ii) que, si no se implantara y existiera libertad de prestación del servicio por terceros Estados, existiría un impacto negativo en los ingresos públicos. El Informe solicita expresamente el ajuste de la medida a las normas de competencia.

Con carácter previo, debe aclararse que este informe se emite desde el punto de vista de las funciones consultivas de promoción de la competencia. En ningún caso excluiría la posible actuación en vía sancionadora de esta Comisión en virtud de la [Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia](#), ni, menos aún, validaría ni otorgaría confianza legítima sobre su ajuste a Derecho. En este Informe se analizará por tanto exclusivamente el ajuste de la medida a la normativa de la UE y especialmente a los principios de regulación económica eficiente y promoción de la competencia, considerados conjunta y coherentemente con el ordenamiento jurídico sectorial de aplicación.

El análisis de la medida propuesta seguirá estas dos fases: en primer lugar, se identifican los efectos de una medida como la reserva de bandera; en segundo lugar, el grado de adecuación de la medida a la normativa de la UE, entre cuyos principios se encuentran especialmente los de necesidad y proporcionalidad.

III.1 Efectos de la reserva de bandera

La reserva de bandera constituye **una práctica fuertemente restrictiva de la competencia**. Supone la reserva en exclusiva de servicios portuarios a embarcaciones nacionales (es decir, registradas en España y con bandera española). Los principales efectos negativos sobre la competencia de esta medida son los siguientes:

- Limita la entrada de operadores al vincularlo con la nacionalidad del buque, privando de los efectos que supone la llegada de nuevos operadores en

VALENCIA; S/0463/13 ASTRACO; S/0464/13 PUERTO SANTANDER; S/DC/0596/16 ESTIBADORES DE VIGO; S/DC/0605/17 AMARRES PUERTO DE ALGECIRAS

términos de eficiencia e innovación en la prestación de servicios, en una medida de naturaleza claramente proteccionista.

- Incrementa el poder de mercado del operador incumbente, en un momento además de transición desde el sistema concesional hacia un régimen de libre acceso regulado.
- Introduce un riesgo de mayores costes, plazos, peor calidad, con un efecto en cascada no solo en el transporte sino en la actividad económica.
- Existe un riesgo de captura al regulador que no puede ser eludible obviado. La solicitud coincide con la amenaza de entrada de grupos internacionales en mercados –especialmente el de remolcadores- fuertemente concentrados³⁰.
- No es descartable que, como consecuencia de la implantación de la misma, se produzca un desplazamiento de operadores de buques a puertos alternativos.

En el análisis, se está asumiendo que la reserva de bandera se refiere a algún servicio técnico-náutico específico y que de ningún modo es una reserva general para la totalidad de servicios portuarios. Si este no fuera el caso y la reserva se aplicara de forma generalizada, el potencial efecto restrictivo se multiplicaría.

III.2 Adecuación de la medida a la normativa UE de referencia, con especial referencia a los principios de necesidad y proporcionalidad

El Reglamento UE 2017 ciertamente recoge la posibilidad de la reserva de bandera (arts. 4.3 y 4.4), pero bajo ciertas condiciones: i) El Estado debe considerar la medida “necesaria” para garantizar el “pleno cumplimiento de las obligaciones en el ámbito social y laboral”; ii) La decisión debe ser no discriminatoria, basarse en motivos transparentes y objetivos y no crear barreras comerciales desproporcionadas; iii) Debe informar de la decisión a la Comisión antes de tomarla, y iv) Parece estar dirigido especialmente a los servicios de remolque y amarre.

Cabría, a continuación, analizar el ajuste de la solicitud presentada a dichos requisitos. Aunque la solicitud proviene del IMS, lo cierto es que el único objetivo que se apunta es el del mantenimiento de ingresos públicos para la Administración española, tanto a nivel impositivo como de los recursos de la Seguridad Social. La otra información relevante que se ofrece es que la solicitud originaria no proviene de la Administración (probablemente la más interesada y concedora de en qué medida sus recursos públicos están en riesgo), sino de los propios operadores españoles.

Analizando la información ofrecida, deben señalizarse estas carencias:

³⁰ Incluso solicitudes expresas de nuevos operadores extranjeros, en este caso de la UE, como en el [Puerto de las Palmas](#).

- Considerando su carácter excepcional, corresponde a la Administración proponente probar, tanto la admisibilidad de los objetivos perseguidos³¹, como que la medida prevista es necesaria y adecuada para tal objetivo, como viene insistiendo la Comisión Europea y el TJUE³², además del propio Reglamento UE.
- Se desconoce si se ha producido algún tipo de información a la Comisión Europea acerca de la medida propuesta, en línea con lo exigido por el Reglamento UE citado.
- Se desconoce el ámbito de aplicación exacto de la reserva, sin que se haya detallado si afectaría a todos los servicios portuarios o solo algunos de ellos. Tampoco se detalla si esa reserva implicaría la existencia de una licitación “por el mercado” para los operadores nacionales o simplemente se modificarían las condiciones del o los prestatarios ya presentes.
- Cabe analizar además su carácter no necesario y no proporcional:

No parece en absoluto necesario, por cuanto siendo la reserva la medida más restrictiva, y aunque se apunte a la afectación de los recursos de la Seguridad Social –además de los impositivos- en ningún momento se prueba que con la medida se va a garantizar alcanzar el pleno cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales.

Tampoco proporcional, porque el propio Reglamento UE ya realiza una salvaguarda inequívoca³³ de la legislación laboral y social de los Estados miembros, indicando que es exigible a todo prestador. Además, la medida, aplicada en términos generales, también dejaría fuera de los puertos españoles a prestadores³⁴ de países miembros de la UE cuyo buque no estuviera registrado en España, forzándoles, como única opción para que ejerzan su actividad al abanderamiento español.

La propia Comisión Europea ha aprobado diferentes instrumentos de apoyo a través de la política de ayudas de Estado que persiguen mejorar la competitividad de los puertos y de los operadores. De especial interés a este respecto son las referidas a fomentar, entre otros fines³⁵, el abanderamiento y

³¹ Véase la compilación de la doctrina del STJUE en los considerandos y articulado de la Directiva de Servicios sobre las RIIG admisibles y los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. Aunque la Directiva de Servicios no sea aplicable al sector transporte recoge toda esa jurisprudencia también para la libertad de establecimiento, directamente aplicable al sector, aparte de compartir conceptos comunes.

³² Véase la STJUE de la Estiba de 2014.

³³ Considerando 16, 35, 56 y artículo 9 del Reglamento UE 2017, entre otros.

³⁴ Entiendase en todo momento esta noción de nacionalidad como el Estado de registro del buque -su nacionalidad- y no de la empresa prestataria del servicio pues es sabido que lo más frecuente es el registro en pabellón extranjero. e

³⁵ Mejorar un transporte marítimo fiable, eficaz, seguro y no dañino para el medio ambiente; fomentar el abanderamiento o reabanderamiento en los registros de los Estados miembros;

reabanderamiento de buques. En cualquier caso, son instrumentos que son alternativas razonables a la medida propuesta y cuya escasa efectividad habría que haber probado antes de adoptar medidas de naturaleza muy restrictiva como la reserva de bandera.

Por todo lo anterior, cabe concluir que la medida propuesta no se ajusta adecuadamente a las exigencias de la normativa de la UE. Además, tampoco parece ajustarse a los principios de buena regulación propios de nuestro ordenamiento jurídico ni a las recomendaciones de apertura y libre acceso que plasman los informes de competitividad que elabora el propio observatorio de servicios portuarios.

En cualquier caso, desde esta Comisión se recomienda seguir avanzando en la liberalización de los servicios portuarios para conseguir un aumento de la competencia, eficiencia, innovación y bienestar de los ciudadanos.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La competencia en el sector de servicios técnico-náuticos español presenta un amplio margen de mejora: mercados frecuentemente monopolísticos, tarifas excesivamente elevadas y mecanismos de fijación no eficientes.

La regulación aplicable está orientada a garantizar la competencia y la libre entrada de operadores, si bien sigue un modelo de “competencia regulada” al prever diversas modulaciones ante determinados objetivos de interés general. Sin embargo, cada posible excepción al régimen de libre competencia está modulado con principios y cautelas para minimizar su impacto negativo.

La reserva de bandera solicitada constituye una práctica fuertemente restrictiva de la competencia al restringir la entrada de nuevos operadores y aumentar el poder de mercado del operador incumbente, reduciendo la amenaza de nuevos entrantes.

Dado su carácter excepcional, la normativa de la UE es especialmente exigente con las condiciones en que puede adoptarse esta medida: i) El Estado debe considerar la medida “necesaria” para garantizar el “pleno cumplimiento de las obligaciones en el ámbito social y laboral”; ii) La decisión debe ser no discriminatoria, basarse en motivos transparentes y objetivos y no crear barreras comerciales desproporcionadas; iii) Debe informarse de la decisión a la Comisión antes de tomarla; iv) parece estar dirigido especialmente a los servicios de remolque y amarre.

contribuir a la consolidación del sector marítimo establecido en los Estados miembros, al tiempo que se mantiene una flota competitiva global en los mercados mundiales; mantener y mejorar los conocimientos técnicos marítimos y proteger y fomentar el empleo para los marinos europeos, y contribuir al fomento de nuevos servicios en el ámbito de la navegación marítima de corta distancia, de acuerdo con el Libro Blanco sobre la política europea de transportes.

Analizando la información ofrecida, esta Comisión considera que la **medida propuesta no se ajusta adecuadamente a las exigencias de la normativa de la UE**. Además, tampoco parece ajustarse a los principios de buena regulación propios de nuestro ordenamiento jurídico.

Respecto a su necesidad, en ningún momento se prueba que con la medida se va a garantizar alcanzar el pleno cumplimiento de las obligaciones sociales y laborales.

Respecto a su proporcionalidad, porque el propio Reglamento UE ya realiza una salvaguarda inequívoca³⁶ de la legislación laboral y social de los Estados miembros, indicando que es exigible a todo prestador. Además, la medida, aplicada en términos generales, también dejaría fuera de los puertos españoles a prestadores de países miembros de la UE cuyo buque no estuviera registrado en España.

En este sentido, independientemente de que existan alternativas menos restrictivas como los segundos registros, parece más razonable avanzar en la liberalización de los servicios portuarios para conseguir un aumento de la competencia, eficiencia, innovación y bienestar de los ciudadanos.

³⁶ Considerando 16, 35, 56 y artículo 9 del Reglamento UE 2017, entre otros.

