



**IPN/CNMC/033/18 PROYECTO DE
DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA
EL RÉGIMEN ESPECIAL DE PRESTACIÓN
DE LOS TRANSPORTES MARÍTIMOS EN
LAS ILLES BALEARS**

17 de enero de 2019

Índice

I.	ANTECEDENTES	3
II.	CONTENIDO	5
III.	VALORACIÓN	7
	III.1 Observaciones generales	7
	III.2 Observaciones particulares	11
	III.2.1 Requisitos de acceso a la actividad	11
	III.2.2 Obligaciones de Servicio Público	13
	III.2.3 Contrato de Obligaciones de Servicio Público	15
IV.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	18



ACUERDO POR EL QUE SE EMITE INFORME RELATIVO AL PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE DESARROLA EL RÉGIMEN ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE LOS TRANSPORTES MARÍTIMOS EN LAS ILLES BALEARS

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

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

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 17 de enero de 2019

Vista la solicitud de informe de la Dirección General de Puertos y Aeropuertos (DGPA) de la Conselleria de Territori, Energia i Mobilitat del Govern Balear en relación con el Proyecto de Decreto de referencia, que tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el 27 de noviembre 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

El [Reglamento \(CEE\) nº 3577/92](#) reconoce el **principio de libre prestación de servicios de los transportes marítimos de cabotaje dentro de la UE**¹. El [Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante](#),

¹ Véase en especial el [Reglamento \(CEE\) nº 3577/92](#) (considerando 9 y art. 2.4) y su Comunicación interpretativa [COM(2014) 232 final de 22.4.2014], en su apartado 5. *servicio público* (págs. 11-22). Destacable también la [Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 2001, en el asunto C-205/99, ANALIR](#), apartados 31 y siguientes o la Decisión de la Comisión Europea en [Asunto SA.48120 SGEI – Compensation for scheduled coastal maritime public transport on the route No 409: Preko – Ošljak – Zadar](#).

[aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre](#), prescribe que el Gobierno podrá establecer obligaciones de servicio público a las empresas operadoras que resultaran necesarios para asegurar el servicio de transporte entre distintas localidades o para garantizar su prestación en condiciones razonablemente aceptables de frecuencia, precio, calidad o universalidad (art. 260). Dichas obligaciones podrán dar derecho a compensaciones económicas.

Con base en lo anterior, el [Real Decreto 1516/2007, de 16 de noviembre, por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público](#), establece los instrumentos jurídicos de intervención en este mercado: *Obligaciones de Servicio Público* (OSP) y *Contratos de Servicio Público* (CSP).

Entre las obligaciones de servicio público contempladas se encuentran tanto frecuencias mínimas² de los servicios como el tiempo mínimo de prestación de los mismos (dos años), además de requisitos de capacidad económica (garantía). Se indica además que las frecuencias señaladas deberán cumplirse bien de forma individual por cada una de las empresas prestatarias del servicio o bien colectivamente por el conjunto de todas ellas, mediante el oportuno compromiso de las mismas ante la Dirección General de la Marina Mercante.

Por su parte, el artículo 30.6 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears establece la competencia exclusiva en materia de «transporte marítimo exclusivamente entre puertos o puntos de la comunidad autónoma, sin conexión con otros puertos o puntos de otros ámbitos territoriales».

El ejercicio de esta competencia ha de enlazarse en el más amplio marco de las competencias del Estado (Ley de Puertos ya citada) y de la Unión Europea³. Los

² En lo que afecta a las Islas Baleares, se establecen las frecuencias siguientes:

- Línea Barcelona-Palma de Mallorca y viceversa: 3 viajes semanales.
- Línea Valencia-Palma de Mallorca y viceversa: 3 viajes semanales.
- Línea Denia-Palma de Mallorca y viceversa: 3 viajes semanales.
- Línea Barcelona-Ibiza y viceversa: 3 viajes semanales.
- Línea Valencia-Ibiza y viceversa: 3 viajes semanales.
- Línea Denia-Ibiza y viceversa: 3 viajes semanales.
- Línea Barcelona-Mahón y viceversa: 3 viajes semanales
- Línea Valencia-Mahón y viceversa: 3 viajes semanales.

³ En especial el Reglamento 4056/1986 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Económica Europea a los transportes marítimos (actuales artículos 81 y 82 TUE); y, sobre todo, el Reglamento 3577/1992 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que

citados conjuntos normativos establecen el principio de la libertad de las empresas comunitarias para prestar servicios de transporte marítimo, libertad que solo puede ser eventualmente limitada por razones de orden público, seguridad, salud pública o por otras causas imperiosas de interés general. En base a estas competencias, se ha aprobado la Ley 11/2010, de 2 de noviembre, de Transporte Marítimo de las Illes Balears.

Por último, cabe señalar que esta Comisión ha realizado algunas actuaciones⁴ previas en materia de transporte marítimo, en general referidas a la posibilidad de fijar condiciones especiales en la prestación del servicio (en concreto, el establecimiento de una tarifa máxima). También se ha pronunciado en numerosas ocasiones en sede de control de concentraciones⁵ y conductas anticompetitivas⁶.

II. CONTENIDO

El Proyecto de Decreto (PD) consta de 15 artículos, una disposición adicional única (autorizaciones a buques con bandera de fuera de la UE o EEE), una disposición final única (entrada en vigor en 3 meses) y un anexo. Los artículos se ordenan en un capítulo 1 sobre disposiciones generales, un capítulo 2 sobre el registro balear de navieros, un capítulo 3 sobre Obligaciones de Servicio Público, un capítulo 4 sobre el contrato de obligación de servicio público, un capítulo 5 sobre transporte turístico y recreativo y un capítulo 6 sobre derechos de los pasajeros.

En lo que se refiere al acceso a la actividad, se contempla la existencia de una declaración responsable cursada a la DGPA, eliminándose cualquier referencia a autorización administrativa previa.

Ya la Ley 11/2010, de 2 de noviembre, de ordenación del transporte marítimo de las Illes Balears establecía que **se declaran de interés estratégico para las Illes Balears** (art. 14): a) Las líneas regulares de transporte marítimo interinsular

se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo).

- ⁴ Informe ex art. 26 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia de 24 de febrero de 2010. Informe de posición ex art. 5 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de creación de la CNMC sobre el establecimiento de OSP en la línea Algeciras-Ceuta.
- ⁵ Destaca la reciente concentración [C/0922/18 NAVIERAS ARMAS / TRASMEDITERRANEA](#), en la que la ruta Ceuta- Algeciras no es analizada en detalle por no presentar riesgos.
- ⁶ Por ejemplo, [S/0241/10: NAVIERAS CEUTA -2.](#), [S/0080/08: NAVIERAS LINEA CABOTAJE CEUTA ALGECIRAS](#), resolución de 11-12-1991 de autorización del Acuerdo para la regulación del servicio marítimo de la línea Algeciras-Ceuta; resolución de 13-6-2003 del expte. 543/02; resolución de 30-5- 2006 del expte. A 354/05.

siguientes: entre el puerto de la Savina de la isla de Formentera y el puerto de Eivissa de la isla de Ibiza; entre el puerto de Alcudia de la isla de Mallorca y el puerto de Ciutadella de la isla de Menorca; y entre el puerto de Eivissa de la isla de Ibiza y el puerto de Palma de la isla de Mallorca. Para el transporte marítimo interinsular regular las instalaciones portuarias siguientes: La Savina, Eivissa, Palma, Alcúdia, Ciutadella de Menorca, Maó, Sant Antoni y Cala Rajada.

El Gobierno de las Illes Balears fijará en el plazo de doce meses las condiciones de continuidad, de frecuencia, de capacidad y de precio que se consideren el mínimo indispensable para garantizar un servicio suficiente, con especial atención a los costes derivados de la doble insularidad de los residentes en las islas de Menorca y de Ibiza, y de la triple insularidad de los residentes en la isla de Formentera. El establecimiento de las líneas que atienden líneas de interés estratégico de transporte marítimo regular no supone por sí mismo variación alguna del régimen de libertad de prestación, ni la imposición de obligaciones de servicio público en esos trayectos ni sobre los prestadores.

En base a esta habilitación, **el art. 5 del PD identifica como OSP**, con carácter de mínimos, las siguientes:

- a) Regularidad y continuidad de la prestación (cubriendo en el mes de prestación mínima al menos el 20% de las frecuencias que presten en el mes de prestación máxima).
- b) Frecuencias mínimas: línea Ibiza-Formentera (11 viajes diarios), línea Ibiza-palma (7 viajes semanales), línea Alcudia-Ciudadella (2 viajes diarios)
- c) Capacidad de prestación del servicio (10% de la fórmula del anexo 1⁷).

Si las frecuencias se sitúan por debajo de lo establecido en el PD, la DGPA compelerá a las empresas navieras a establecer de forma urgente medidas de coordinación necesarias con carácter voluntario para garantizar efectivamente la cobertura mínima establecida. Si ello no diera resultado, la DGPA podrá dictar directrices de coordinación de obligado cumplimiento, con el debido respeto al derecho de la competencia y de garantía de unidad de mercado.

También podrá modificar el Govern las OSP o establecer otras nuevas si se prueba que las existentes no son suficientes para garantizar los servicios esenciales de transporte (por causas de salud, laborales o similares y no por causas de ocio, vacacionales o asimiladas), contemplándose posibles compensaciones económicas.

⁷ Se realiza en función de tres variables: capacidad máxima anual de los buques adscritos, tarifa media ponderada y coeficiente de ocupación.

Respecto al denominado Contrato de obligación de servicio público (COSP), el art. 6 del PD indica que el Govern podrá decidir prestar los servicios marítimos regulares mediante un contrato administrativo especial⁸ siempre que antes se acredite debidamente que:

- los servicios de transporte existentes son insuficientes (en cantidad y calidad) para satisfacer las necesidades esenciales del transporte (por causas de salud, laborales o similares y no por causas de ocio, vacacionales o asimiladas).
- que no se han cumplido las OSP o las medidas de coordinación contempladas o bien que hayan sido insuficientes.

La celebración de un COSP será compatible con el establecimiento de otras líneas regulares y con la normativa de competencia. La empresa adjudicataria será, en todo caso, compensada a través de la subvención correspondiente, que no podrá superar la necesaria para cubrir totalmente los costes y gastos ocasionados por la ejecución de las OSP establecidas en el contrato. La duración será como máximo de 6 años.

Respecto al **transporte turístico y recreativo**, señala el art. 11 del PD que deben realizarse en condiciones diferenciadas respecto a los regulares que sean coincidentes total o parcialmente en su itinerario. Se introducen medidas para garantizar que la totalidad del pasaje embarcado vuelva al destino final de la excursión (vuelta al puerto de origen en un máximo de 12 horas; no operar en puertos donde operen líneas regulares estratégicas...).

Se contempla además la **actividad del taxi marítimo** con buques debidamente despachados para este fin. Las empresas que presten estos servicios deberán tener las licencias o autorizaciones que, en su caso, procedan.

III. VALORACIÓN

III.1 Observaciones generales

La actividad de cabotaje marítimo está plenamente liberalizada. Ello supone que cualquier propuesta de intervención regulatoria, como la contenida en el PD analizado, debe partir de considerar que solo cuando concurra una necesidad real de interés público que las fuerzas del mercado no garanticen con la debida suficiencia o calidad, podrán aceptarse excepciones a la regla general de libre

⁸ De conformidad con lo establecido en los arts. 21 y 22 de la Ley 11/2010.

prestación del servicio⁹, tales como la imposición de OSP y/o la celebración de un COSP.

Además, cabe recordar que cualquier medida regulatoria que sea adoptada para perseguir los objetivos de interés público señalizados debe responder adecuadamente a los principios de buena regulación¹⁰, de obligado cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico. Cabe recordar a este respecto que aunque los Estados miembros de la UE tienen un amplio margen discrecional en la definición de la necesidad de servicio público y en el alcance de dicho servicio, la decisión está sujeta al control por parte de la Comisión Europea, en concreto sobre la base de un posible error manifiesto de apreciación¹¹.

Dicho de otro modo, para poder intervenir¹² no basta con alegar un objetivo de integración territorial. Se requiere, además, que la realización de tal objetivo no esté ya garantizada por el mercado. Así lo ha recordado también la jurisprudencia europea más reciente¹³.

Debe, pues, resaltarse que, con carácter previo a cualquier medida de intervención pública, debe **analizarse el mercado en su doble perspectiva**:

⁹ STJUE 9 julio 2015 ([C-63/14](#)).

¹⁰ Así se recoge en distintos preceptos del ordenamiento estatal, especialmente el [artículo 4 de la Ley 40/2015](#) de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, el [artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el [artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre](#), de Garantía de la Unidad de Mercado. **En el ámbito autonómico, cabe citar el art. 42 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de normas reguladoras de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y los arts. 36 y 42 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears.**

¹¹ Asunto T-17/02, *Fred Olsen*, Rec. 2005, p. II-2031, apartado 216, y Decisión 2013/435/UE de la Comisión, de 2 de mayo de 2013, relativa a la ayuda estatal SA.22843 (2012/C) (ex 2012/NN) ejecutada por Francia en favor de las compañías SNCM y la CMN, DO L220 de 17.8.2013, p. 20.

¹² Creando lo que se conoce como un Servicio de Interés Económico General (SIEG), es decir, actividades económicas que producen resultados de interés público y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una intervención pública.

¹³ Por ejemplo, en la Sentencia de 1 de marzo de 2017 (asunto SNCM en la ruta Marsella-Córcega, [Caso T-454/13](#)) se señala que los Estados no están dispensados de demostrar el cumplimiento del requisito de constatar la falta de iniciativa privada: constituye un requisito previo a la calificación de una actividad como SIEG y, por lo tanto, que la condición relativa a la insuficiencia o ausencia de iniciativa privada es inherente al primero de los criterios Altmark (Sentencia de 24 de julio de 2003) y requiere un examen detallado (apartado 108). Y añade que las necesidades de servicio público deben demostrarse por los Estados y que pueden valorarse fácilmente, entre otros medios, a través de estudios de mercado, consultas públicas o convocatorias de proyectos (apartado 135).

Desde el punto de vista de la demanda, para delimitar efectivamente cuál es la necesidad real que hay que cubrir: número habitual de pasajeros-año, naturaleza de los mismos, motivos y necesidades del viaje (sanitaria, educativa, laboral, turística...), etc. Desde la óptica de la oferta, para determinar cuáles son, en su caso, las necesidades no satisfechas por el mercado, en términos de precios, calidad, frecuencias, capacidad, etc.

En cualquier caso, este proceso de evaluación, para ser completo, debería llevar también a analizar las **barreras regulatorias existentes**, por cuanto que, si son estas barreras las que provocan que no se cubran las necesidades reales, debe plantearse la opción de actuar sobre estas barreras.

Si efectivamente se hubiera constatado la existencia de un fallo de mercado, el siguiente paso sería determinar cuál es el instrumento regulatorio que más se ajusta a los principios de necesidad y proporcionalidad, y por ello menos distorsionador del principio de libre prestación del servicio. Si fuese más allá de lo estrictamente necesario, restringiría innecesariamente una libertad que es esencial para el buen funcionamiento del mercado interior¹⁴.

Tratando de minimizar los efectos de la intervención pública, se desarrolla en la normativa europea la distinción entre OSP¹⁵ y COSP¹⁶, estableciendo una preferencia entre los mismos¹⁷: se debe agotar en primer lugar la intervención mediante la imposición de OSP y solo después acudir a un COSP.

¹⁴ Así lo reconoce la citada Comunicación interpretativa del Reglamento UE [[COM\(2014\) 232 final](#) de 22.4.2014] (pág. 18): “*Al imponer obligaciones de servicio público, los Estados miembros intervienen en las condiciones de acceso al mercado en ciertas rutas, lo cual puede crear distorsiones de la competencia si no se hace de forma no discriminatoria. Dichas intervenciones pueden considerarse legítimas y legales en función del objetivo perseguido (garantizar la suficiencia de servicios de transporte regulares y programados hacia, desde y entre las islas). Toda intervención relacionada con una obligación de servicio público debe ser proporcional al objetivo perseguido [...]*”

¹⁵ Conforme al Reglamento UE, las obligaciones de servicio público son las obligaciones que el armador comunitario en cuestión no asumiría o no lo haría en la misma medida ni en las mismas condiciones si considerara su propio interés comercial.

¹⁶ Conforme al Reglamento UE, contrato de servicio público es el existente entre las autoridades competentes de un Estado y un armador comunitario a fin de ofrecer al público servicios de transporte suficientes. Un contrato de servicio público podrá comprender en particular: servicios de transporte que cumplan normas establecidas de continuidad, regularidad, capacidad y calidad, servicios de transporte complementarios, servicios de transporte a precios y condiciones específicos, en especial para determinadas categorías de viajeros o para determinadas conexiones, y adaptaciones de los servicios a las necesidades reales.

¹⁷ Así viene siendo interpretado por la Jurisprudencia (STGUE de 2017, SNMC contra Comisión [[Caso T-454/13](#)]): “*[...] es preciso que las autoridades nacionales adopten preferentemente el enfoque que menos perjudique las libertades esenciales para el buen funcionamiento del mercado interior. (...), la imposición de OSP aplicables a todos los transportistas que deseen prestar sus servicios en un determinado enlace, sin que necesariamente se conceda una*

En este sentido, por tanto, la decisión que se tome debe seguir indefectiblemente esa hoja de ruta, siendo necesario que sea cual sea la opción elegida se ofrezca la justificación documental probatoria que la respalde. Se recuerda además que, en cualquier caso, dicha opción es susceptible de reevaluación permanente.

En el presente caso, **el PD remitido por el Govern no contiene información sobre estos aspectos**, dado que el texto normativo no se acompaña de estudios o análisis de impacto. Es por ello por lo que la primera consideración que debe realizarse al respecto es que esta información debe formar parte del expediente, pues de lo contrario será imposible valorar si las medidas de intervención regulatoria contempladas (por ejemplo, la existencia de 11 viajes diarios entre Ibiza y Formentera) presentan una adecuada razonabilidad en base a los principios de buena regulación de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

No obstante, a pesar de lo anterior, **cabe reseñar que el enfoque regulatorio que plantea el PD es sustancialmente correcto**, por cuanto parte del principio de libre prestación del servicio y solo en determinadas circunstancias y con un ámbito objetivo y subjetivo acotado, contempla medidas de intervención. Merece igualmente una valoración positiva, sin perjuicio de los comentarios que después se realizan, la adaptación del régimen de títulos habilitantes desde figuras autorizadoras previas hacia declaraciones responsables.

Debe advertirse, no obstante, que en las observaciones realizadas a continuación no solo se tiene en mente el PD sino el marco regulatorio más amplio que constituye tanto dicha norma como la Ley 11/2010, dado que en determinadas circunstancias no es posible abstraerse de la relación que necesariamente comparten. Se es consciente, en cualquier caso, de que algunos de los comentarios realizados podrían exigir una reforma de la norma con rango de ley que excede las posibilidades del PD.

En definitiva, en los apartados siguientes se realiza una evaluación más detallada de algunos aspectos que son, a juicio de esta Comisión, susceptibles de mejora.

compensación económica (véase el artículo 4, apartado 2, del Reglamento sobre cabotaje marítimo) conlleva restricciones menos importantes de la libre prestación de servicios que la concesión de una compensación económica a un determinado transportista o a un número limitado de transportistas en el marco de una DSP” (apartado 134). Entiéndase DSP (Delegación de Servicio Público) como CSP ya que se licitaba.

Por ejemplo, en la Decisión de la CE [Asunto SA.48120 SGEI – Compensation for scheduled coastal maritime public transport on the route No 409: Preko – Ošljak – Zadar](#), las autoridades Croatas tuvieron que demostrar que con unas simples OSP no era suficiente para conseguir satisfacer las necesidades identificadas.

III.2 Observaciones particulares

III.2.1 Requisitos de acceso a la actividad

Dentro del transporte regular regulado por el PD, cabe diferenciar dos posibles tipologías de líneas de transporte: (i) las que no han sido calificadas como líneas de interés estratégico y (ii) las que han recibido efectivamente ese calificativo. Además, cabe precisar también el acceso a las (iii) actividades de transporte turístico o recreativo, incluyendo la de taxi marítimo.

Respecto a las líneas que no han sido calificadas como de interés estratégico, en el PD no se establecen requisitos de acceso o ejercicio para los operadores, más allá de las obligaciones de información al registro balear de navieros. Cabe recordar no obstante que los arts. 7 y 8 de la Ley 11/2010 contemplan que exista una comunicación previa al inicio de la actividad. A tales efectos, las personas interesadas deben notificar fehacientemente su voluntad de realizarlas a la consejería competente, con una antelación mínima de quince días al inicio de la actividad, y deben acreditar el cumplimiento de los requisitos legales preceptivos para ejercerla.

Adicionalmente, continúa la Ley citada, deben: a) Tener la condición de empresa naviera española o de armador comunitario¹⁸. b) Estar inscritas en uno de los registros de empresas navieras, regulados en la Ley 27/1992, de puertos del Estado y de la marina mercante, o en la norma que la modifique. c) El título de propiedad, de arrendamiento o de fletamento u otro por tiempo que asegure la disponibilidad sobre el conjunto de los buques que sean destinados a la línea. d) Acreditar que el buque o los buques que se destinan al transporte cumplen los requisitos exigidos por la normativa vigente para poder navegar y los requerimientos técnicos y de seguridad en función de las características del transporte a realizar. e) La comunicación de los cuadros de precios o tarifas previstos. f) La garantía de una duración de la prestación del servicio no inferior a doce meses, cuando el itinerario afecte a una línea regular ya existente, salvo causas excepcionales debidamente acreditadas. g) Disponer de los seguros obligatorios de viajeros y de responsabilidad civil por daños a terceras personas con ocasión del transporte que exija la normativa mercantil vigente. h) Cualquier otro requisito referente al buque, a su tripulación y a la actividad de transporte que se pretende desarrollar que sea legalmente exigible.

Algunos de estos requisitos son cuestionables: primero, porque la comunicación de los cuadros de precios o tarifas previstos parece exceder la finalidad de control del número de operadores activos mediante la creación de un registro

¹⁸ Para un análisis de otras figuras aplicables, puede consultarse el informe de la CNMC sobre reserva de embarcaciones que prestan servicios portuarios ([INF/CNMC/160/18](#)).

administrativo e introduce potencialmente riesgos de coordinación entre operadores; segundo, porque la exigencia de una duración mínima de 12 meses en la actividad puede impedir la entrada de operadores que ofrezcan mejoras a los usuarios, aunque sean de un alcance temporal menor; tercero, porque la fijación de un plazo de preaviso¹⁹ de entrada en el mercado (y de salida del mismo) así como la exigencia de inscripción en un registro administrativo parecen contravenir el hecho de que solo se exija una declaración responsable para el inicio de la actividad. Se recomienda por ello el replanteamiento de estos requisitos desde la óptica de los principios de buena regulación.

Respecto al acceso a las líneas calificadas como de interés estratégico, además de a los requisitos anteriores, el PD las sujeta al cumplimiento de exigencias de regularidad, frecuencias y capacidad económica, los cuales serán analizados en el siguiente apartado, al cual nos remitimos.

Por lo que se refiere a las actividades de transporte turístico y recreativo²⁰, incluida la de taxi marítimo, debe señalarse que el art. 11 del PD señala que estos transportes deben realizarse en *condiciones diferenciadas* en relación con los transportes regulares que sean coincidentes total o parcialmente con su itinerario. En base a ello, se imponen requisitos relativos al trayecto (deberá ser circular y no durar más de 12 horas; no podrá realizar escalas en puertos donde operen líneas estratégicas; deberá presentar una memoria de actividades de los servicios prestados).

Cabe cuestionarse la razonabilidad de alguno de los requisitos: primero, porque los operadores que operan en líneas calificadas estratégicas pero potencialmente coincidentes con otras que no lo son no tienen por qué tener garantizada la exclusividad de la operativa de transporte en dicha ruta ni esta limitación al resto de operadores puede ser catalogada como una razón imperiosa de interés general; segundo, porque la oferta que en este sentido podría ofrecer este tipo de operadores perjudica a un perfil de pasajeros que podría estar dispuesto a contratar el servicio, obviamente siempre que se den las condiciones mínimas de seguridad adecuadas; tercero, porque la medida es potencialmente desproporcionada ya que basta una mera coincidencia parcial con una línea estratégica para una prohibición total de acceso a la ruta; cuarto, porque la exigencia de una memoria de actividades contraviene el principio de que se puede acceder a la actividad con una mera declaración responsable. Se recomienda por tanto un replanteamiento de estos requisitos desde la óptica de los principios de buena regulación.

¹⁹ Plazo que por otro lado también contempla el ya citado RD 1516/2007.

²⁰ Les son aplicables los arts. 5.2, 6, 7, 8.1 (letras a, c, d, g y h), 9, 10 de la Ley 11/2010, entre otros.

Por otro lado, para la actividad de taxi marítimo, se indica que las empresas deben tener las licencias o autorizaciones que sean precisas para prestar este tipo de servicios, sin que se detallen cuáles son. Se recomienda aclarar el acceso a esta actividad y los específicos títulos habilitantes que puedan exigirse para realizar una correcta evaluación de su adecuación a los principios mencionados.

III.2.2 Obligaciones de Servicio Público

En este apartado correspondería analizar si las condiciones impuestas a las navieras, más allá de su correcta adecuación a la normativa aplicable de la UE²¹ y nacional²², presentan una correcta adecuación a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. A este respecto, cabe realizar varias consideraciones.

En primer lugar, como ya se ha comentado anteriormente, el PD carece de estudios justificativos o de impacto que fundamenten el conjunto de decisiones tomadas en cuanto a regularidad, frecuencia y capacidad de las navieras. Sin dicha información se imposibilita evaluar la correcta adecuación de dichas medidas a los principios mencionados, cercenando las posibilidades de control de legalidad del conjunto de operadores afectados por las mismas. Se debe por tanto completar el expediente normativo con dicha documentación.

En segundo lugar, debido a cierta falta de claridad del PD al respecto, cabe una interpretación del mismo que lleve a considerar que se obliga a las navieras interesadas a cumplir estas OSP en todas las líneas declaradas estratégicas, no pudiendo seleccionar aquellas que pudieran tener mayor interés para la compañía. Ello condiciona además el perfil de operadores que podrían prestar los servicios, situándolos en una gama de exigencia de altas capacidades logísticas y financieras y perjudicando potencialmente a otro perfil de operadores que podrían prestar servicios de forma correcta.

En tercer lugar, por lo que se refiere a las frecuencias mínimas, se indica por el PD que la Administración autonómica velará para que se cumplan *entre todos los operadores*. Además, señala que, si las frecuencias se incumplieran, la Administración autonómica podrá compeler a las navieras a establecer medidas de coordinación voluntarias. Pero si dichas medidas no se adoptaran, indica el PD que se podrán dictar por dicha Administración directrices de coordinación de obligado cumplimiento.

²¹ Art. 4 del Reglamento CEE 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros.

²² Art. 260 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

Cabe señalar lo siguiente sobre ambos tipos de medidas de coordinación, voluntarias y obligatorias:

Respecto a las medidas de coordinación voluntarias, debemos partir de que el art. 16 de la Ley 11/2010 afirma que, cuando se impongan OSP, los armadores pueden cumplir los requisitos de regularidad y frecuencia de modo colectivo y no individualmente. En parecidos términos se expresa la normativa estatal en el art. 8 del RD 1516/2007, así como la interpretación que realiza la Comisión Europea²³ del Reglamento europeo que regula estas cuestiones. Siendo consciente de ello, debe ponerse de manifiesto, no obstante, que esta coordinación voluntaria es sustancialmente un acuerdo entre operadores para repartirse las condiciones de prestación del servicio, lo cual presenta evidentes riesgos para la competencia efectiva:

- puede condicionar de forma muy negativa la entrada de terceros operadores, que podrían verse perjudicados en cuestiones esenciales (reparto de horarios, acceso a infraestructuras...).
- puede condicionar las inversiones que pudieran realizar los operadores participantes, impidiendo aprovechar posibles ventajas competitivas.
- supone un riesgo de intercambio de información entre los participantes del acuerdo que exceda los términos estrictos del mismo.
- y, sobre todo, puede empeorar las condiciones de prestación del servicio (precio, calidad, innovación...) a los usuarios del mismo.

Por todo ello, se recomienda realizar una interpretación restrictiva de esta posibilidad de coordinación voluntaria, acreditándose la necesidad de la misma, así como que dicho acuerdo sea puesto en conocimiento de la autoridad de competencia a los efectos oportunos.

Respecto a las medidas de coordinación obligatorias, impuestas por la Administración competente, cabe reseñar que en términos generales no parece que la normativa europea ni la autonómica contemplen esta posibilidad, con la única salvedad en la normativa estatal del art. 260 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que la Administración estatal puede obligar a la intercambiabilidad de billetes y sujeción a horarios

²³ Puede verse la cláusula 5.3 de la Comunicación de la CE de 2014 relativa a la interpretación del Reglamento (CEE) nº 3577/92 del Consejo por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) /* COM/2014/0232 final */

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0232&from=ES>.

establecidos exclusivamente dentro de la operación paso del estrecho²⁴, calificándose dicha actuación como conducta exenta en virtud del art. 4 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se considera que el PD excede en este punto las habilitaciones normativas que le ofrece la normativa de referencia. Se recomienda por tanto que se replantee la imposición de medidas de coordinación obligatorias, sin perjuicio de las medidas sancionadoras que, en su caso, quepa imponer a la naviera por incumplir las reglas de frecuencia establecidas.

Por último, el art. 5.4 del PD contempla que la Administración autonómica pueda modificar las OSP o establecer otras nuevas si aquellas no son suficientes para garantizar los servicios esenciales de transporte (*por causas de salud, laborales o similares y no por causas de ocio, turísticas, festivas, vacacionales y otras asimiladas*) de los pasajeros, sobre todo de los residentes insulares. Dicha fórmula de redacción es excesivamente abierta tanto en su delimitación positiva como negativa, recomendándose una lista cerrada de causas habilitantes. Debe aclararse igualmente que no basta con la mera mención de las mismas, sino que la Administración debe probar que efectivamente las medidas propuestas son razonables y adecuadas a las necesidades detectadas, siendo además objeto de reevaluación permanente.

III.2.3 Contrato de Obligaciones de Servicio Público

Si bien tanto la normativa vigente como la jurisprudencia de la UE²⁵ han reconocido la potencial convivencia de estos dos instrumentos (OSP y COSP),

²⁴ Art. 260 Ley Puertos: “En particular, la Administración marítima podrá obligar a las empresas navieras que realicen tráficos marítimos a la intercambiabilidad de billetes y sujeción a horarios establecidos. El cumplimiento de estas obligaciones por parte de las empresas navieras, incluyendo la fijación de una tarifa de intercambio común aplicable a los servicios de transporte que recíprocamente se presten por razón de la intercambiabilidad de billetes, tendrá la consideración de conducta exenta por ley a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, únicamente en lo que respecta a las líneas que unen puertos españoles con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o con puertos de Marruecos o de Argelia y durante los días de la Operación Paso del Estrecho y otros periodos justificados en los que concurran circunstancias similares de intensidad del tráfico marítimo o causas graves de utilidad pública o interés social, en los que la Administración Marítima active el intercambio”.

²⁵ En el [Asunto SA.48120 SGEI – Compensation for scheduled coastal maritime public transport on the route No 409: Preko – Ošljak – Zadar](#), la Comisión Europea ha admitido que se acudiera a un sistema de licitaciones públicas para garantizar el servicio en esta ruta marítima, pero para ello ha considerado acreditado que el mercado no era capaz de satisfacer la necesidad real de conexión entre pasajeros residentes, en determinados horarios considerados como los más adecuados para sus necesidades, y con unas rotaciones mínimas por estaciones (temporada alta y baja), y que simplemente con OSP no se conseguía satisfacer las necesidades identificadas.

se decantan preferentemente por la primera por sus menores efectos restrictivos sobre la competencia.

La propia normativa estatal requiere, para celebrar un contrato, acreditar que las OSP impuestas a las navieras no son suficientes para garantizar los servicios de transporte. Así el Real Decreto 1516/2007 indica que se podrá establecer la prestación de servicios marítimos regulares entre la península y los territorios españoles no peninsulares mediante *contrato administrativo especial* (contrato de servicio) cuando se acredite que la imposición de OSP no asegure una oferta adecuada en cantidad y calidad.

En términos parecidos se expresan los arts. 21 y 22 de la Ley 11/2010, siendo recogidos por el PD. De la redacción conjunta de ambas normas cabe realizar estas consideraciones:

En primer lugar, vuelve a utilizarse la expresión *“por causas de salud, laborales o similares y no por causas de ocio, turísticas, festivas, vacacionales y otras asimiladas”*, por lo que cabe remitirse a las consideraciones realizadas anteriormente sobre su excesiva apertura de redacción.

En segundo lugar, el PD afirma que deben acreditarse debidamente estas causas, señalando que dicha *“acreditación será aún mayor y más exigente que las que, en su caso, se exijan para imponer cualquier otra obligación de servicio público”*. No se puede compartir esta redacción ya que tanto si se imponen OSP como si se acude al CSP la exigencia de acreditación de la necesidad de intervención debe ser idéntica. Otra cosa es que efectivamente debe pasarse primero por la intervención menos restrictiva (OSP) para poder llegar a la más restrictiva (COSP). Si es eso lo que efectivamente desea reseñar el PD, se aconsejaría una redacción en esa línea.

En tercer lugar, el art. 21 de la Ley 11/2010 afirma que *“la adjudicación de dichos contratos se realizará bajo los principios de concurrencia y publicidad, mediante concurso público en la forma prevista en la legislación vigente en materia de contratación de las administraciones públicas, pudiendo acudir al procedimiento negociado en los supuestos previstos en dicha normativa para los contratos de gestión de servicios públicos. Con carácter general, la licitación es objeto de publicidad en el «Diario Oficial de la Unión Europea”*.

Debe recordarse que desde la aprobación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos del artículo 277 del anterior Texto Refundido de la Ley de contratos. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la

nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras.

Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios. En cualquier caso, la decisión de optar por un contrato de concesión de servicios o por un contrato de servicios corresponde al órgano de contratación, si bien tomada ésta, debe ajustarse a los condicionantes que vinculan a cada uno de ellos.

Por otro lado, las menciones específicas que se realizan al procedimiento negociado o a que con, carácter general, la publicidad del contrato se realizará en el DOUE podrían abonar una interpretación del PD que pudiera defender que las excepciones al principio de publicidad podrían ser preferentes, lo cual no va en línea con el reforzamiento de dicho principio en la nueva normativa de contratación pública.

En cuarto lugar, se contempla una duración máxima del contrato de hasta 6 años, en línea con la Ley 11/2010. Cabe recordar a este respecto que la decisión mencionada anteriormente de elegir entre concesión o contrato es sustancial para poder aplicar un régimen de duración determinado. Así, cabe recordar que tanto los contratos de concesión como los contratos de servicios tienen, como regla general y salvo excepciones tasadas, un plazo máximo de duración de cinco años²⁶. Se recomienda un reajuste a esa cifra, que es también la que utiliza la normativa estatal (RD 1516/2007) cuando regula esta posibilidad.

En quinto lugar, el art. 6.3 del PD contempla la obligatoriedad de compensar económicamente a la adjudicataria del contrato a través de una subvención, que no podrá superar la cuantía necesaria para cubrir los costes y gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones del contrato. Se aconsejaría incluir en la redacción que a dichos costes se le adicione un beneficio razonable para el operador, en línea con lo dispuesto por el art. 5.4 del PD.

Por último, debe recordarse que el diseño concreto de la licitación²⁷ tiene un impacto sustancial sobre la competencia y la eficiencia en el mercado. Cualquier procedimiento que restrinja indebidamente el número de licitadores potenciales

²⁶ Ver art. 29 de la Ley 9/2017.

²⁷ Puede consultarse a este respecto el reciente informe de la CNMC sobre las OSP en la línea Ceuta-Algeciras ([PRO/CNMC/02/18](#)) donde, además de citarse la jurisprudencia más reciente al respecto, se detallan algunos aspectos susceptibles de mejora de las licitaciones llevadas a cabo en la línea en cuestión.

no se ajusta a los principios de no discriminación y transparencia²⁸. Además, el correcto diseño del proceso puede tener también implicaciones desde la óptica de la normativa de ayudas de Estado en lo que se refiere a la compensación económica otorgada a la empresa²⁹: la elección de la empresa debe garantizar una competencia real y abierta suficiente que permita seleccionar al candidato capaz de prestar los servicios de transporte marítimo en cuestión al menor coste para la colectividad³⁰.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente informe analiza el PD del Govern de las Illes Balears, en cuanto desarrolla aspectos recogidos en la Ley 11/2010, de 2 de noviembre, de Transporte Marítimo de las Illes Balears. Tras el análisis efectuado, cabe realizar las siguientes observaciones.

Cualquier propuesta de intervención regulatoria debe partir de considerar que solo cuando concurra una necesidad real de interés público que las fuerzas del mercado no garanticen con la debida suficiencia o calidad, podrán aceptarse excepciones a la regla general de libre prestación del servicio, tales como la imposición de OSP y/o la celebración de un COSP. Además, cabe recordar que cualquier medida regulatoria debe responder adecuadamente a los principios de buena regulación, de obligado cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico

En este sentido, **el PD remitido no contiene información sobre los aspectos tenidos en cuenta para proponer las medidas incluidas sobre regularidad, frecuencia o capacidad de los operadores**. Por ello es imposible valorar si las concretas medidas de intervención regulatoria contempladas presentan una adecuada razonabilidad en base a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

No obstante, a pesar de lo anterior, cabe reseñar que el enfoque regulatorio que plantea el PD es sustancialmente correcto, por cuanto parte del principio de libre prestación del servicio y solo en determinadas circunstancias y con un

²⁸ Por ejemplo, el periodo transcurrido entre el lanzamiento del procedimiento de licitación y la fecha a partir de la cual ha de comenzar la explotación de los servicios de transporte debe ser adecuado y suficiente.

²⁹ Dicha compensación tiene que respetar las cuatro condiciones de la sentencia del TJUE de 24 julio de 2003 ([asunto Altmark](#)).

³⁰ Así lo recuerda la sentencia del Tribunal General de la UE ([asunto T-454/13, SNCM vs. Comisión](#)). En dicho caso se concluyó que el proceso de licitación, por diversos factores (brevedad en los plazos, ventaja competitiva del operador histórico que ya disponía de los buques adaptados a las especificaciones técnicas del pliego y otras condiciones técnicas) condujeron a que en la práctica disuadiera a potenciales candidatos a participar.

ámbito objetivo y subjetivo acotado, contempla medidas de intervención. Merece igualmente una valoración positiva, sin perjuicio de ciertos matices, la opción adoptada hacia fórmulas de declaraciones responsables.

Por último, se realiza una evaluación más detallada de aspectos que son, a juicio de esta Comisión, susceptibles de mejora:

- Requisitos de acceso a la actividad: se recomienda efectuar una reevaluación ya que algunas de las condiciones exigidas aparentemente no se adecuan a los principios de buena regulación, además de asimilarse más a un régimen de autorización previa que de declaración responsable.
- Obligaciones de Servicio Público: se deben incluir los estudios justificativos o de impacto que fundamenten el conjunto de decisiones tomadas en cuanto a regularidad, frecuencia y capacidad de las navieras. Además, se recomienda interpretar restrictivamente las medidas de coordinación voluntarias, así como replantear la imposición por la Administración autonómica de medidas de coordinación obligatorias. Por otro lado, se recomienda una redacción cerrada de las causas habilitantes para modificar o establecer nuevas OSP.
- Contrato de Obligaciones de Servicio Público: se debe homogeneizar tanto para el COSP como para las OSP el nivel de exigencia en cuanto a la acreditación de las causas tasadas mencionadas. Además, se recuerda el necesario ajuste del PD a la nueva normativa de contratos públicos, así como la importancia de realizar un diseño del proceso de licitación del CSP que garantice la competencia efectiva.

