

INFORME SOBRE EL ESCRITO PRESENTADO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, CON REFERENCIA A LA EXIGENCIA DE CONTAR CON UN MARINERO CONTRATADO ADEMÁS DEL PATRÓN PARA REALIZAR LA ACTIVIDAD DE ALQUILER CON TRIPULACIÓN DE EMBARCACIONES DE RECREO DE PABELLÓN ESPAÑOL

Expediente: UM/037/22

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Barcelona, a 26 de abril de 2022

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

Mediante escrito presentado el día 12 de abril de 2022 en el Registro General del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, se informa, al amparo del artículo 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de mercado (LGUM), sobre la barrera a la actividad económica consistente en la exigencia por parte de la Capitanía Marítima de Málaga de contar con un marinero contratado, además del patrón, para realizar la actividad de alquiler con tripulación de embarcaciones de recreo de pabellón español.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. OBJETO DE LA RECLAMACIÓN

Es objeto de reclamación la exigencia por parte de Capitanía Marítima de Málaga de contar con un marinero contratado, además del patrón, para realizar la actividad de alquiler con tripulación de embarcaciones de recreo de pabellón español.

Dicha exigencia consta, concretamente, en la segunda página de la contestación a una consulta efectuada por el reclamante y remitida por la Capitanía Marítima de Málaga con fecha 17 de mayo de 2021. En ella se hacía constar lo siguiente:

En cuanto a la determinación de la dotación mínima de seguridad exigible a las embarcaciones matriculadas en sexta lista para la actividad de alquiler de tripulación, esta Capitanía Marítima requiere del análisis de la documentación reglamentaria de las mismas, así como de la delimitación de zonas o duración de navegaciones.

En ningún caso se admitirá un solo tripulante para la realización de la actividad indicada.

Del último párrafo se infiere la necesidad de contratar, junto al patrón de la embarcación, a un marinero ayudante con el fin de no infringir la prohibición establecida.

El reclamante considera que dicha exigencia resulta innecesaria y desproporcionada, contraria al artículo 5 LGUM, así como también a la normativa sectorial aplicable sobre arrendamiento de embarcaciones con tripulación.

III. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LOS SERVICIOS DE ARRENDAMIENTO DE EMBARCACIONES EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El apartado b) del Anexo de la LGUM define las actividades económicas como: *“b) Actividad económica: cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”.*

La actividad ahora analizada, esto es, la prestación de servicios de arrendamiento de embarcaciones de recreo está incluida en el ámbito de

aplicación de la LGUM, tal y como dispone el artículo 2¹. Dicha actividad económica aparece definida en el artículo 307 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, del siguiente modo:

Por el contrato de arrendamiento náutico el arrendador cede o pone a disposición del arrendatario, a cambio de precio, un buque o embarcación por un período de tiempo y con una finalidad exclusivamente deportiva o recreativa.

IV. ANÁLISIS DE LA RECLAMACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LGUM

IV.1.- Marco general de la LGUM.

En materia de acceso y ejercicio a las actividades económicas, el artículo 16 de la LGUM parte de un principio general de libre iniciativa económica: “*El acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales*”.

Así pues, la libre iniciativa económica, que supone el libre acceso y ejercicio de la actividad, solo podrá limitarse, de forma excepcional, cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, y cuando la limitación sea adecuada a dicha razón de interés general y sea asimismo la menos restrictiva posible, según el artículo 5 de la LGUM:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio .

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Las razones imperiosas de interés general están previstas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de

¹ “*Esta Ley será de aplicación al acceso a actividades económicas en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*”

servicios y su ejercicio, en los siguientes términos: “*Razón imperiosa de interés general*»: *razón definida e interpretada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, limitadas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural*”.

Finalmente, a tenor del artículo 9 de la Ley las autoridades competentes deberán garantizar que respetan los principios de la LGUM en todas sus actuaciones:

1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.

2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior:

a) Las disposiciones de carácter general que regulen una determinada actividad económica o incidan en ella.

b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.

Por lo que se refiere a la reclamación objeto del presente informe, la misma se centra en la exigencia por parte de la Capitanía Marítima de Málaga de contar con un marinero contratado, además del patrón, para realizar la actividad de alquiler con tripulación de embarcaciones de recreo de pabellón español en todo caso, sin excepción alguna.

Del artículo 310 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima parece desprenderse que podría arrendarse una embarcación únicamente con patrón a bordo:

*En el arrendamiento con tripulación, **el patrón y, en su caso, los demás miembros de la dotación** seguirán las instrucciones del arrendatario en cuanto al empleo del buque dentro de lo pactado, siempre que no pongan en riesgo la seguridad a bordo o de la navegación, en cuyo caso prevalecerá el criterio profesional del patrón, estando obligados tanto el arrendatario como sus acompañantes a seguir las correspondientes órdenes o indicaciones impartidas por aquél.*

Tampoco la Orden del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 04 de diciembre de 1985² de alquiler de embarcaciones de recreo exige una tripulación mínima a dichas embarcaciones.

Por otro lado, el artículo 3.2 de la Instrucción de Servicio nº 3/2020³ de la Dirección General de la Marina Mercante sobre arrendamiento náutico de embarcaciones y buques de recreo, tampoco fija un número mínimo exigible de tripulantes.

El artículo 13.2.a) del Real Decreto 339/2021, de 18 de mayo, por el que se regula el equipo de seguridad y de prevención de la contaminación de las embarcaciones de recreo, señala que dichas embarcaciones, en caso de disponer de tripulación profesional, deberán cumplir las condiciones mínimas de protección de la salud y asistencia médica de los trabajadores del mar, así como disponer de un botiquín actualizado y revisado. Y el artículo 8.5 del Real Decreto 1435/2010, de 5 de noviembre, por el que se regula el abanderamiento y matriculación de las embarcaciones de recreo en las listas sexta y séptima del registro de matrícula de buques solo exige que el patrón disponga de la titulación adecuada pero no requiere la presencia de otros tripulantes adicionales.

Finalmente, el propio Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana⁴, en su interpretación pública sobre la modalidad de arrendamiento de nave con dotación o tripulación deja abierta la posibilidad de que únicamente actúe o intervenga el patrón sin ayudante o asistente alguno, al utilizar la expresión condicional o hipotética “*si los hubiera*”:

² BOE núm. 298 de 13.12.1985: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-25917

³ <https://www.mitma.gob.es/marina-mercante/nautica-de-recreo/contratos-especiales/arrendamiento/arrendamiento-de-embarcaciones-de-recreo>.

⁴ <https://www.mitma.gob.es/marina-mercante/nautica-de-recreo/contratos-especiales/arrendamiento/arrendamiento-de-embarcaciones-de-recreo>.

Tanto el capitán o patrón como los demás tripulantes, si los hubiera, deberán estar en posesión de la titulación profesional correspondiente para el gobierno de la embarcación arrendada.

Junto a ello, la Organización Marítima Internacional (OMI/IMO) en su Resolución A.1047(27) de fecha 30 de noviembre de 2011⁵ adoptó unos criterios definidos para determinar la tripulación mínima exigible para cada embarcación considerando distintos elementos como, por ejemplo, la envergadura y tipo de nave, las tareas de navegación y de custodia de la carga y de los pasajeros que se encuentren a bordo, así como los trabajos necesarios de mantenimiento de los motores y demás equipos y componentes. Dichos requerimientos se establecen caso por caso, según la embarcación, no estableciéndose una tripulación mínima exigible a priori.

Sin perjuicio de que la normativa no exija una tripulación mínima, ni en particular exija un marinero contratado además del patrón de la embarcación para el arrendamiento náutico con dotación, la Capitanía de Málaga, en la contestación de 17 de mayo de 2021, señaló lo siguiente:

En cuanto a la determinación de la dotación mínima de seguridad exigible a las embarcaciones matriculadas en sexta lista para la actividad de alquiler de tripulación, esta Capitanía Marítima requiere del análisis de la documentación reglamentaria de las mismas, así como de la delimitación de zonas o duración de navegaciones.

En ningún caso se admitirá un solo tripulante para la realización de la actividad indicada.

A tenor de esa misma contestación, las razones para la exigencia de más de un tripulante se deben a razones de seguridad y de protección del medio ambiente: “(...) esta Capitanía Marítima, tiene la responsabilidad de exigir tal Resolución a aquellas embarcaciones y/o buques civiles que se dedican a actividades comerciales en aguas de su competencia, a efectos de garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, de la navegación y de la prevención de la contaminación marítima”.

Sin perjuicio de que tales motivos de seguridad pública y de protección del medio ambiente constituyen razones imperiosas de interés general a tenor de la LGUM, debe tenerse en cuenta que del primer párrafo de la contestación parece desprenderse la necesidad de efectuar un análisis caso por caso, revisando la documentación de la embarcación, la zona y duración de la navegación, de

⁵ <https://www.imo.org/en/OurWork/HumanElement/Pages/PrinciplesOnSafeManning.aspx>.

acuerdo con los criterios de la OMI. No obstante, en el segundo párrafo se efectúa una manifestación tajante en el sentido de que “en ningún caso se admitirá un solo tripulante para la realización de la actividad indicada”.

Sin embargo, esta última exigencia no se habría justificado en el caso concreto por razón de su proporcionalidad y mínima distorsión de la actividad económica afectada (arrendamiento de embarcaciones de recreo con tripulación), pues pudiera darse el caso de que, por razón de los citados criterios acerca de la zona y la duración de la navegación, la exigencia de intervención de un ayudante, además del patrón, no estuviese justificada.

V. CONCLUSIONES

La exigencia de la Capitanía Marítima de Málaga de contar, sin excepción, como exigencia genérica a priori y con independencia de cada caso concreto, con un marinero contratado, además del patrón, para realizar la actividad de alquiler con tripulación de embarcaciones de recreo de pabellón español debería justificarse en términos de proporcionalidad y mínima restricción, pues pudiera darse el caso de que, por razón de criterios tales como la zona o la duración de la navegación, tal exigencia no estuviese justificada en todo caso.

Presidenta

Secretario del Consejo