

IPN 06/2009 PUERTOS DE INTERÉS GENERAL

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 25 de febrero de 2009, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto 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. Dicho informe se aprueba en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia¹.

1. ANTECEDENTES

El marco jurídico actual de la actividad portuaria, en lo relativo al régimen económico, fiscal y de prestación de servicios, se recoge en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. Esta ley se aprobó transcurrida una década desde la entrada en vigor de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, para adaptarse a los procesos de globalización de la economía y el comercio y de consolidación del mercado interior comunitario. También la legislación pretendía adecuarse a la creciente liberalización del mercado de los servicios del transporte, así como al desarrollo experimentado por las redes transeuropeas de transporte y a los cambios tecnológicos y estratégicos en el sector del transporte en general, y en el marítimo en particular.

A poco más de cinco años de la aprobación de esta Ley, el Ministerio de Fomento considera necesaria la modificación de varios aspectos de este marco jurídico mediante el Anteproyecto que ahora se propone. Este es la segunda vez que una iniciativa legislativa en este sentido se plantea tras haberse presentado otra en la pasada legislatura, que finalmente no se aprobó como Ley en Cortes.

La reforma tendría dos objetivos fundamentales: por un lado, introducir determinadas novedades en el sistema de financiación de los puertos, en lo que se refiere al esquema de tasas y sus bonificaciones en el marco del principio de autosuficiencia financiera de cada puerto; y por otro, modificar el régimen de gestión de los servicios portuarios.

A la vista de las implicaciones desde el punto de vista de la competencia que comporta el Anteproyecto, el Consejo de la CNC ha decidido que resulta pertinente emitir de oficio este informe, con arreglo al art. 25.a) de la LDC, que atribuye a la

¹ El presente informe del Consejo se elaboró en referencia a una versión del Anteproyecto de Ley en cuestión anterior a la aprobada definitivamente como Proyecto de Ley. Las observaciones realizadas se refieren a dicha versión, sin perjuicio de que el Ministerio de Fomento haya aceptado alguna de dichas observaciones, incorporándolas al Proyecto definitivo. Salvo la corrección de algún error material, el informe es exactamente el aprobado por el Consejo de la CNC y remitido en su día al Ministerio de Fomento.

CNC la facultad de dictaminar sobre proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia. El presente informe analiza las principales cuestiones que desde el punto de vista de la competencia suscita el Anteproyecto, a partir de la versión del mismo disponible a fecha 17 de febrero de 2009.

2. CONTENIDO

El Anteproyecto consta de una exposición de motivos y tres artículos que modifican, respectivamente, el Título I (Régimen económico del sistema portuario de titularidad estatal), el Título III (prestación de servicios) y otros preceptos de la Ley 48/2003, así como de tres disposiciones adicionales, siete transitorias, una derogatoria y seis finales.

El Artículo primero modifica el Título I, Régimen económico del sistema portuario de titularidad estatal, de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general. El texto propuesto introduce cambios en las denominaciones de las tasas y en su forma de cuantificación y simplifica su aplicación. Según el nuevo esquema de tasas portuarias, éstas pasan a ser de tres tipos:

- Tasa de ocupación, por la ocupación privativa del dominio público portuario
- Tasa de actividad, por el ejercicio de actividades comerciales, industriales y de servicios en el dominio público portuario
- Tasas de utilización, por la utilización de las instalaciones portuarias

La principal novedad del anteproyecto en materia de tasas es que modifica la forma de cuantificación de las principales tasas por utilización de las instalaciones portuarias para ajustarlas mejor al principio de equivalencia al coste, de forma que podrán ser distintas en cada puerto. Se pretende la aplicación de este principio a cada una de las Autoridades Portuarias, y no al valor medio del conjunto de las veintiocho Autoridades, como ocurre en la actualidad, con objeto de que cada una de ellas pueda constituirse como unidad de “negocio” independiente. Además, se eliminan las bonificaciones establecidas en la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, en función del origen o destino del buque, que beneficiaban a los tráficos con Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla.

Esta modificación viene principalmente motivada por la necesidad de adecuar el régimen jurídico de las tasas a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que sostiene la naturaleza tributaria, como tasas, de los ingresos procedentes de la utilización privativa y el aprovechamiento especial del dominio público portuario, así como de la necesidad de dar respuesta al Dictamen Motivado que la Comisión Europea ha emitido en relación con determinadas bonificaciones establecidas en la Ley 48/2003, estimando que son contrarias al Derecho Comunitario.

El Artículo segundo modifica el Título III, de prestación de servicios de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre. De acuerdo con la propuesta, desaparece la distinción entre servicios portuarios generales (reservados a la Autoridad Portuaria) y básicos (prestados por el sector privado en régimen de competencia)².

El Anteproyecto distingue dos grandes categorías de servicios, los portuarios y los comerciales con régimen diferenciado. En relación con los servicios portuarios, se recupera su titularidad pública y se establece su provisión mediante gestión indirecta, cuando no exista ejercicio de autoridad pública. En contraposición con los anteriores los servicios comerciales, -definidos como aquellas actividades de naturaleza comercial que no teniendo el carácter de servicios portuarios estén vinculadas a la actividad portuaria-, se prestarán en régimen de concurrencia.

Desde esta concepción de los distintos tipos de servicios, las Autoridades Portuarias sólo podrán prestar los servicios de forma directa en casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada.

Por tanto, en el Anteproyecto se recupera la titularidad pública de los servicios portuarios, sometiéndolos, en principio, su gestión a fórmulas de gestión indirecta, principalmente a través de concursos para la obtención de contratos de servicios portuarios.

En cuanto al servicio de estiba, el Anteproyecto mantiene la exclusividad en la prestación de este servicio y recupera la figura de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba (SEED), con participación mayoritaria de la Autoridad Portuaria, que la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, pretendía sustituir por las Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIE). Este cambio se introdujo en previsión de un escenario europeo renovado tras la propuesta de Directiva de libre acceso en la prestación de servicios portuarios que llevaba implícita la consagración del principio de libre contratación de los trabajadores por parte de los empresarios.

Así, en cada puerto habrá una entidad, bien sea una SEED o una APIE, que tendrá por objeto la puesta a disposición de las empresas estibadoras del personal portuario que necesiten para atender el servicio. Las SEED podrán transformarse en APIEs y viceversa, siendo siempre la participación de las Autoridades Portuarias en el capital de las SEED superior al 50%.

Además, se mantiene el régimen laboral especial de los estibadores y su situación de exclusividad, si bien se introducen varias medidas para fomentar la contratación en régimen laboral común.

² De acuerdo con la Ley vigente, los servicios básicos se prestan bajo licencia a solicitud de los usuarios por las empresas autorizadas.

El Artículo tercero modifica algunos artículos aislados de la mencionada Ley 48/2003, de 26 de noviembre, e introduce otros nuevos, destacando entre ellos la incorporación de los contenidos del Plan Director en el Plan de Utilización de Espacios portuarios, por economía de declaraciones medioambientales; una definición más actualizada del perfil exigible al órgano de gestión de las Autoridades Portuarias; o la incorporación de una serie de medidas para garantizar el cumplimiento de la legalidad, a fin de evitar distorsiones de competencia entre los puertos basadas en un desigual cumplimiento del marco de competencia común.

En las disposiciones finales se modifican algunos preceptos aislados de la Ley 27/1992, de 26 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, así como el apartado 2 de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, concretándose asimismo las competencias relativas a la revisión de oficio de los actos de las Autoridades Portuarias establecidas en la disposición adicional decimosexta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, con el objetivo de evitar ciertas disfunciones que han surgido de su aplicación.

Finalmente, el Anteproyecto habilita al Gobierno para promulgar un texto refundido, en el plazo de seis meses a partir de la publicación oficial de la ley, que integre los textos legales siguientes: la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general, así como el contenido del Anteproyecto objeto de este análisis una vez se promulgue, de manera que se contenga en un solo texto legal toda la normativa relativa a los Puertos del Estado.

3. OBSERVACIONES GENERALES

El sector portuario, y en concreto los puertos de interés general, poseen una gran importancia económica, tanto por sí mismos como por la trascendencia que tienen para la actividad económica industrial y comercial, habiendo experimentado en los últimos años un notable crecimiento. Así, la memoria económica que acompaña a la propuesta normativa destaca que, en el ejercicio 2007, las cuentas agregadas de las autoridades portuarias registraron una cifra de negocios de 1.006 M€. Asimismo, con arreglo a la información de Puertos del Estado, en el período 2002-2006 el tráfico portuario experimentó un incremento del 26,12% en mercancías y un 27,52% en pasajeros, siendo los totales en 2006 de 462.164 miles de TM en carga, y de 24.501 miles de pasajeros.

Dada esta importancia económica, uno de los objetivos principales de la regulación portuaria ha de ser el fomento de la eficiencia y la competitividad de nuestros puertos a través de la promoción de la competencia. Precisamente la vigente Ley

48/2003 en su Exposición de Motivos se hizo eco de esta necesidad de introducir elementos de competencia en dos sentidos:

- El desarrollo de la competencia interportuaria, potenciando la autonomía de gestión económico-financiera de los organismos públicos portuarios sobre los principios de autosuficiencia económica y de cobertura de costes; y
- La potenciación de la competencia intraportuaria a través de la regulación de la prestación de los servicios portuarios por parte de la iniciativa privada en un régimen de libertad de acceso.

Para conseguir estos fines, se cuenta en España con un sistema portuario que se asienta sobre el principio de autofinanciación del sistema e introduce al mismo tiempo mecanismos de solidaridad. Además, se configura el espacio portuario como dominio público susceptible de utilización privativa para prestar los distintos servicios, y desde la ley de 2003, se instaura la prestación privada de los servicios portuarios llamados “básicos”.

El presente Anteproyecto efectúa determinadas modificaciones, algunas de las cuales no son de detalle, sino que responden a una filosofía distinta a la subyacente en la Ley vigente, y que pueden tener implicaciones significativas desde el punto de vista de la competencia.

3.1 El régimen de los servicios portuarios

El Anteproyecto vuelve a establecer el carácter de servicio público de los servicios portuarios, los cuales se prestarán en régimen de gestión indirecta, mediante los correspondientes contratos de prestación de servicios portuarios con la respectiva Autoridad Portuaria, siempre que no impliquen ejercicio de autoridad.

Esta vuelta a la titularidad pública del servicio supone un cambio de filosofía en relación con la Ley 48/2003 que, como ya se ha señalado ahonda en la liberalización de los servicios portuarios, estableciendo en su art. 64 que los servicios portuarios básicos se rigen por la libre competencia³, previa licencia emitida por la AP si bien esta última, de oficio, puede limitar, en cada puerto que gestione, el número de prestadores de cada servicio por razones objetivas derivadas de la disponibilidad de espacios, de la capacidad de las instalaciones, de la seguridad o de normas medioambientales⁴. En consecuencia, con arreglo a la

³ Salvo el servicio de practicaaje, el cual, de acuerdo con el art. 64.6 de esa Ley, se limita a un operador por área portuaria por razones de su singularidad y especial incidencia de este servicio en la seguridad marítima.

⁴ Si bien el art. 64.5 de la Ley vigente establece: “No obstante, aunque el número de prestadores esté limitado, el titular de una concesión demanial cuyo objeto sea la prestación de servicios al

Ley vigente, el principio general es de libre acceso, en principio ilimitado, y sólo en casos justificados cada Autoridad Portuaria puede limitar el número de operadores.

Sin embargo, de acuerdo con el Anteproyecto, el principio general se revertirá en el futuro: los servicios portuarios son públicos y se prestarán en régimen de gestión indirecta, pudiendo las AP asumir la prestación directa de un servicio portuario cuando “por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada sea necesario garantizar una adecuada cobertura de las necesidades del servicio”.

Debe admitirse que el nuevo modelo presenta elementos que podrían, a primera vista, asimilarse al vigente en cuanto a su impacto competitivo: uno y otro permiten la limitación del número de prestadores, así como la sujeción del prestador a unas condiciones del servicio determinadas por la Administración portuaria en cuestión, a través de los pliegos de condiciones del servicio.

Sin embargo, el sistema de gestión indirecta resulta más limitador de la competencia por varios motivos. Por una parte, el empleo de contratos de prestación de servicios portuarios permite cerrar el acceso al mercado por el plazo de vigencia de cada uno de ellos. Y por otra, el mecanismo del contrato supone un mayor control de la AP sobre las empresas prestadoras, tras lo cual subyace la voluntad de intervenir en el mercado de una manera más activa. Esa intervención se realiza a través de distintos instrumentos, algunos de los cuales ya están presentes en la Ley vigente, tales como la posibilidad de limitar el número de operadores, la posibilidad de que empresas privadas participadas por la AP correspondiente presten servicios, o en última instancia, la posibilidad de las AP de entrar en el mercado ante la “ausencia o insuficiencia” de prestadores.

Un cambio en el sentido de la presente propuesta puede implicar un retroceso en la liberalización de los servicios portuarios y, en consecuencia, merece una justificación suficiente en la exposición de motivos del Anteproyecto, así como en su memoria justificativa, máxime cuando la reforma tendría lugar sólo cinco años después de la entrada en vigor de la ley vigente. Sin embargo, aun reconociendo las dificultades existentes para asentar el proceso de liberalización iniciado, no parece que las justificaciones para la vuelta al sistema de servicio público resulten suficientemente esclarecedoras o convincentes.

En primer lugar, se alude al hecho de que el número de prestadores es en la práctica “muy limitado, ya sea por razones de seguridad, por razones medioambientales, por falta de espacio o por falta de un volumen crítico de servicios” que permitan la amortización de las inversiones. En estos casos, se

pasaje o de manipulación y transporte de mercancías, tendrá derecho a la obtención de una de las licencias para la prestación de dicho servicio, siempre que cumpla las condiciones exigidas para ello, que estarán restringidas al ámbito del dominio público en concesión”.

darían situaciones “de desinterés” hacia la prestación de estos servicios. Ello justificaría, en opinión del Ministerio de Fomento, que el acceso a dicha prestación sea a través de concurso. En este sentido, a partir de la propia exposición de motivos, no se acierta a entender que, con carácter general, la limitación *ex ante* del número de operadores vaya a mejorar la competencia en relación con un escenario de acceso al mercado mediante licencia. De hecho, quizá el número de prestadores podría aumentar si se garantizase que, bajo el actual sistema de licencias, los pliegos de condiciones a los que se tienen que sujetar los operadores no incluyen cláusulas que suponen, en la práctica, la imposibilidad de que un número suficiente de operadores concurren al mercado.

Se apunta asimismo en la versión del Anteproyecto sometida a informe que, cuando existe posibilidad de que entren varios operadores al mercado, se da lugar a situaciones de segmentación y cartelización, “con la consiguiente eliminación de la competencia, o de competencia salvaje que termina afectando a la calidad de los servicios”. Si bien la versión posterior a la que sirve de base a este informe elimina estas alusiones, debe resaltarse en todo caso que existen mecanismos para disciplinar a los competidores en un mercado sin necesidad de acudir a una regulación *ex ante*. En concreto, la legislación de defensa de la competencia es un mecanismo que posibilita la persecución de prácticas anticompetitivas y debería hacerse uso de él para estas situaciones. Por otra parte, a salvo de precisar lo que ha de entenderse por “competencia salvaje” que disminuye la calidad del servicio, es precisamente la introducción de competencia la finalidad de un sistema de libre acceso, siendo deseables las tensiones entre operadores derivadas de la dinámica competitiva, hasta cierto punto normales en los momentos iniciales de la liberalización.

Tampoco se aprecia por qué, en un sistema de libre prestación sujeto a licencia, las AP no pueden garantizar satisfactoriamente la vigilancia y el cumplimiento de las obligaciones de servicio público de los prestadores de los servicios.

Finalmente, la intervención directa de la AP como proveedora de los servicios en aquellos casos de inexistencia de oferta también puede garantizarse en un entorno de libre prestación, tal como se reconoce en el art.60.4 de la Ley vigente.

En definitiva, a partir de las justificaciones aducidas por el Ministerio de Fomento tanto en la exposición de motivos del Anteproyecto como en su memoria justificativa, este Consejo no puede concluir que la opción por la gestión indirecta en manos privadas del servicio portuario público, con carácter general, represente una mejora con respecto a la opción de la libre prestación que consagraba la Ley 48/2003, y que es el modelo más respetuoso con la competencia. El sistema propuesto supone, por el contrario, un aumento en la capacidad de control e intervención de las Autoridades Portuarias, y la imposibilidad de que potenciales entrantes accedan al mercado salvo en determinados momentos.

Frente a esta opción, una opción menos restrictiva podría resultar aquella consistente en mantener como principio general el de libre prestación de los distintos servicios portuarios, pero incorporando la posibilidad de apostar por un sistema de competencia por el mercado, -que permitiese el acceso al mercado adecuado de potenciales entrantes así como un cierto control de la Administración de las condiciones técnicas y económicas de prestación del servicio-, sólo en aquellos supuestos en que resultase perfectamente acreditada la necesidad de limitar el número de operadores.

Para los casos en que se plantease esta opción y puesto que las administraciones portuarias (Ministerio de Fomento, Puertos del Estado, Autoridades Portuarias) deberían ser rigurosas en el ejercicio de las limitaciones de la competencia a que puede conducir su actividad reguladora, así como en las decisiones de asumir el protagonismo en la gestión directa de estos servicios, resulta pertinente en este punto referirse a la *Guía para la elaboración de memorias de competencia*, recientemente aprobada por la CNC.

De acuerdo con dicha Guía, tales actuaciones deberían someterse a un triple juicio: en primer lugar, de identificación clara de la restricción a la competencia en cuestión; en segundo lugar, de justificación de la necesidad del establecimiento de la restricción con arreglo a alguna finalidad de interés público precisamente delimitada; y, finalmente, de acreditación de que no resulta posible acudir a alternativas viables que resulten menos restrictivas de la competencia para conseguir el mismo fin de interés público.

La no superación de este juicio, en cualquiera de estos tres estadios, debería conllevar la decisión de no optar por el establecimiento de dicha restricción.

Con independencia de lo anterior, y en el marco del sistema de gestión indirecta de los servicios portuarios que establece el Anteproyecto, cabe realizar precisiones adicionales de cara a mejorar el juego de la libre competencia en el acceso de estos servicios que se expondrán en las observaciones particulares.

3.2 El mantenimiento del modelo de estiba

De manera independiente a lo anterior, cabe valorar la opción escogida por el Ministerio de Fomento en cuanto a la regulación del servicio de manipulación de mercancías, así como las medidas que se adoptan para introducir competencia.

Es preciso tomar como punto de partida el modelo actual de estiba, que se basa en la constitución de una entidad (bien una Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba, bien una Agrupación Estatal de Interés Económico⁵) que en cada AP provee, en

⁵ El artículo 7 del Real Decreto-Ley 2/86 establece la creación de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba, encargadas de la contratación de los trabajadores portuarios y su puesta a disposición

exclusiva, a las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías de trabajadores cualificados para la carga, estiba, desestiba, descarga y trasbordo de mercancías, que no puedan realizar con personal propio de su plantilla⁶. Pues bien, este modelo de estiba constituye una restricción de la competencia por al menos dos motivos:

- Supone que la SEED o APIE controla la mano de obra de la que pueden disponer las empresas manipuladoras de mercancías fuera de los trabajadores propios de la plantilla (en contraposición a un modelo de empresas de trabajo temporal en régimen de libre establecimiento), para las actividades propias de la estiba.
- Estos trabajadores, por añadidura, vienen contando con un régimen laboral especial, con condiciones laborales y salariales más ventajosas que el personal laboral común, lo cual impone unos costes adicionales a las empresas prestadoras del servicio.

El régimen de la Ley 48/2003 vigente, que intenta iniciar, muy tímidamente, la liberalización del modelo, con la sustitución de las SEED por las APIE participadas ambas por las empresas estibadoras, podía entenderse como paso intermedio hacia dicha liberalización. A partir de la constitución de las APIE, se podría seguir avanzando hacia un escenario de competencia en la función de intermediación del personal estibador que realizan las mismas con o sin APIES, en este último caso con la salida del capital de las APIE de las empresas estibadoras o al menos con la supresión de entrada en el capital de los nuevos entrantes. Esta era precisamente una de las propuestas que ya avanzó el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en su informe de 1995, *La Competencia en España: balance y nuevas propuestas*.

En este sentido, si bien debe reconocerse que el Anteproyecto introduce determinadas medidas que pueden suponer una mejora de la situación, este

de las empresas estibadoras. La participación del Estado en el capital de dichas sociedades debe ser superior al 50%, siendo los accionistas restantes las empresas que deseen intervenir en la gestión del servicio público de estiba y desestiba. Por su parte, la Disposición adicional sexta de la Ley 48/2003, dispone la creación de Agrupaciones Portuarias de Interés Económico (APIEs), en sustitución de las Sociedades Estatales de Estiba y Desestiba. Al contrario que las sociedades estatales de estiba y desestiba, las APIEs no tienen titularidad pública, puesto que las correspondientes autoridades portuarias dejan de participar en su capital social, de modo que sus únicos socios son las empresas estibadoras que operan en el respectivo puerto.

⁶ Estas empresas prestan los servicios de estiba mediante los estibadores portuarios, trabajadores habilitados que, bien son contratados temporalmente, estando sujetos en este caso a un régimen de seguridad social especial, bien pertenecen a la plantilla de la empresa estibadora, estando sujetos al régimen general.

Consejo considera que la opción que toma el Anteproyecto puede considerarse como tibia de cara a la liberalización.

En relación con la primera cuestión, debe admitirse, en la línea del mencionado informe del TDC de 1995, que la liberalización tiene que ser progresiva, y en este sentido reconoce como esencialmente positivas determinadas medidas introducidas por el Anteproyecto, que pretenden favorecer la competencia en este sentido. Por ejemplo, el refuerzo de la obligación, ya establecida por la Ley vigente, de que las empresas prestadoras del servicio de manipulación de mercancías incorporen a sus propias plantillas un porcentaje determinado de trabajadores en régimen laboral común, mediante la extinción del contrato de prestación del servicio en caso de incumplimiento de esta obligación; la introducción de una política de incentivos a dichas empresas; o la posibilidad de que cada Comunidad Autónoma amplíe el porcentaje obligatorio de contratación laboral común.

Otra medida en este sentido es la posibilidad de que, en las autopistas del mar, el servicio de manipulación de mercancías pueda ser prestado por empresas no integradas en la entidad de puesta a disposición del personal portuario. Sin embargo, esta medida, aunque permite disciplinar el precio ofertado por los estibadores en virtud de la competencia intermodal, pierde virtualidad en tanto se somete a que la SEED/APIE de la correspondiente Autoridad Portuaria no quiera ofertar la tarifa máxima que la propia Autoridad Portuaria fije, de manera que la SEED sigue controlando el acceso de terceros a la prestación del servicio.

Sin embargo, el Consejo no considera que el Anteproyecto avance suficientemente en la liberalización del servicio, hacia la eliminación de la exclusividad de las entidades prestadoras de personal estibador en la provisión de dicho personal. El objetivo último debería ser que el acceso a la profesión se derive exclusivamente de la obtención de una titulación razonable y adecuada a su ejercicio, de manera independiente a la pertenencia a las SEED/APIE.

Además, el Anteproyecto sigue reconociendo el carácter especial de la relación laboral de los estibadores de las SEED/APIE, lo cual, junto con la obligación para la empresa prestadora de nutrirse del personal de éstas para aquellos servicios que no puedan ser realizados por su propio personal, sigue imponiendo unos costes desmesurados a los usuarios de esta mano de obra.

En el Anteproyecto se declara expresamente que la causa del frenazo al proceso liberalizador es la no aprobación, a nivel comunitario, del proyecto de Directiva comunitaria de liberalización de los servicios portuarios. El Consejo no puede estar de acuerdo con estas razones, toda vez que lo idóneo hubiese sido seguir impulsando la liberalización con o sin Directiva comunitaria que obligase a ello, no resultando la paralización de dicho proyecto de Directiva justificación suficiente para no hacerlo.

De hecho, la recuperación que permite el Anteproyecto de la figura de las SEED, -de capital mayoritariamente público-, frente a las APIE, -de capital privado-, que el Ministerio de Fomento justifica en la conveniencia del control de este tipo de entidades por parte de la AP ya que van a ser el único proveedor de mano de obra estibadora para las empresas prestadoras del servicio, no puede sino interpretarse como un parón más o menos indefinido en esa necesaria liberalización progresiva del modelo de estiba. No parece, por otra parte, que la justificación aducida en la exposición de motivos para la toma de control de las SEED por parte de la AP de turno (la necesidad de evitar abusos de posición dominante en las APIE por parte de los socios mayoritarios) no pueda conseguirse mediante los mecanismos de disciplina social de la propia APIE o, subsidiariamente, la propia legislación de defensa de la competencia.

3.3 El régimen de financiación de los puertos

El Anteproyecto confirma el carácter de tasa de los ingresos derivados de la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público portuario, así como por el servicio de señalización marítima, en línea con las SSTC 102, 121 y 122/2005. Por otra parte, se intenta avanzar en la autosuficiencia financiera de cada Autoridad Portuaria, estableciéndose que será cada Autoridad la que fije sus propias tasas de manera independiente, con arreglo al principio de equivalencia de la tasa y a las reglas, exenciones y bonificaciones establecidas en el Anteproyecto.

En principio, el incremento de la autonomía de las AP en la fijación de las tasas, a partir de unas reglas claras y precisas, podría redundar a favor de la competencia interportuaria. Así, aquellas AP que resultasen más eficientes podrían en principio trasladar esas eficiencias rebajando la cuantía de las distintas tasas, cuantía que, de acuerdo con el art. 7.a) del Anteproyecto, deberá cubrir los costes más un rendimiento razonable de la inversión neta en activos fijos, en orden a hacer frente a la financiación de las nuevas inversiones.

En todo caso, desde el punto de vista de la competencia, procede hacer las siguientes matizaciones generales:

- El sistema será más favorecedor de la competencia interportuaria cuanto más fácilmente determinables sean *ex ante* los importes aplicables a los distintos usuarios portuarios por cada AP, de tal forma que estos usuarios puedan incorporar dichos costes en su toma de decisiones y compararlos con posibles alternativas. Sin entrar en los mecanismos particulares de determinación de cada una de las tasas y sus exenciones y bonificaciones, sigue pareciendo cierto que la relativa complejidad del sistema propuesto podría dificultar este objetivo de transparencia.
- Se entiende el interés de introducir el principio de orientación de los precios a costes en la determinación independiente de las tasas por cada AP. Lo que se persigue es que las distintas AP internalicen las eficiencias que

podieran derivarse de su gestión y de sus decisiones de inversión reduciendo el precio de las tasas y así compitan por atraer usuarios. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el criterio de orientación a costes puede, en cierta medida, desincentivar su contención o reducción, en particular en aquellos casos en los que la presión competitiva entre puertos no sea suficiente para conseguir disciplinarlos. En estas situaciones, podría ser más apropiado introducir mecanismos explícitos de regulación de tasas que incentivarán la generación de eficiencias.

4. OBSERVACIONES PARTICULARES

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones generales, se formulan a continuación determinadas observaciones a artículos concretos del texto. Algunas de estas observaciones se refieren a novedades que introduce la propia Ley en relación con la Ley vigente. Otras aluden a aspectos que el Anteproyecto perpetúa y sobre los cuales, a juicio de este Consejo, existe cierto margen de mejora desde el punto de vista de la competencia.

Con independencia de las observaciones que aquí se aprecian, se considera oportuno que, en el marco del proceso de transposición de la Directiva comunitaria de Servicios al ordenamiento jurídico español, se asegure que la nueva Ley se adecua, en todo lo que le resulte de aplicación, a dicha Directiva.

Art. 4. Fondo de Compensación Interportuario

La Ley vigente establece tasadamente, en su art. 13.6, cuáles van a ser las finalidades con arreglo a las cuales las AP pueden obtener recursos del Fondo para su financiación. Sin embargo, el Anteproyecto, al detallar la finalidad de las aportaciones (en concreto, de aquéllas relativas al porcentaje entre un 6 y un 12% de los resultados anuales de cada AP, junto con la aportación anual de Puertos del Estado), establece un catálogo que, si bien es similar al de la regulación vigente, no es limitativo, a diferencia del actual (se incluye la precisión “[...] entre otras [...]”). Se considera que, si lo que se quiere es fomentar la competencia interportuaria y evitar que existan transferencias de rentas entre AP que desincentiven la operación eficiente de las mismas, el abanico de conceptos con arreglo a los cuales se pueda obtener financiación de este Fondo no debería quedar abierto. En consecuencia, se propone eliminar el inciso “entre otras” del apartado 5.b) de dicho precepto.

Art. 58. Régimen de prestación de los servicios portuarios

En el apartado 1 se establece, en línea con la Ley vigente, que las Autoridades Portuarias podrán asumir la prestación directa de un servicio portuario cuando por ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada sea necesario garantizar una adecuada cobertura de las necesidades del servicio. En orden a garantizar que la intención no es que las AP pasen a gestionar directamente estos servicios sino que sólo intervendrán directamente como consecuencia de la necesidad señalada,

debería añadirse “excepcionalmente”, así como precisarse qué se entiende por “insuficiencia de la iniciativa privada”, concepto que ya en la Ley vigente se deja abierto. Adicionalmente, podría establecerse la necesidad de informe favorable por parte de Puertos del Estado –quien luego va a regular las prescripciones técnicas– para que se acredite dicha insuficiencia.

En el apartado 2, se establece la posibilidad de limitar el número de prestadores por parte de la AP. El precepto exige que las razones que conduzcan a ello sean “objetivas, no discriminatorias, y debidamente motivadas”, y que la determinación del número de prestadores debe realizarse considerando el mayor número posible de prestadores que permitan las circunstancias concurrentes. Se considera procedente que, en primer lugar, se formule el precepto haciendo un mayor énfasis en que esta opción del máximo número posible de prestadores supone una obligación. Se consideraría, asimismo, positivo que se avanzasen, *ex lege*, los criterios a los que se va a someter esa determinación del número de prestadores, de cara a eliminar posibles arbitrariedades y a garantizar al máximo la virtualidad de esta cláusula. Finalmente, para garantizar el adecuado ejercicio de la limitación de operadores por parte de la AP se debería consultar al Comité de Servicios Portuarios de cada AP (tal como establece el art. 64. 5 de la Ley vigente).

En relación con la capacidad de revisión de la limitación de operadores (penúltimo párrafo del apartado 2), la dicción del precepto no deja claro si es ésta una posibilidad o una obligación de la AP, así como a quien corresponde dicho impulso (se deduce que a la AP). Se considera que, para garantizar dicho ejercicio de revisión, se debería reconocer expresamente la posibilidad de que lo inste Puertos del Estado, así como los particulares interesados y, adicionalmente, se debería establecer dicha revisión con carácter obligatorio a la hora de otorgar cada nuevo contrato de prestación del servicio en cuestión (por ejemplo, a través de dicho Comité de Servicios Portuarios de la AP, o al Observatorio Permanente del Mercado de los Servicios Portuarios).

Asimismo, el último párrafo del apartado 2 del art. 58 hace referencia al hecho de que las AP participen en el capital de una empresa que sea prestadora de un servicio portuario cuyo número de prestadores sea limitado. En principio, la participación de las AP en el capital de una empresa supone que dichas AP adquieren la doble naturaleza de regulador y operador, y pueden distorsionar el mercado. Esta situación, que permitiría al sector público participar mediante fórmulas de gestión “mixta de los servicios”, es diferente a la gestión directa por parte de las AP, a la que alude el Anteproyecto en caso de insuficiencia de la iniciativa privada. Sería conveniente establecer expresamente, en este artículo, en qué situaciones se considera necesario y permisible que las AP participen en el capital de empresas prestadoras de servicios.

Art. 60. Pliegos de condiciones generales y de prescripciones particulares de los servicios portuarios

El apartado 1.e) del artículo 60 establece que los pliegos de Condiciones Generales establecerán los “criterios generales para la consideración de una inversión como significativa”. Dado que este es uno de los elementos que permiten extender considerablemente el plazo de la concesión, y sin perjuicio de la labor de Puertos del Estado en la redacción de estos pliegos, sería deseable que la propia Ley estableciese, con carácter limitativo, cuáles van a ser esos criterios.

Art. 61. Plazo del contrato de prestación

Este artículo determina cuáles son los plazos máximos para los contratos de cada uno de los servicios. En relación con los plazos de las licencias que establece la Ley 48/2003 vigente, en general se rebajan dichos plazos máximos. Sin embargo, en cuanto a los servicios al pasaje y de manipulación de mercancías, que requieran inversiones significativas en obras e instalaciones fijas, el plazo se amplía de 30 a 35 años. Lo mismo sucede en relación con el servicio de recepción de desechos con inversión significativa (de 12 a 15 años). Sin perjuicio de su carácter de máximos, y de que la necesidad de amortizar las inversiones aconseja un plazo mayor que en ausencia de las mismas, se considera conveniente efectuar una reducción de dichos plazos en línea con el resto de supuestos, como mínimo en el sentido de no sobrepasar los límites de la Ley actual, toda vez que plazos excesivamente largos pueden cerrar el acceso al mercado en aquellos servicios en que se encuentre limitado el número de prestadores. Debe reseñarse que la última versión aparecida a fecha 25 de febrero ya ha incluido una modificación en este sentido, alineando los plazos con los de la Ley vigente.

Art. 63. Estaciones marítimas y terminales dedicadas a uso particular

El apartado 2 de este artículo establece que “Los contratos para la prestación de los servicios portuarios que estén restringidos al ámbito físico de una estación marítima o terminal dedicadas a uso particular se ajustarán a los requisitos establecidos en los Pliegos de condiciones generales y prescripciones particulares, con la excepción de las cláusulas referidas a cobertura universal, estructura tarifaria y tarifas máximas y obligaciones relativas a continuidad y regularidad en función de la demanda del puerto”. Se considera que, en el caso del uso particular, debería existir un mayor margen de maniobra por parte de los operadores que utilizan estas instalaciones en materia de condiciones de prestación del servicio, más allá de las cláusulas que figuran como exceptuadas.

Art. 64 Registro de empresas prestadoras de servicios portuarios

Este registro contendrá a las empresas que ya hayan contratado con las AP como prestadores de servicios. Si bien no hay nada que objetar a la mera existencia de este registro, de cara a la garantía de la libre concurrencia para acceder a los contratos de prestación del servicio público y a asegurar la ausencia de barreras de entrada, sería conveniente establecer expresamente que la inscripción en dicho registro no puede conllevar ventajas para las empresas inscritas de cara a la

acreditación de la solvencia para la prestación de los servicios portuarios, ni su ausencia puede servir como causa de exclusión a la participación en los concursos.

Art. 65. Régimen de incompatibilidades

Se considera apropiada la cautela introducida relativa a que, cuando una empresa ostente una posición dominante en la prestación de un servicio portuario, se establezca la prohibición para la persona que disponga de influencia efectiva en la misma de realizar el mismo servicio portuario en el mismo puerto. En todo caso:

- Debe aclararse si el ámbito es “cada puerto”, incluyendo en su caso todas sus áreas portuarias, o bien cada una de estas áreas.
- Debería considerarse la extensión de esa cautela a todos los servicios portuarios (y no sólo al mismo servicio que presta la empresa en posición dominante), en el caso de que el servicio portuario que se vaya a prestar tenga limitado el número de prestadores. Ello mitigaría los problemas de acceso de terceros que puede suponer la integración de servicios.
- No resulta estrictamente necesaria la alusión al concepto de “posición dominante”, ya que, en los términos en que se define, se establece por referencia a una cuota de mercado del 50%. En orden a evitar confusiones con el concepto de posición dominante en la legislación de defensa de la competencia (que no sujeta dicho concepto a una cuota de mercado determinada), se considera más apropiado suprimir la alusión a este concepto y mantener la referencia a la detentación de una cuota del 50%. En todo caso, sería conveniente precisar cómo se va a computar dicha cuota a estos efectos.

Art. 68. Comité de servicios portuarios

Entre los ámbitos expresos de consulta de la AP a dicho comité debería figurar la consulta, con carácter anual, o cuando se vaya a licitar un nuevo contrato, sobre el mantenimiento de la limitación del número de operadores en relación con cada uno de los servicios que se encuentren en esta situación.

Art. 69. Servicio de Practicaje

Se mantiene la limitación de la Ley vigente (que alude en su art. 64.6 a “la singularidad y especial incidencia del servicio de practicaaje en la seguridad marítima”) a un solo operador en cada área portuaria. El Consejo no aprecia razones derivadas de la necesaria coordinación y ordenación del tráfico de aproximación y salida de los puertos, que es competencia del Capitán Marítimo, por las cuales sea necesaria dicha limitación. Dicha coordinación debe existir en todo caso para organizar las maniobras de cada buque, con independencia de que cada práctico pertenezca o no a la misma empresa.

Art. 70. Servicio de remolque portuario

El apartado 2 de dicho artículo establece que “las Prescripciones Particulares del servicio contendrán las características técnicas exigibles a los remolcadores[...]”. Si bien no constituye una materia de regulación de la Ley, se llama la atención sobre la necesidad de adecuar dichas exigencias a las necesidades propias de la actividad de remolque, de cara a evitar cierres injustificados del mercado mediante la demanda de características técnicas más exigentes.

Art. 71. Servicio de amarre y desamarre

De acuerdo con la descripción del servicio que figura en el Anteproyecto, se considera que no existen limitaciones técnicas o económicas que justifiquen la limitación del número de operadores y, en consecuencia, debería figurar expresamente que esta actividad no va a estar sujeta a limitación.

Art. 73.4 Autoprestación del servicio de manipulación de mercancías

Se considera acertada la mención expresa de la autoprestación del servicio de manipulación de mercancías, si bien se echa de menos una regulación general de la autoprestación de todos los servicios portuarios, a la manera del texto vigente, aunque sólo sea a nivel de mención y sin pormenorizar su regulación. En relación con la manipulación de mercancías, quizás podría explicitarse la voluntad de la AP de vigilar cuidadosamente el ejercicio de este derecho, mediante el establecimiento de una serie de garantías.

Art 77. Relación laboral especial de los trabajadores de estiba

El apartado 6 de este artículo establece que “Con la finalidad de contribuir a garantizar la regularidad y continuidad en la prestación del servicio, las entidades de puesta a disposición de personal portuario deberán proporcionar con carácter temporal a las empresas estibadoras los trabajadores pertenecientes a su plantilla que sean necesarios para el desarrollo de las tareas que no puedan ser cubiertas por el personal propio de cada empresa”. Dicho precepto debería entenderse como una obligación de estas entidades de poner a disposición de las empresas manipuladoras de mercancías el personal necesario. Debería eliminarse la posibilidad de que el precepto pudiera interpretarse en el sentido de que son las entidades de puesta a disposición de personal portuario, y no las empresas prestadoras, las que determinan el número de trabajadores necesarios para realizar las tareas en cuestión. Tal decisión debería siempre corresponder a la empresa prestadora, con arreglo a su libertad de organización. Lo contrario permitiría imponer costes laborales improcedentes, lo que redundaría en ineficiencias en la provisión de este servicio. En consecuencia, se propone sustituir, en la dicción del precepto, el inciso “que sean necesarios” por “que dichas empresas estibadoras demanden”.

Art. 79. Servicio de manipulación de mercancías en autopistas del mar

Este artículo determina que el servicio mencionado se realizará por la SEED o APIE de la Autoridad Portuaria, salvo que no puedan ofertar precios comprendidos en las tarifas máximas que, previo informe favorable de Puertos del Estado, fije la Autoridad Portuaria para estas operaciones, o no puedan prestar el servicio sin demora con respecto a la llegada del buque. En caso contrario, podrá prestar el servicio una empresa no integrada en la entidad de puesta a disposición de personal portuario, previa suscripción del correspondiente contrato con la AP.

Se reconoce la voluntad del Ministerio de Fomento de liberalizar la manipulación de mercancías relativa a estos tráficos; sin embargo, la dicción del precepto implica que las SEED/APIE retienen la capacidad de realizar este servicio, siempre que oferten sus servicios a precios inferiores a la tarifa máxima propuesta por la AP, cerrando así el mercado a terceros prestadores. Sólo en el caso de que no se sometían a dicha tarifa máxima pueden entrar a prestar el servicio terceros operadores. Por otra parte, en el caso de las SEED, al estar participadas por la AP, es difícil pensar que la tarifa máxima establecida en estos casos no esté determinada teniendo en cuenta los intereses de la propia SEED. Con todo ello, la virtualidad de dicha apertura a la competencia es mínima. Se propone, por el contrario, abrir el servicio a la competencia sin cláusula ninguna de favorecimiento a la SEED/APIE.

Finalmente, debería precisarse lo que constituye “demora”, ya que es una variable fundamental para posibilitar la prestación del servicio por parte de terceros distintos a las SEED/APIE.

Art. 80. Servicio de recepción de desechos

Este servicio se somete a una tarifa fija (obligatoria para todos los buques para incentivar la expulsión de desechos en el puerto) y, a partir de que se supere un determinado volumen del servicio, una tarifa adicional. El apartado 8 de dicho artículo establece que para cada AP tanto la tarifa fija como la adicional se aprobarán por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En el caso de la tarifa adicional, no se acierta a comprender la razón para que tal tarifa se cierre a nivel legal o incluso administrativo, en particular en los casos en que haya más de un prestador y pueda regir la libertad de precios.

Art. 107.2.d) en relación con la Disposición Adicional 29ª. Contratación mínima de personal estibador en relación laboral común por las empresas estibadoras.

Estos preceptos introducen medidas de fomento del cumplimiento de los compromisos de los prestadores del servicio de manipulación de mercancías en relación con la contratación de personal sometido a régimen laboral común.

Entre las medidas posibles, figura la posibilidad de prorrogar, siempre que no se sobrepase el máximo total de 35 años, la concesión de dominio público de la que disfrute un prestador del servicio de manipulación de mercancías por razón de que la empresa haya alcanzado determinados compromisos de incorporación de personal en régimen laboral común, estableciéndose reglamentariamente el plazo máximo de las prórrogas. Aunque se entiende la vocación de fomentar la contratación laboral común de la medida, se considera que, no obstante, la misma podría restringir injustificadamente la competencia en los servicios portuarios. La medida no sólo permite que la entidad prestadora pueda mantener su concesión demanial frente a otros prestadores, lo cual le puede conferir una ventaja sobre ellos, sino que, en caso de limitación del número de prestadores del servicio de manipulación de mercancías, contribuye a cerrar de plano el acceso de terceros operadores a la prestación de dicho servicio, ya que, de acuerdo con el art. 61 del Anteproyecto, el plazo de vigencia del contrato de manipulación de mercancías que se preste sobre dominio público portuario otorgado en concesión al titular podrá ser prorrogado mientras se encuentre vigente dicha concesión. Con ello, el titular retendría su posición en el mercado sin la suficiente competencia.

Se considera que una alternativa menos restrictiva de la competencia consistiría en no conceder la posibilidad de dicha prórroga automática, y sin embargo valorar la consecución previa de dicho compromiso de incorporación de personal de cara a la siguiente convocatoria del concurso, o al menos establecer un mecanismo para supeditar la prórroga a que otra empresa interesada en concursar acredite disponer de un porcentaje similar de plantilla en régimen laboral común.

Art. 108. Otorgamiento de concesiones demaniales

Este artículo dispone una serie de situaciones en las que la AP puede acordar el otorgamiento directo de la concesión. El primero de dichos supuestos permite el otorgamiento directo en caso de que el solicitante sea otra Administración Pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público, y para el cumplimiento de sus propias competencias o funciones. El artículo en cuestión entiende por persona jurídica de derecho privado perteneciente al sector público a la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones Públicas o personas jurídicas de derecho público. En el caso de concesiones de uso privativo, y de empresas públicas prestadoras de servicios en concurrencia con otros operadores, no debería proceder tal otorgamiento automático, y sí un trámite de concurso con arreglo a condiciones objetivas y no discriminatorias, en orden a evitar que los prestadores privados se vean perjudicados.